

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019>

ESTUDIOS

- 17 **Bauzá Martorell, Felio José:** Alcance de la función consultiva ante una solicitud de revisión de oficio con propuesta desfavorable
- 53 **Guillén Navarro, Nicolás Alejandro:** La nueva política de vivienda en España y su incidencia en el plan 2018-2021
- 103 **Pascual Martín, Jesús Ignacio:** Una propuesta de modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional
- 151 **Rebollo Puig, Manuel:** El control de la administración por la jurisdicción penal
- 191 **Valero Heredia, Ana:** Perfiles constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico español
- 215 **Zambonino Pulito, María:** Régimen de los puertos deportivos de competencia de Euskadi
- 343 **Pérez Monguió, José María:** Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*
- 377 **Sarasibar Iriarte, Miren:** La Cuarta Revolución Industrial: el Derecho Administrativo ante la inteligencia artificial
- 403 **Urteaga, Eguzki:** La nueva política lingüística en el País Vasco norte

BIBLIOGRAFÍA

- 463 Bolaño Piñeiro, María del Carmen: *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. HAAE/IVAP, Oñati, 2018, 344 págs. (**María Begoña Crespo Hidalgo**)
- 469 Gimeno Feliú, José María (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra). (**Darío Badules Iglesias**)
- 475 Quintana López, Tomás (Dir.): *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Tirant lo Blanch, 2019, 559 págs. (**Lidia García Martín**)
- 481 Tolivar Alas, L.: *Parlamento y universidad: Los senadores por la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2019. (**Juan Manuel Alegre Ávila**)

JURISPRUDENCIA

- 265 **García Ureta, Agustín:** Reinicio de actividades y evaluación ambiental. Comentario al asunto C-411/17, STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019
- 289 **Moreno García, Javier:** La alta conflictividad sobre los tributos propios autonómicos ante el Tribunal Constitucional: un problema no resuelto

NOTAS

- 317 **Arenas Alegría, Cristina Clementina:** Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

IRAILA
ABENDUA

2019 SEPTIEMBRE
DICIEMBRE 115

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

Versión impresa ISSN: 0211-9560

Versión en línea ISSN: 2695-5407

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Secretaria: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)
Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación Foral de Gipuzkoa).
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao).
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU).
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU).
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto).
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).
Gurutz JAUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU).
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra).
Henri LABAYLE (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto).
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Maitena POELEMANS (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Martín M.^a RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha).
M.ª Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II, Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar, Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau, Francia).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOETXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Carlo CASONATO (Univ. de Trento, Italia).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Miriam CUETO PÉREZ (Univ. de Oviedo).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier Díez REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.ª Díez-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Adriana DREYZIN DE KLOR (Univ. de Córdoba, Argentina).
Antonio EMBÍD IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
María del Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (UNED).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Vicenzo FERRARI (Univ. de Milán, Italia).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Zoraida GARCÍA CASTILLO (Univ. Autónoma de México).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Nuria GARRIDO CUENCA (Univ. de Castilla-La Mancha).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Univ. de Málaga).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Concepción HORGUÉ BAENA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Massimo LA TORRE (Univ. de Catanzaro. Italia).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Fernando LOUREIRO BASTOS (Univ. de Lisboa. Portugal).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Univ. de Oviedo).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autónoma de Barcelona).
Encarnación MONTOYA MARTÍN (Univ. de Sevilla).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Instituto Max Planck. Alemania).
Dário MOURA VICENTE (Univ. de Lisboa. Portugal).
Manuel MUNIZ (Univ. Sagrado Corazón. Puerto Rico).
Eva María NIETO GARRIDO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Univ. de Santiago de Compostela).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).
Carlos Newton PINTO DE SOUZA (Univ. Potiguar de Natal. Brasil).
José Luis PIÑAR MAÑAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Luis RAIGOSA SOTEL (Instituto Tecnológico Autónomo de México).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Orlando ROSELLI (Univ. de Florencia. Italia).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Marco RUOTOLO (Univ. de Roma 3. Italia).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARÍA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.ª Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
María ZAMBONINO PULITO (Univ. de Cádiz).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

RVAPen argitaratuak izan daitezen, bidalitako lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionalak azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. ORCID kodea ematea ere oso gomendagarria da. Datu horiek publiko egingo dira Aldizkarian, bidalitako lana argitaratuko duen zenbakian bertan.

Lanek ez dute izango berrogei orrialde baino gehiago, tarte eta erdirekin idatzita. Izenburuak ingeleserako itzulpena izango du, eta 100 eta 150 hitz bitarteko laburpen bat ere gehitu beharko da beti. Laburpen hori jatorrizko paragrafo bat izango da, eta hortxe egongo dira jasota lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak, bai eta zenbait hitz gako ere (hiru eta bost bitartean). Bai paragrafoa eta bai hitz gakoak ingelesez eta EAEko bi hizkuntza ofizialetan argitaratuko dira (euskararako itzulpena RVAPek berak egin dezake, hala nahi izanez gero). Gainera, lanaren hasieran, lana nola aipatu behar den azalduko da: ABI-ZENAK, Izena (urtea), Lanaren izenburua, *Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, zenbakia, hasierako-amaierako orrialdeak. Argitaratutako lanean bertan, bi data hauek zehaztuko dira: zein egunetan jaso zen lana, eta zein egunetan erabaki zen lana argitaratzea.

Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute.

Letra «lodia» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko. «Azpimarra» ez da sekula erabiliko.

Erreferentzia bibliografikoek APA irizpideak jarraitu beharko dituzte. Aipamen-arau horien arabera, erreferentzia bibliografikoen sistema alfabetikoa erabili ahal izango da testu barruan, edo erreferentzia bibliografikoko sistema numerikoa (orri-oineko aipamenak). Baina, edonola ere, bibliografiari buruzko azken apartatu bat gehitu beharko da, eta hortxe jasoko dira testuan aipatutako lan guztiak (eta soilik horiek), oso-osorik eta alfabetikoki.

Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, Aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus. Inprentako proben zuzenketa, asko jota, probak jaso eta 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa handiak edo funtsezkoak egin.

Bidalitako lana aurrez beste ezein aldizkaritara bidali gabekoa izango da, eta ez erretiratzeko konpromisoa hartu beharko da, baldin eta RVAPek

jakinarazten badu, ebaluatu ostean, argitaratzeko asmoa duela. Jakina, aurrez beste inon ez argitaratzeko konpromisoa ere hartu beharko da. Beraz, ezin da erretiratu beste aldizkari batera bidaltzeko, salbu eta RVAPek jakinarazten badu ez duela argitaratuko, edo desadostasunen bat badago lana argitaratzeko asmoa zeukan atalarekin edo sartu nahi diren aldaketekin, halakorik balego. Baldintza hori onartzea funtsezkoa da, Aldizkariak lana ebaluatzeko prozesua has dezan. Baldintza hori ez bada betetzen, RVAPek, beste zenbait neurriren artean, erabat baztertu ahal izango du egile berak bidalitako beste edozein lan.

Lanak, gutxienez, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Hala ere, RVAPen Zuzendaritzak lan bat baztertu ahal izango du ebaluazio-prozesua martxan jarri gabe, baldin eta lana, modu nabarmenean, ez bada sartzen bere tematikaren esparruan, edo ez bada egokitzen baldintzetan adierazitako edukietara edo formara. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da argitaratzeko modukoak ote diren eta zein ataletan argitaratu behar diren, edo, hala badagokio, ez diren argitaratu behar. Txosten horiek aztertuta, Erredakzio Kontseiluak lana argitaratzeari buruzko behin betiko erabakia hartuko du. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne.

Ebaluazio-prozesuaren eta Erredakzio Kontseiluaren erabakiaren ostean, RVAPek ofizialki helaraziko die egileei argitaratzeari buruzko erabakia, bai eta zein ataletan argitaratuko den ere —kontuan hartu beharreko aldaketekin, halakorik balego—. Bestela, jakinaraziko zaie ez dela argitaratuko.

RVAPek modu ireki, berehalako eta erabatekoan eskaintzen du edukia. IVAPek argitaratutako lanen ondare-eskubideak dauzka (*copyright*), eta aukera eta baimena ematen du lana Creative Commons BY-NC-ND lizentzian berrerabiltzeko; beraz, kopiatu, erabili, hedatu, transmititu eta jendaurrean erakuts daiteke, baldin eta: 1) egilea eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzen badira, 2) ez bada helburu komertzialetarako erabiltzen, eta 3) erabilera-lizentzia eta horren espezifikazioak aipatzen badira.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

Para su publicación en la RVAP, los trabajos enviados tendrán que reunir los siguientes requisitos:

Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico y es muy recomendable la indicación del orcid. Datos que se harán públicos en la propia Revista en la que se publique el trabajo.

Los trabajos no deberán sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio. Su título ha de incluir la traducción al inglés y siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave. Tanto aquel como estas se publicarán en inglés y en las dos lenguas oficiales del País Vasco (la traducción al euskera la facilita la propia RVAP, si así se prefiere). Además, al comienzo del trabajo, se indicará cómo citar el trabajo: APELLIDOS, Nombre (año), Título del trabajo, *Revista Vasca de Administración Pública*, número, páginas inicial-final. En fin, en el propio trabajo publicado se precisará la fecha de recepción y la de la decisión favorable a su publicación.

Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan.

El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el cuerpo del texto, cuando proceda, sólo se empleará el tipo de letra «cursiva» y nunca podrá utilizarse el «subrayado».

Las referencias bibliográficas deberán seguir los conocidos como criterios APA. Según tales normas de citación, puede seguirse el sistema alfabético de referencia bibliográfica en el cuerpo del texto o el sistema numérico de referencia bibliográfica (las más conocidas como citas a pie de página). Pero en todo caso se deberá incluir un apartado final dedicado a la bibliografía, en el que aparecerán todos (y solo) los trabajos citados a lo largo del texto de manera completa y ordenados alfabéticamente.

Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus. La corrección de las pruebas de imprenta deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales.

El trabajo enviado no ha debido ser mandado para su publicación a ninguna otra revista e implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno. Así, no puede retirarse para enviarlo a otra revista, salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección en la que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación de esta condición es indispensable para que la Revista inicie el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP, entre otras acciones, rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor o autora.

Los trabajos serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. No obstante, la Dirección de la RVAP podrá rechazar un trabajo, sin poner en marcha el proceso de evaluación, cuando el trabajo ostensiblemente no entre en el ámbito de su temática o no se adapte a los requisitos de contenido o formales. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos.

Tras el proceso evaluatorio y la decisión del Consejo de Redacción, la RVAP comunica oficialmente a los autores la decisión sobre la publicación y en qué sección —con las modificaciones que deban tomarse en consideración, en su caso— o la negativa a publicarlo.

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El RVAP conserva los derechos patrimoniales (*copyright*) de los trabajos publicados y favorece y permite su reutilización bajo la licencia Creative Commons BY-NC-ND, pudiendo copiarse, usarse, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que 1.º) se cite la autoría y la fuente original de su publicación, 2.º) no se use para fines comerciales y 3.º) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Sumario

N.º 115/2019

Estudios

BAUZÁ MARTORELL, Felio José: Alcance de la función consultiva ante una solicitud de revisión de oficio con propuesta desfavorable.	17
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.01	
GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: La nueva política de vivienda en España y su incidencia en el plan 2018-2021	53
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.02	
PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: Una propuesta de modulación de los efectos <i>ex tunc</i> de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional.	103
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.03	
REBOLLO PUIG, Manuel: El control de la administración por la jurisdicción penal.	151
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.04	
VALERO HEREDIA, Ana: Perfiles constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico español	191
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.05	
ZAMBONINO PULITO, María: Régimen de los puertos deportivos de competencia de Euskadi.	215
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.06	

Jurisprudencia

- GARCÍA URETA, Agustín:** Reinicio de actividades y evaluación ambiental. Comentario al asunto C-411/17, STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019 DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.07> 265
- MORENO GARCÍA, Javier:** La alta conflictividad sobre los tributos propios autonómicos ante el Tribunal Constitucional: un problema no resuelto DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.08> 289

Notas

- ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina:** Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.09> 317
- PÉREZ MONGUIÓ, José María:** Del chivato al cooperador: el *whistleblowing* DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.10> 343
- SARASÍBAR IRIARTE, Miren:** La Cuarta Revolución Industrial: el Derecho Administrativo ante la inteligencia artificial DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.11> 377
- URTEAGA, Eguzki:** La nueva política lingüística en el País Vasco norte DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.12> 403

Bibliografía

- BOLAÑO PIÑEIRO, María del Carmen:** *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. HAAE/IVAP, Oñati, 2018, 344 págs. (María Begoña CRESPO HIDALGO). DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.13> 463
- GIMENO FELIÚ, José María (2019):** *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). (Darío BADULES IGLESIAS) DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.14> 469
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.):** *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas*, Tirant lo Blanch, 2019, 559 págs. (Lidia GARCÍA MARTÍN) DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.15> 475
- TOLIVAR ALAS, L.:** *Parlamento y universidad: Los senadores por la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2019. (Juan Manuel ALEGRE ÁVILA). . DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.16> 481

Estudios



Alcance de la función consultiva ante una solicitud de revisión de oficio con propuesta desfavorable

The scope of the advisory role upon an ex officio review request with an unfavourable proposal

FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL

Universidad de las Islas Baleares
fj.bauza@uib.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.01>

LABURPENA: Ofiziozko berrikuspenaren teknikaren bitartez, egintza administratibo bat eman duen organoak eraginik gabe utz dezake egintza hori, deuseztasun erradikaleko arrazoiak direla eta; horrenbestez, nahitaezkoa da legezkotasunaren eta segurtasun juridikoaren printzipioen arteko talka neurtzea edo haztatzea. Ebatzi gabeko auzi bat da zehaztea ea, Administrazioak erabateko deuseztasunik ez dela irizten dion kasuetan ere, Estatu Kontseiluaren edo kontsulta-organismo autonomikoaren irizpena nahitaezkoa den, eskaria egin duen partikularren eskubidea delako.

Artikulu honetan, aurrez aurreko bi jarrerak aztertzen dira, eta irizpena nahitaezkoa ez dela dioen jarrera aldeztzen da.

HITZ GAKOAK: Ofiziozko berrikuspina. Ofiziozko berrikuspenaren faseak. Estatu Kontseilua. Aholku batzorde autonomikoak.

ABSTRACT: Conceived as that technique that allows the body that elaborates an administrative act to revoke it on grounds of complete nullity, the institution of the ex officio review requires weighing the impact over the principle of legality and that of legal certainty. An open question is to determine whether in those cases where the Administration considers that nullity is wanting, yet the opinion by the Council of State or autonomic equivalents remains compulsory as a right of the individual petitioner.

In this article, two opposing perspectives are analyzed taking sides with the position that considers the opinion not prescriptive.

KEYWORDS: Ex officio review. Stages for the ex officio review. Council of State. Autonomic Advisory Councils.

RESUMEN: Concebida como aquella técnica que permite al órgano autor de un acto administrativo dejarlo sin efecto por motivos de nulidad radical, la institución de la revisión de oficio exige ponderar la colisión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica. Una cuestión no resuelta consiste en determinar si en los casos en que la Administración considera que no existe nulidad de pleno derecho, si aun así resulta preceptivo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico porque sea un derecho del particular instante.

En este artículo se analizan las dos posiciones enfrentadas, tomando partido por la que considera que el dictamen no es preceptivo.

PALABRAS CLAVE: Revisión de oficio. Fases de la revisión de oficio. Consejo de Estado. Consejos Consultivos autonómicos.

Trabajo recibido el 2 de septiembre de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Planteamiento.—II. Naturaleza de la revisión de oficio.—III. Evolución del derecho positivo. 1. Legislación estatal básica. A. Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. B. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. C. Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 2. Legislación autonómica. A. Reguladora de los órganos consultivos. B. En materia de procedimiento.—IV. Alcance del derecho del particular que insta la revisión de oficio.—V. Terminación del procedimiento en la primera fase. 1. La postura del Consejo de Estado. 2. La postura de los Órganos consultivos autonómicos. 3. La jurisprudencia.—VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Planteamiento

Pese a su introducción en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y sus distintas reformas en las Leyes 30/1992, 4/1999 y 39/2015, la institución de la revisión de oficio de los actos administrativos viciados de nulidad radical sigue siendo *terra incognita*, en la que la reciente reforma del procedimiento administrativo en nuestro país ni siquiera ha sido capaz de aclarar los conceptos oscuros ni llenar los vacíos(1), en la que ni siquiera el legislador establece un procedimiento para dejar sin efecto un acto administrativo, más allá de exigir la intervención de la Administración consultiva(2).

La legislación en materia de procedimiento administrativo común viene exigiendo el informe favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico como requisito *sine qua non* para proceder a la revisión de un acto. El sentido de esta preceptiva intervención no es otro que el de asegurar la primacía del principio de legalidad (la nulidad *a radice* de un acto) sobre el de los actos propios de la Administración y seguridad jurídica para el ciudadano.

En este sentido, ya sea iniciado el procedimiento de oficio por la Administración autora del acto, ya como consecuencia de solicitud de interesado, la Administración analiza la legalidad del acto que dictó en su momento, y —en caso de confirmar que existe causa de nulidad— elabora una propuesta de revisión de oficio del acto, que remite en plazo al Consejo de Estado u Órgano consultivo autonómico para que dictamine.

(1) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El «nuevo» régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 105. Mayo-Agosto 2016. Pág. 261.

(2) BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Revisión de oficio de los actos de trámite determinantes: la declaración de interés general para edificar en suelo rústico», en *Práctica Urbanística* núm. 139. Marzo-abril 2016. Págs. 90-96.

Sólo en el caso de que el informe de la Administración consultiva sea conforme a la nulidad del acto, el órgano podrá resolver definitivamente la anulación del acto.

Sin embargo, siendo pacífico el supuesto anterior, se plantea la pregunta de qué sucede si la Administración en su análisis del acto considera que no existe causa de nulidad. ¿Debe en ese caso remitir su propuesta de resolución desfavorable a la Administración consultiva?

A pesar de que a mi juicio la respuesta es claramente negativa, por el contrario la práctica en los Órganos consultivos autonómicos ha derivado en una inercia hacia la remisión ordinaria de estos expedientes y a su informe, calificado como ¡preceptivo!

En las páginas que siguen vamos a analizar la naturaleza y el sentido de la intervención de la Administración consultiva en los expedientes de revisión de oficio, en su construcción procedimental a partir de dos fases, y muy especialmente el alcance del derecho del interesado en su solicitud de revisión de un acto.

II. Naturaleza de la revisión de oficio

A los efectos de fundamentar la respuesta a la pregunta formulada, debemos admitir la revisión de oficio de los actos nulos como una institución absolutamente necesaria en un ordenamiento jurídico, por imperativo del principio de legalidad (art. 9.1 y 3 CE).

En este sentido y pese a la presunción de validez del acto administrativo (art. 39.1 LPAC), no es menos cierto que la posibilidad de que la Administración —al margen de la revisión judicial de su actuación por un Tribunal del orden contencioso— puede apreciar la nulidad de un acto que haya dictado, independientemente del tiempo transcurrido.

Otra cosa es que este proceder —la expulsión del acto nulo del ordenamiento— colisione con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en tanto que el acto surtió efectos, se ejecutó, y que de ese acto pueden haberse dictado otros actos encadenados o pueden haberse incorporado a las relaciones jurídicas terceros de buena fe (3).

(3) Tradicionalmente se opone a la revisión de oficio la teoría de los actos propios. No obstante, para mí resulta secundario en este caso el principio de que *venire contra factum proprium non valet*, por cuanto la causa de nulidad de un acto administrativo, en definitiva el principio de legalidad, obliga a la rectificación del error jurídico cometido, que pasa invariablemente por la revisión del acto por la propia Administración, sin necesidad que sea un Juez de lo contencioso el que deje el acto sin efecto. A mi entender, no es la teoría de los actos propios la que hay que confrontar con el principio de legalidad, sino el de seguridad jurídica, mucho más amplio e intenso que el de los actos propios por cuanto aquél salvaguarda directamente los derechos de los interesados.

En consecuencia la característica fundamental de la revisión de oficio consiste en la oposición de ambos principios, el de legalidad y el de seguridad jurídica, ambos protegidos al mismo nivel(4).

El Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, en Sentencia 19/2017 de 11 de enero de 2017 (rec. 1934/2014) se refiere a esta colisión entre ambos principios:

El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecta al interés público general, al tratarse de infracciones especialmente graves, su conservación resulta contraria al propio sistema, como sucede en los supuestos de nulidad de pleno derecho, por lo que la revisión de tales actos no está sometida a un plazo para su ejercicio.

Esta confrontación entre la legalidad y la seguridad jurídica se resuelve en Derecho con una serie de controles:

- a. Interpretación restrictiva. Si la causa de nulidad ya es de por sí restrictiva, la revisión de oficio tiene que serlo más, si cabe, por su propia naturaleza de eliminar un acto administrativo que fue dictado por un órgano administrativo.
- b. Procedimiento administrativo. La revisión no puede llevarse a cabo de cualquier manera, sino de acuerdo con el procedimiento que contempla el art. 106 LPAC, aun cuando este precepto sea parco en la regulación procedimental.
- c. Los límites de la revisión de oficio. Aun cuando se aprecie la causa de nulidad, la buena fe, la equidad, los derechos de particulares o las leyes operan como límite a la revisión de oficio.
- d. Dictamen de la Administración consultiva. El Consejo de Estado u Órgano consultivo autonómico debe forzosamente informar la procedencia de la revisión de oficio, de manera que el órgano administrativo que dictó el acto y ahora pretende dejarlo sin efecto, necesita el dictamen preceptivo y vinculante para ello.

(4) BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1977.

En lo que a nosotros interesa, esta y no otra función cumple la Administración consultiva: asegurar que el principio de legalidad en cada caso concreto es más digno de protección que el de seguridad jurídica, y en consecuencia que existe fundamento para revisar el acto. Dicho de otra forma, que no se revisa a capricho, en un vaivén intolerable de dictar un acto y posteriormente dejarlo sin efecto, sino que la revisión se halla fundamentada en el principio de legalidad.

A sensu contrario, ya podemos adelantar que —en caso de que el órgano administrativo no proceda a revisar el acto porque no encuentra motivo de nulidad radical— por razones obvias la intervención de la Administración consultiva carece de sentido. Más adelante incidiremos en este punto.

III. Evolución del derecho positivo

Un análisis de las leyes de procedimiento administrativo confirma que el legislador en poco o nada contribuye a esclarecer el carácter facultativo o preceptivo del dictamen consultivo en caso de propuesta de resolución contraria a la revisión de oficio.

1. Legislación estatal básica

A. LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1958

Aun cuando suple la completa omisión de esta institución en la Ley Azcárate (5), la LPA de 1958 resulta muy parca a la hora de regular la revisión de oficio, si bien de su redacción (art. 109) se infiere sin duda alguna que sólo es preceptivo dictamen del Consejo de Estado (no existen Órganos consultivos autonómicos en la época) en caso de que la Administración proceda a revisar el acto:

(5) La Ley de 19 de octubre de 1889, de bases del procedimiento administrativo, no se refiere en absoluto a la revisión de oficio de los actos administrativos, limitándose a exigir a los reglamentos ministeriales que determinen los casos en que la resolución administrativa cause estado, y en los que haya lugar a recurso de alzada (base 12 del art. 2).

Por el contrario los reglamentos de procedimiento administrativo de los departamentos ministeriales dictados en desarrollo de la Ley Azcárate sí mencionan, entre los recursos de alzada y queja, el recurso de nulidad extraordinario (Reglamento de la Subsecretaría de Gracia y Justicia de 1917) o el procedimiento de revisión del Reglamento del Ministerio de la Gobernación de 22 de abril de 1890, art. 150). En ningún caso este recurso se configura exactamente como el procedimiento de revisión de oficio que recoge la LPA y que va evolucionando hasta nuestros días, siendo en estos reglamentos ministeriales una suerte de procedimiento extraordinario de revisión. Para el análisis pormenorizado de estos reglamentos, *vid.* GASCÓN Y MARÍN, J., «Necesidad de un Código de Procedimiento Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 48. 1949. Págs. 11-40.

La Administración podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado, declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo cuarenta y siete.

La interpretación literal de este precepto es clara: sólo cabe previo dictamen favorable del Consejo de Estado en caso de que la Administración revise de oficio el acto; si no lo revisa, no deviene preceptivo tal informe.

Durante la vigencia de la Ley Azcárate y de la LPA el interés de la doctrina por la revisión de oficio de actos nulos y anulables descansa en el principio de seguridad jurídica, esto es, en la facultad de desdecirse de un acto administrativo que ha desplegado todos sus efectos de acuerdo con la presunción de validez (art. 45).

Así, VILLAR PALASÍ se ocupa del acto consentido y el acto confirmatorio (6), mientras que LÓPEZ RODÓ (7) y GARCÍA DE ENTERRÍA (8) se centran en la doctrina de los actos propios, y Cirilo MARTÍN-RETORTILLO analiza la presunción de legitimidad de la actuación administrativa (9). En todo caso, un artículo doctrinal que analiza la revisión de oficio con carácter general es el de LAVINA ALSINA, que —en lo que a nosotros interesa— plantea la equiparación de esta institución con una acción de nulidad que puede ejercer el interesado, al tiempo que por vez primera se alude a que este último —tiene derecho estricto al procedimiento, que deberá ser seguido por la Administración— (10).

Esta cuestión del derecho al procedimiento de la revisión de oficio va a resultar clave para el análisis que pretendemos, toda vez que en función del alcance de este derecho, el dictamen consultivo será preceptivo o facultativo en los casos en que la Administración haya informado desfavorablemente en una primera fase la reclamación del particular. En ello insistiremos más adelante.

(6) VILLAR PALASÍ, J. L., «La doctrina del acto confirmatorio», en *Revista de Administración Pública* núm. 8. Mayo-agosto, 1952. Págs. 11-66.

(7) LÓPEZ RODÓ, L., «Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los actos propios», en *Revista de Administración Pública* núm. 9. Septiembre-diciembre, 1952. Págs. 11-43.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», en *Revista de Administración Pública* núm. 20. Mayo-agosto, 1956. Págs. 69-77.

(9) MARTÍN-RETORTILLO, C., «La declaración de lesividad del justiprecio acordado por el Jurado Provincial de Expropiación», en *Revista de Administración Pública* núm. 30. Septiembre-diciembre, 1959. Págs. 167-187.

(10) LAVILLA ALSINA, L., «La revisión de oficio de los actos administrativos», en *Revista de Administración Pública* núm. 34. Enero-abril, 1961. Pág. 89.

B. LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

Con la Ley 30/1992, promulgada al objeto de adaptar la LPA a los principios constitucionales(11), comienza la crisis expansiva de la revisión de oficio, que crece en paralelo a la legislación autonómica que va creando consejos consultivos, como veremos. De hecho, la revisión de oficio que en la LPA se reservaba a los actos nulos, en la LRJ-PAC se hace extensiva a los actos anulables con toda naturalidad.

En efecto el art. 110 LPA establecía la regla general de que los actos declarativos de derechos no eran revisables —la Administración debía declararlos lesivos e impugnarlos ante la jurisdicción contenciosa— con la salvedad de que hubieran infringido manifiestamente la Ley. Esta infracción manifiesta debía ser expresamente indicada por el Consejo de Estado.

En cambio el art. 103 LRJ-PAC en su redacción inicial, permite la revisión de oficio de los actos anulables sin más trámite que dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, que —a diferencia de la revisión de oficio— no tiene por qué ser favorable. Esta solución de derecho positivo fue duramente criticada por la doctrina más autorizada, que la calificó de error técnico(12).

Centrándonos en la revisión de oficio de los actos nulos, en su redacción original la LRJ-PAC regula esta institución con mayor detalle que la LPA:

Artículo 102. Revisión de actos nulos.

1. Las Administraciones Públicas podrán, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declarar de oficio la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62.1, que hayan puesto fin a la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo.

2. El procedimiento de revisión de oficio, fundado en una causa de nulidad, se instruirá y resolverá de acuerdo con las disposiciones del Título VI de esta Ley. En todo caso, la reso-

(11) DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Civitas. Madrid, 1992.

(12) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Un punto de vista sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», en *Revista de Administración Pública* núm. 132. Enero-abril, 1993. Pág. 216.

lución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, y no es susceptible de recurso administrativo, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

3. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de un acto podrán establecer en la misma resolución por la que se declara esa nulidad, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta Ley.

4. Transcurrido el plazo para resolver sin que se hubiera dictado resolución se podrá entender que ésta es contraria a la revisión del acto. La eficacia de tal resolución presunta se regirá por lo dispuesto en el artículo 44 de la presente Ley.

En efecto esta Norma especifica que los actos nulos, para poder ser revisados por el órgano que los dictó, deben haber puesto fin a la vía administrativa o no haber sido recurridos en plazo. Con esto el legislador indica que la revisión de oficio es una *ultima ratio* respecto al régimen de recursos: si el particular interesado aprecia una causa de nulidad, deberá formular el recurso correspondiente, y sólo cuando no quepa recurso alguno, podrá solicitar la revisión (13).

Adicionalmente la Ley colma una laguna de la LPA, toda vez que remite el procedimiento de la revisión de oficio al procedimiento administrativo general, contemplado en su Título VI.

Asimismo introduce dos previsiones adicionales: la primera es el régimen de indemnización que —reuniendo los requisitos de la responsabilidad patrimonial— la anulación de un acto hubiera ocasionado a su destinatario (14); la segunda es la introducción del silencio desestimatorio, aunque no dijera la Ley cuál era el plazo máximo para resolver.

(13) AGUILÓ MONJO, P. A., «Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte», en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 1. Enero-junio 2004.

(14) La previsión de indemnizar al destinatario del acto que se anula obedece a la lógica y al sentido común. Piénsese por ejemplo en el otorgamiento de una licencia, que autoriza al particular a realizar un actuación que supone un coste (una obra). La anulación de la licencia forzosamente debe indemnizar el daño emergente en el que incurrió como consecuencia del título habilitante que la Administración le concedió.

Otra cosa es que esta previsión de indemnización se haya desvirtuado en un claro y palmario fraude de ley para abonar el coste de una obra o un servicio que se contrató verbalmente. El retruécano consiste en revisar de oficio un inexistente contrato, diciendo que es verbal y en consecuencia, nulo de pleno derecho, e indemnizar al contratista nada menos que con el importe de la obra ejecutada o servicio prestado. Sobre esta irregularidad nos hemos referido en otras ocasiones: BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 181. Octubre-diciembre 2016. Págs. 225-250.

En cualquier caso y en lo que nuestro análisis interesa, tanto de los apartados primero como segundo del art. 102, resulta evidente que únicamente en los casos en que la Administración efectivamente revise de oficio un acto, sólo en ese caso deviene preceptivo el dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico: —las Administraciones Públicas podrán (...) y previo dictamen favorable (...) declarar de oficio la nulidad de los actos—; «en todo caso, la resolución que recaiga requiere dictamen previo del Consejo de Estado (...)».

Esta es la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina consultiva, hasta que la Ley 4/1999, mientras que sustraía de la revisión de oficio a los actos anulables y regresaba a la lesividad de la LPA, por el contrario dio nueva redacción al art. 102 con una serie de modificaciones en el régimen de la revisión de oficio, que han desencadenado notable confusión.

En efecto por un lado el art. 102.2 extiende la revisión de oficio a las disposiciones generales, cuya regla general de la invalidez era la nulidad radical con fundamento en el entonces art. 62.2.

Por otro lado el apartado 5 de este precepto introduce el plazo máximo de resolución del procedimiento, que cifra en tres meses, dando lugar a la caducidad del procedimiento iniciado de oficio o al silencio desestimatorio de las solicitudes formuladas por los interesados.

En materia de procedimiento la principal novedad de la reforma consiste en la introducción de un trámite de inadmisión de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales (apartado 3).

Por consiguiente el régimen de la revisión de oficio del art. 102, a partir de la Ley 4/1999 queda como sigue:

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1, o bien de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2.
2. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Con-

sejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

La introducción por el legislador de este trámite de inadmisión ha generado a mi juicio una importante confusión, al tiempo que se ha convertido en una fuente de conflictividad jurídica.

En efecto no son pocas las sentencias de los Tribunales de Justicia que anulan una inadmisión a trámite por considerar que el interesado tiene derecho a que el procedimiento se tramite en su integridad, condenando a la Administración a admitir la solicitud y a remitir la propuesta de resolución, ya sea favorable o desfavorable, al Consejo de Estado u órgano equivalente autonómico. Sobre este punto volveremos más adelante.

C. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sin perjuicio de otras consideraciones respecto a la oportunidad y a la técnica jurídica de la reforma operada a la LRJ-PAC(15), la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas resulta claramente continuista con el régimen jurídico de la revisión de oficio, más allá de incluir la resolución de los procedimientos de revisión de oficio entre los supuestos de motivación de actos y disposiciones (art. 35.1.b), la ampliación del plazo máximo para resolver a seis meses (art. 106.5), o la referencia expresa a la competencia para resolver estos procedimientos en la Administración General del Estado (art. 111), que recoge el contenido de la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE (16), derogada por la LRJSP.

(15) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los proyectos de ley de del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación», en *Documentación administrativa*. Nueva época. Núm. 2. Enero-diciembre 2015. BAÑO LEÓN, J. M. «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados» *Documentación administrativa*. Nueva época. Núm. 2. Enero-diciembre 2015. MARTÍN REBOLLO califica la Norma como «un texto atropelladamente aprobado, con una rapidez digna de mejor causa». MARTÍN REBOLLO, L., «La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común» en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 174. 2015. Pág. 15. Más crítico es GAMERO CASADO cuando afirma que la escasa participación en su elaboración ha dado lugar a una Ley dictada en el propio interés de la Administración, por encima del de los ciudadanos. GAMERO CASADO, E., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Págs. 111-117.

(16) LÓPEZ CANDELA, J., «El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *Revista de Derecho Local* núm. 39. Marzo, 2016.

En consecuencia podemos afirmar que el régimen de la revisión de oficio en la LPAC conserva —a salvo los detalles indicados— en esencia la regulación de la LRJ-PAC, con las mismas incongruencias(17) y hasta lagunas(18) que su predecesora.

2. Legislación autonómica

A. REGULADORA DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

La legislación autonómica reguladora de los órganos consultivos poco ayuda a esclarecer cuándo el dictamen deviene preceptivo, por cuanto la redacción que dan a los supuestos de dictamen preceptivo se refieren genéricamente a los procedimientos de revisión de oficio.

Dicho de otra forma, así como la legislación estatal en materia de procedimiento dice expresamente que sólo se podrá revisar un acto, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, por el contrario las leyes autonómicas incluyen entre los supuestos en que el dictamen es preceptivo los procedimientos de revisión de oficio, dicción que permite colegir que incluye cualquier carácter favorable o desfavorable de la resolución.

Aquí es donde aparece el efecto multiplicador de la *vis expansiva* de la revisión de oficio, en la legislación consultiva autonómica, que básicamente reproduce la misma redacción en las distintas leyes de cada asamblea legislativa.

En efecto, cogiendo al azar un precepto en este sentido, el art. 17.10.b de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, dice lo siguiente:

El Consejo Consultivo de Andalucía será consultado preceptivamente en los asuntos siguientes:

10. Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma, en que la consulta venga exigida por Ley, en los supuestos contenidos en la misma, que se refieran, entre otras, a las materias siguientes:

b) Anulación de oficio de los actos administrativos.

(17) CARBONELL PORRAS, E., «Revisión de actos en vía administrativa», en GAMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 2315.

(18) Así como el art. 32 LRJSP incorpora a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas la indemnización por daños causados por normas declaradas contrarias al derecho de la Unión Europea, el legislador podría haber previsto la revisión de oficio de actos contrarios a este derecho supranacional. *Vid.* en este sentido FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Revisión de oficio de los actos dictados con infracción del Derecho Comunitario», en *Revista de Administración Pública* núm. 125. Mayo-agosto, 1991. Págs. 281-316.

Esta redacción, como decimos, es prácticamente coincidente con el resto de leyes autonómicas que regulan las competencias de los consejos consultivos (19), y se refiere no tanto a que una resolución que revisa de oficio un acto o disposición necesita el dictamen favorable de la Administración consultiva, sino que este último deviene necesario en cualquier procedimiento en que se tramite una revisión de oficio.

Lo anterior quiere decir que, *de lege data*, independientemente de que la propuesta de resolución sea favorable o desfavorable a la revisión de oficio solicitada por el particular, en cualquier caso el dictamen del Órgano consultivo deviene preceptivo.

No obstante, esta normativa específica de la competencia de los Órganos consultivos autonómicos contrasta con la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que en una primera aproximación parece coincidente, pero que sin embargo esconde un matiz que la hace distinta.

En efecto, el art. 22.10 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, indica que la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada, entre otros, en los siguientes asuntos: revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes.

Esta última previsión, lejos de ser un matiz inocente, constituye una indicación clara de que el Consejo de Estado no debe emitir dictamen preceptivo en todos los asuntos relativos a procedimientos de revisión de oficio, como dicen por otra parte las leyes autonómicas, sino sólo en aquellos casos en que así resulte determinante por imperativo legal. Y, como la LPAC establece que sólo debe intervenir cuando se dicte una resolución que revise un acto, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1980, el Consejo de Estado únicamente emite dictamen en los casos en que la propuesta de resolución de un órgano estatal sea favorable a la revisión.

B. EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO

Curiosamente la legislación autonómica que en las normas reguladoras de los órganos consultivos les otorga competencia para intervenir en

(19) Art. 12.f de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consejo Consultivo de Galicia; art. 15.5 de la Ley 1/2009, del Consejo Consultivo de Aragón; art. 11.1.D.b de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias; art. 4.1.i.2.º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla y León; art. 54.9.b de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre de 2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; art. 18.12.b de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consell Consultiu de las Illes Balears; art. 11.f de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja; art. 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; art. 13.1.l de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo; art. 3.1.g de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi; y art. 8.3.c y d de la Ley 5/2005, de 2 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña.

asuntos que afecten a la revisión de oficio de actos administrativos, por el contrario —en un alarde de sistemática jurídica— no corre pareja a las normas en materia de procedimiento, que sí concretan que sólo la revisión exige dictamen de la Administración consultiva.

Tal es el caso por ejemplo del art. 54.4 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, según el cual —la declaración de nulidad requerirá dictamen previo y favorable del Consejo Consultivo—. Volviendo a nuestro razonamiento y según este precepto, si no existe resolución que declare la nulidad de un acto, no deviene necesario dictamen alguno.

Lo mismo cabe decir de otras normas autonómicas(20), mientras que otras leyes de régimen jurídico de algunas Comunidades Autónomas se limitan a regular la competencia de la revisión de oficio, sin hacer mención expresa al procedimiento, de manera que habrá que aplicar supletoriamente el art. 106 LPAC(21). De hecho, algunas leyes así lo indican expresamente(22).

Por último, existen regulaciones mixtas, como es el caso de La Rioja, cuyo art. 48 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, efectúa hasta cuatro consideraciones: (1) indica que la revisión de oficio de los actos administrativos y reglamentos se realizará en los supuestos previstos en la legislación del procedimiento común; (2) establece las reglas de atribución de competencias en materia de revisión de oficio; (3) determina —en contra de lo que dice su Ley reguladora del Consejo Consultivo— que el Consejo de Gobierno o los Consejeros, previo dictamen favorable del Consejo Consultivo de La Rioja, podrán declarar la nulidad de los reglamentos que hayan aprobado en los supuestos previstos en la legislación del procedimiento común; y (4) contempla la inadmisión motivada de la solicitud de revisión de oficio en los mismos términos que el art. 106 LPAC.

Asimismo el caso singular es el de Cataluña, cuya Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones

(20) Art. 55.a del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón;

(21) Art. 116 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; art. 33 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 25 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias

(22) Disposición adicional segunda de la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; art. 24 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias; disposición final segunda de la Ley 3/1984, de 25 de abril, sobre Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

públicas de Cataluña, por un lado en su art. 71 se alinea con las Comunidades que regulan la atribución de competencias en materia de revisión de oficio, si bien acto seguido el art. 72 contempla la misma previsión que la legislación reguladora de los órganos consultivos, al señalar que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora es preceptivo en los expedientes de la Administración de la Generalidad o de la Administración local relativos a la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho y de disposiciones reglamentarias.

En cualquier caso podemos concluir en este punto que la legislación autonómica presenta discordancias entre las regulaciones específicas de los órganos consultivos, en las que entienden preceptivo el dictamen en los procedimientos de revisión de oficio, mientras que la normativa en materia de procedimiento —en línea con la legislación estatal básica— entienden que sólo resulta preceptivo (y favorable) el dictamen cuando se procede efectivamente a revisar el acto, no en los demás casos. Al considerarse básica la LPAC (disposición final primera), primaria sobre la legislación autonómica.

IV. Alcance del derecho del particular que insta la revisión de oficio

El supuesto concreto que analizamos —si la propuesta desfavorable puede poner fin al procedimiento de revisión o si, por el contrario, aun así debe continuar recabando dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico— requiere que con carácter previo se profundice sobre el alcance del derecho de los particulares a solicitar la revisión de oficio.

Desde la posición de la Administración, resulta pacífico admitir que la revisión de oficio constituye un privilegio de autotutela declarativa de la Administración de poder volver sobre sus propios actos y confirmarlos o dejarlos sin efecto, sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia (23).

En cambio para el interesado la solicitud de revisión de oficio de actos administrativos constituye una auténtica acción de nulidad, cuya principal ventaja respecto del régimen de recursos administrativos consiste en que se encuentra ajena a cualquier plazo preclusivo (24).

(23) SORIANO GARCÍA, J. E., «*Non venire contra factum proprium* (Un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del Derecho)», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Los principios jurídicos del derecho administrativo. Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Pág. 447.

(24) GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Tomo II. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 1638. No entramos en esta sede en la discusión acerca de si la acción de nulidad es predicable frente a actos de gravamen y a la evolución sufrida por la doctrina del Consejo de Estado. *Vid.* En este sentido DE PALMA DEL TESO, A., «La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen», en *Revista de Administración Pública* núm. 159. Septiembre-diciembre, 2002. Págs. 401-416.

En este punto resulta obligado distinguir la solicitud de revisión de actos respecto de la de reglamentos.

Comenzando por estos últimos, debe apreciarse que la reforma operada por la Ley 4/1999 establece una clara distinción, por cuanto en su punto primero el art. 102 admite que la revisión de actos se lleve a cabo de oficio por la Administración, o bien a solicitud del interesado; y en cambio en su apartado segundo admite la revisión de disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente de oficio.

Esta distinción significa que el particular interesado carece de acción para iniciar un procedimiento de revisión de oficio frente a reglamentos, de manera que su solicitud no trasciende el derecho genérico de petición ex art. 29 CE.

El Tribunal Supremo se ha referido a esta distinción en su Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, de 30 de noviembre de 2001 (rec. 3496/1996) en los siguientes términos:

la Ley 4/1999 (...) ha reformado el artículo 102, relativo a la «Revisión de disposiciones y actos nulos», en especial su apartado 2, y ha eliminado la acción de nulidad de las disposiciones generales, a instancia de los particulares, precepto que ha sido interpretado por nuestra sentencia de 28 Sepág. 2001 (Rec. contencioso directo núm. 563/2000) en el sentido de que: «Se aprecia claramente cómo en la revisión de oficio de las disposiciones generales, se ha excluido de modo tajante (por la Ley 4/1999) la solicitud del interesado que sí subsiste como modo de iniciación del procedimiento para los actos administrativos, de manera que la revisión de oficio de las disposiciones generales, se concibe como una auténtica y verdadera actuación «ex officio», respecto de la cual los particulares solo pueden actuar por la vía del derecho de petición.»

(...) la solicitud de declaración de nulidad de la Orden Ministerial de 15 Mar. 1985, que se formuló el 17 Mar. 1989 se ha convertido en un simple derecho de petición, que según nuestra sentencia de fecha 28 Sepág. 2001 (Rec cont. admt. núm. 563/2000) «solo obliga a la Administración Pública destinataria a acusar recibo de la recepción (art. 6.º.2 de la Ley 92/1960) y a comunicar al peticionario interesado la resolución que se adopte (art. 11.3 de dicha Ley), que obviamente puede ser la de su archivo, sin que, por tanto, el peticionario tenga el derecho a obtener respuesta favorable a lo solicitado, lo cual implica que respecto de la revisión de oficio de disposiciones generales, los particulares que ejerzan el derecho constitucional de petición, solicitando la

revisión de oficio de disposiciones generales, carecen de acción para impugnar el acuerdo que adopta la Administración Pública, cualquiera que sea su significado.»

La Ley 39/2015 mantiene esta sutil pero importante distinción, de manera que a día de hoy se mantiene que la solicitud de revisión de un reglamento se encuadra en el derecho de petición, y que el interesado carece de derecho alguno al procedimiento y su consiguiente resolución (25).

Por el contrario y por lo que respecta a la revisión de actos administrativos, la solicitud que cursa el interesado no forma parte de un mero derecho de petición genérico, sino que constituye el inicio de un procedimiento administrativo. En consecuencia, el interesado tiene derecho a que el órgano administrativo resuelva su solicitud (26).

Esta posición no siempre ha sido así, de manera que el Tribunal Supremo ha mantenido hasta mediados de los años ochenta del siglo pasado (Sentencias de 25 de abril de 1966, 18 de diciembre de 1970, 30 de marzo de 1971, 21 de febrero de 1983, 20 de febrero, 30 de noviembre, y 10 de diciembre de 1984, entre otras) que el art. 109 de LPA, consagraba una potestad de la Administración discrecionalmente actuable, de modo que los particulares podían solicitar de la Administración el inicio de un expediente de revisión de oficio, pero esta no estaba obligada a hacerlo si entendía que la petición carecía de fundamento (27).

En este sentido la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) 202/2000, de 26 de mayo reconoce que la jurisprudencia superó la anterior consideración para pasar a interpretar que la revisión de oficio por la Administración de sus actos favorables incurridos en nulidad absoluta no depende solo de la iniciativa de ésta, sino también de la de los particulares, de manera que el precepto contiene una verdadera acción, esto es, en palabras del Tribunal Supremo, un remedio procesal idóneo para poner en marcha el dispositivo revisor, provocando la incoación de un expediente que habrá de ser resuelto indudablemente por el órgano re-

(25) *Vid.*, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 1599/2016, de 12 de abril, que aborda la falta de legitimación a particulares y a otras Administraciones para entablar una acción de nulidad frente a disposiciones generales, siendo así que la defensa genérica de la legalidad no confiere legitimación alguna. También resulta de obligada referencia el Dictamen del Consejo de Estado 365/2017, de 8 de junio, que analiza la legitimación de Caritas Española para impugnar una disposición general que daba instrucciones a los ayuntamientos sobre la gestión del padrón municipal.

(26) El Consejo de Estado en su Dictamen 29/2019, de 28 de febrero de 2019, reconoce a los particulares esta acción de nulidad, «abriendo a los administrados una vía de reacción frente a la actuación administrativa distinta de los recursos ordinarios».

(27) CORDÓN MORENO, F., *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 2013.

querido, y por tanto, no se refiere a un acto graciable, no actuando en este caso la Administración con poderes discrecionales, ni mucho menos a su libre arbitrio, sino que es una verdadera acción. Entiende el Alto Tribunal que, no obstante, la revisión de oficio no es un medio automático que se ponga en marcha por el mero hecho de ser instado por el particular, que la Administración tenga que dar la revisión de cuantas solicitudes le sean dirigidas en tal sentido, más tiene que cumplir con el derecho a la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos del particular y la manera de hacerlo es iniciar el expediente y someter el caso a un escrupuloso y delicado examen, decidiendo, en último trámite, si procede o no llevar hasta el final el procedimiento de revisión iniciado.

La pregunta obligada consiste entonces en cuál es la extensión de este procedimiento, si puede finalizar con la resolución desfavorable que emite el órgano al considerar que el acto no se encuentra viciado de nulidad, o si a pesar de ello, la acción de nulidad que entabla el interesado forzosamente debe continuar con el dictamen de la Administración consultiva y una segunda resolución del órgano administrativo.

Esta pregunta sufre una dosis de confusión como consecuencia de la regulación del trámite de inadmisión, que efectivamente permite que el órgano administrativo ya no inicie el procedimiento en los casos que expresamente contempla el art. 106.3 LPAC: (1) ausencia de causa de nulidad, (2) carencia manifiesta de fundamento, y (3) desestimación de otras solicitudes sustancialmente iguales.

Por consiguiente, desde la Ley 4/1999 existen tres momentos temporales en el procedimiento de revisión de oficio contra actos administrativos, a solicitud del interesado, en los que se puede dejar de continuar el procedimiento:

1. La admisión o inadmisión de la solicitud. En este último supuesto, el procedimiento ya no se inicia, de manera que no puede terminar lo que no ha comenzado.
2. Una vez admitida la solicitud, si el análisis de la misma da lugar a una primera resolución desfavorable, con la incógnita de si en este caso puede darse por finalizado el procedimiento de revisión.
3. Una vez dictaminado por el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, previo a la resolución del órgano administrativo competente ex art. 111 LPAC para resolver.

Respecto del trámite de admisión o inadmisión que introduce la Ley 4/1999, podemos formular dos observaciones.

La primera es que este trámite no resulta enteramente compatible con el reconocimiento al interesado de un derecho al procedimiento. En materia de procedimiento el art. 102 LRJ-PAC en su redacción original se

remitía al Título VI del mismo texto legal en materia de procedimiento, remisión que curiosamente desapareció en la Ley 4/1999 y continua ausente en el art. 106 LPAC. Aun así, esta laguna se colma por analogía acudiendo a las reglas generales del procedimiento administrativo, con las especialidades de este propio precepto (intervención de la Administración consultiva).

Por consiguiente, debemos partir de que cualquier procedimiento —también el de la revisión de oficio— se inicia únicamente por dos vías: de oficio e instancia de parte. Desde el momento en que al interesado se le reconoce una acción de nulidad y un derecho al procedimiento, su solicitud debe interpretarse como una instancia de parte. Por tanto, conceptualmente desde el momento en que formula su solicitud, ya se ha iniciado el procedimiento de revisión, de manera que difícilmente puede oponerse un trámite de inadmisión (28).

Huelga advertir en este punto que la falta de regulación de un procedimiento *ad hoc* para la revisión de oficio resulta de por sí reprochable al legislador, sin que el recurso al procedimiento general sea una vía idónea por cuanto ello conduce a aplicar el procedimiento ordinario a una situación excepcional, cual es la acción de nulidad.

En efecto si las causas de nulidad son de aplicación restrictiva, mucho más debe serlo la acción de nulidad, no sujeta a plazo. En este sentido y ante una solicitud de revisión de un acto transcurridos sesenta años, se muestra particularmente crítica la Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 26 de enero de 2011, cuando afirma que

Se debe salir al paso de una desmedida concepción de la acción de nulidad prevista en el art. 109 LPA, a base de la simple contraposición entre acción de nulidad, sin sumisión a plazo, y recurso administrativo sometido a él. De limitarnos a ese simple dualismo, eso implicaría dejar en manos del administrado, interesado en impugnar una resolución que le afecta, y que considera nula de pleno derecho, el someterse a un plazo en la defensa de su interés, o prescindir de todo límite temporal, e impugnarla en cualquier tiempo, lo que no parece avenirse con una lógica de conjunto del sistema legal.

(28) En su Dictamen 930/2017, de 14 de diciembre de 2017, el Consejo de Estado reconoce que el inicio a instancia de parte de la revisión de oficio hace que «la Administración autora del acto se encuentre obligada a incoar el procedimiento de revisión de oficio cuando así lo solicita el interesado».

La segunda es que la inadmisión ha venido a solaparse con la primera resolución que dicta el órgano administrativo, cuando es desfavorable a la revisión, y ha desvirtuado todo su sentido.

En efecto, antes de la Ley 4/1999 un órgano administrativo valoraba la solicitud del interesado y, en caso de verificar que no existía causa de nulidad, resolvía desestimando la solicitud sin acudir al Consejo de Estado, pudiendo el interesado acudir a la revisión judicial de esta resolución. En cambio, a partir de la Ley 4/1999 el órgano administrativo se ve obligado a un primer trámite de admisión o inadmisión de la solicitud, siendo así que —si la admite— posteriormente el dato positivo de la Ley no le acompaña a la hora de resolver desestimando la solicitud sin acudir al Consejo de Estado, aun cuando durante la tramitación haya alcanzado la convicción de que el acto no se halla viciado de nulidad radical.

La confusión que denunciamos con este trámite inicial de admisión o inadmisión a trámite descansa en que al órgano se le obliga prácticamente a instruir el procedimiento ¡antes de haberlo iniciado!, es decir, con carácter previo a determinar si se admite o no la solicitud, se ha tenido que analizar e informar la solicitud, porque la inadmisión debe ser motivada. Por ello decimos que este trámite, al que el legislador denomina admisión, consiste verdaderamente en la instrucción del procedimiento, y su terminación lesiona los derechos y garantías del interesado, porque la revisión judicial de una inadmisión, en caso de prosperar, sólo obliga al órgano a admitir a trámite e instruir el procedimiento, mientras que la anulación de una resolución conferiría al interesado la declaración de nulidad del acto (29).

Prueba de que el trámite de admisión ha venido a confundirse con la primera resolución del órgano administrativo, anterior a la petición de dictamen al Consejo de Estado, es que la jurisprudencia —en supuestos regidos por la LPA y la LR-PAC hasta 1999— tradicionalmente ha venido atribuyendo al procedimiento de revisión de oficio dos fases, advirtiendo expresamente que el interesado efectivamente tenía un derecho al procedimiento, pero que este derecho se extendía únicamente a la primera fase cuando la resolución era desfavorable, porque lo contrario era poner al Consejo de Estado a disposición de los particulares y no del Gobierno.

(29) Es reveladora en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6.ª, de 5 de diciembre de 2011 (rec. 5080/2008), que —recogiendo la doctrina de la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 (rec. 2674)— casa la Sentencia de instancia que sí entraba en el fondo del asunto cuando se recurría la inadmisión de una solicitud de revisión de oficio. Entiende la Sentencia que no se puede entrar en el fondo del asunto porque la Administración no ha podido pronunciarse previamente ni se ha oído el Consejo de Estado, cuyo dictamen es preceptivo. A nuestro juicio este pronunciamiento debería matizar que efectivamente el dictamen es preceptivo en caso de que la Administración proceda a la revisión, estimando la solicitud.

Una Sentencia reiteradamente citada, que contiene esta doctrina, es la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984, cuyo considerando tercero reza con el siguiente tenor:

si la Administración tras el previo examen formal efectuado, llega a la conclusión de que el acto administrativo no adolece de nulidad radical, no está vinculada a promover la segunda fase del procedimiento revisorio instado por un interesado, pues, no puede negarse ni desconocer al particular que inste, el derecho a que se pronuncie con una resolución expresa, previa incoación de la 1.ª fase del expediente revisorio al que se aporten los informes técnicos y asesoramientos jurídicos, que en su caso sean precisos y la Audiencia del interesado exigidas como garantías formales que regulan el procedimiento administrativo no adolece de nulidad radical, no está examen llega a la conclusión de que el acto administrativo no adolece de nulidad radical, no está obligada a solicitar el informe vinculante del Consejo de Estado, pues, la actividad de este Alto Órgano Consultivo no puede quedar a merced de la voluntad de cualquier persona natural o jurídica que, amparándose en la supuesta infracción de algún precepto legal lo solicite, siempre que la Administración con los asesoramientos jurídicos correspondientes acredite de forma racional y jurídica que el acto revisorio no desconoce derechos adquiridos que lo haga radicalmente nulo, ni infrinja manifiestamente la Ley, pues, en este supuesto, es claro que no tiene que agotarse el procedimiento revisorio con el vinculante dictamen del consejo de Estado, pues, la revisión de oficio no es un medio automático por el mero hecho de que sea instado por un particular interesado, el cual sólo tiene derecho a la tutela efectiva de los Tribunales, tutela que se cumple iniciando el expediente, evitando la indefensión y sometiendo la Administración el caso a un escrupuloso y delicado examen previo con cuidadosa ponderación de todos los intereses en juego, puesto que sólo a la Administración corresponde la facultad de decidir si procede o no continuar el procedimiento de la revisibilidad de oficio, de sus propios actos.

En efecto la jurisprudencia (Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 6 de febrero de 2002, Sentencia del TSJ de Navarra de 21 de febrero de 2002, Sentencia de Castilla y León, Burgos, de 26 de mayo de 2000, Sentencia del TSJ de Galicia 43/2008, de 31 de enero de 2008) ha distin-

guido dos fases en el procedimiento de revisión de oficio: la primera, que comprende la apertura del expediente revisorio con aportación de informes técnicos y asesoramientos jurídicos, audiencia al interesado y resolución en la que la Administración racional y jurídicamente acredite, en su caso, que tras el examen realizado ha llegado a la conclusión de que el acto no adolece de ningún vicio de nulidad absoluta, y la segunda, que incluye la solicitud del dictamen al Consejo de Estado y la decisión de anular o no el acto, a la vista de dicho informe. Afirma contundentemente el TS que se reconoce al particular el derecho a que la Administración se pronuncie de forma expresa, tras la incoación de la primera fase del procedimiento revisorio pero no puede compelerla a la instrucción íntegra del mismo, en sus dos fases.

Estos pronunciamientos judiciales se refieren, como decimos, al régimen jurídico de la revisión anterior a la introducción del trámite de admisión o inadmisión. Y decimos que este trámite desvirtúa la tradicional distinción de las dos fases del procedimiento de revisión de oficio, porque —después de la admisión— la instrucción del procedimiento (la primera fase) queda desvirtuada.

Resulta evidente que el trámite de admisión no puede confundirse con la primera fase de la instrucción del procedimiento, porque un trámite de admisión sólo puede focalizarse sobre cuestiones obvias que *prima facie* no ofrezcan dudas; por ejemplo, la falta de legitimación, que el acto no haya puesto fin a la vía administrativa, o que exista causa juzgada. En estos casos (como también se incluiría una acción extemporánea si la solicitud estuviera sometida a un plazo preclusivo) es posible articular un trámite de admisión o inadmisión.

Por el contrario carece de encaje en este trámite la inexistencia de causa de nulidad o la carencia manifiesta de fundamento, porque estos motivos requieren un análisis jurídico exhaustivo que no puede darse en la admisión, sino que sólo es predicable de la instrucción, es decir, de la primera fase del procedimiento (30).

En consecuencia considero reprochable que el legislador, aunque bienintencionado en la creación de un trámite de admisión o inadmisión, haya incluido en el mismo las dos primeras causas, porque no son el momento de ser analizadas, máxime si se tiene en cuenta que la admisión es un trámite que en muchas ocasiones se relativiza y al que se presta escasa atención.

(30) SANTAMARÍA PASTOR no sólo califica esta causa de inadmisión como —un notable error técnico— por las razones que decimos de incluir una cuestión de fondo en esta fase tan inicial, sino que parece convertirse en una invitación subliminal a los servidores públicos a despachar con una escueta resolución de diez líneas con una motivación escasa o deficiente. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El «nuevo» régimen... *op. cit.* Pág. 256.

Soy del parecer que el verdadero análisis de si existe causa de nulidad —que es la esencia de la revisión de oficio— no puede realizarse en un mero trámite de admisión, que es lo mismo que decir que la decisión del órgano de que no existe causa de nulidad no puede ser objeto de inadmisión, por muy motivada que esté, sino de resolución, solución que resulta —como hemos avanzado— mucho más garantista para el interesado.

No en vano en su Dictamen 5356/1997, de 22 de enero de 1998, relativo al anteproyecto de ley de modificación de la LRJ-PAC, el Consejo de Estado se mostró crítico con este trámite:

La causa de inadmisión, en los términos en que está formulada, suscita dudas, aunque el Consejo de Estado comparte su inspiración. Debe quedar claro que la concurrencia del supuesto consistente en que las solicitudes «no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62» debe apreciarse «prima facie» a la vista del escrito del interesado, sin conducir a una valoración de fondo, por elemental que fuera, sobre la concurrencia de alguna de dichas causas, «desestimando» —bajo el manto de una inadmisión— la petición sin el previo dictamen del Consejo de Estado, de modo que solo fueran remitidas a consulta las solicitudes con las que coincide en la apreciación de la causa de nulidad el órgano administrativo competente para resolver, es decir, las propuestas estimatorias de la revisión de oficio instada. Ello supondría desvirtuar el sentido de la «acción de nulidad» a favor de los administrados, porque la autenticidad de ese sentido se vincula a la efectiva tramitación del procedimiento y a la operatividad en él de las garantías legales establecidas.

La inadmisión de las solicitudes porque «carezcan manifiestamente de fundamento» supone un juicio previo del que va a depender la continuación del procedimiento o su terminación de plano. La carencia manifiesta de fundamento requiere claridad, evidencia, notoriedad y certeza en la percepción, aun cuando se produzca la invocación de alguna causa de nulidad, pudiendo no ser fácil la delimitación de los casos en que proceda la inadmisión de aquellos en que la solicitud deba desestimarse o de aquellos en que corresponda su subsanación y mejora (artículo 71 en relación con el 70) o en que, incluso, el escrito del interesado pueda ser objeto de recalificación (artículo 110.2).

Teniendo en cuenta la utilización que se hace de la acción de nulidad, que tenderá a incrementarse por la supresión de la revisión de oficio de los actos anulables, y, en particular, la

conveniencia de que la inadmisión se realice previa audiencia del interesado, podrían reconsiderarse, pues, los términos en que se formula en el anteproyecto la causa de inadmisión comentada. A tales efectos, el Consejo de Estado sugiere, por su potencial eficacia a los fines pretendidos y por la racionalidad en que se funda, la especificación de un supuesto: que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

V. Terminación del procedimiento en la primera fase

Dicho lo anterior, volvemos a nuestra pregunta inicial: lo más habitual es que el procedimiento se inicie sin que exista un acto expreso de admisión a trámite; la LRJ-PAC en 1999 y ahora la LPAC permiten la inadmisión a trámite, pero ello no significa que el órgano dicte un acto de admisión. No obstante, a pesar de que se haya admitido formalmente a trámite la solicitud de un particular, porque en ese momento no se aprecie (quizá no se haya analizado) causa de nulidad, ¿puede el órgano resolver en la primera fase desestimando la solicitud sin necesidad de recabar dictamen consultivo?

A mi entender, *de lege data* la intervención de la Administración Consultiva sólo resulta preceptiva en los casos en que el órgano que ha dictado un acto decide extirparlo del ordenamiento jurídico.

Una corriente mayoritaria en los órganos autonómicos sostiene que la intervención del órgano de consulta resulta preceptiva en cualquier caso en un procedimiento de revisión de oficio, por el mero hecho de que se tramite el procedimiento, aunque la propuesta de resolución sea desestimatoria, y ello con base en una pretendida función garante de la Administración Consultiva respecto del procedimiento tramitado y esencialmente para proteger los derechos de terceros que hayan instado la revisión del acto administrativo.

A mi modo de ver este razonamiento no se sostiene por varias razones: la primera es que el derecho positivo no obliga a intervenir al Órgano de consulta más que en los casos en que efectivamente se decide erradicar un acto del ordenamiento jurídico.

En efecto la dicción literal se refiere a que el órgano revisará de oficio, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, y en cambio no dice que el dictamen deba recaer sobre un procedimiento de revisión de oficio independientemente de su resultado favorable o desfavorable a la revisión. A mi juicio de la redacción del art. 106 LPAC se colige que sólo para el caso en que efectivamente se revise el acto es cuando deviene preceptivo y vinculante el dictamen del Órgano de consulta.

En esta misma línea del derecho positivo, nada obsta al razonamiento anterior el hecho de que el art. 106.3 LPAC exonere el dictamen consultivo en caso de que el Órgano administrativo inadmita motivadamente la solicitud de revisión de oficio. Este apartado dice lo que dice, y en cambio no puede deducirse del mismo que el legislador sólo haya previsto que el dictamen no es preceptivo en los casos de inadmisión y sí lo es en los de desestimación.

En segundo lugar, porque hay que entender la función de la Administración Consultiva en el seno de cualquier procedimiento tramitado por un órgano administrativo. Ciertamente la función consultiva tiene por objeto la ponderación de circunstancias en el seno de un procedimiento, con una clara contribución al órgano ejecutivo a la hora de resolver un procedimiento. Sin embargo, la función consultiva no es preceptiva en todos los casos, sino exclusivamente en aquellos supuestos considerados por el legislador de cierta relevancia. Tal es el caso de la responsabilidad patrimonial, cuya intervención es preceptiva únicamente a partir de determinados umbrales de indemnización.

En este sentido y por este motivo, no es difícil colegir que la función consultiva debe ser objeto de interpretación restrictiva, y sólo intervenir cuando el legislador expresamente lo determine (porque el dictamen es preceptivo) o en aquellos casos en que existe legitimación para solicitar un dictamen con carácter facultativo.

En materia de revisión de oficio el legislador reserva la función consultiva no tanto al objeto de velar por el procedimiento seguido, sino por el hecho de anular un acto administrativo que fue dictado siguiendo un procedimiento y gozando de la presunción de validez. Dicho de otro modo, la función consultiva no descansa tanto en el procedimiento de revisión de oficio como en la decisión —después de instruido el procedimiento— de revisar el acto. Y ello es así porque la revisión de oficio es una institución diametralmente contraria a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y a la teoría de los actos propios, motivo por el cual el legislador ha pretendido que el Consejo de Estado u órgano autonómico informe si efectivamente el principio de legalidad, con sus límites (art. 110 LPAC), es un bien más digno de protección que la seguridad jurídica.

A la Administración consultiva no le atribuye el ordenamiento jurídico ninguna función garante de los derechos del particular instante. Antes al contrario, en un sistema de sometimiento de la actividad administrativa a los Tribunales de Justicia (art. 103 CE), es a estos últimos —en un mecanismo de revisión judicial de los actos administrativos— a quien corresponde velar por la legalidad de los actos y en su caso su anulación.

En este sentido, si la Administración autora del acto decide no revisar el mismo por considerar que no existe causa de nulidad, será un Tribunal del orden jurisdiccional contencioso el que —si halla fundamentación ju-

rídica para ello— anule la resolución y obligue a la Administración a iniciar y tramitar un procedimiento de revisión de oficio.

En consecuencia la garantía de los derechos del particular instante —y, añadimos, de cualquier otro titular de derechos e intereses (por ejemplo, el destinatario del acto, terceros interesados...)— ya se encuentra salvaguardada por la jurisdicción contenciosa sin que la Administración consultiva pueda irrogarse una función que no le corresponde.

Llevado a sus extremos, el razonamiento de que la Administración consultiva es garante de los derechos del instante, conduciría a que cualquier procedimiento administrativo, sobre cualquier materia, exigiera dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico, con la misma finalidad.

Sin embargo, no es ésta la función que el ordenamiento atribuye a la Administración consultiva, cuya intervención se limita exclusivamente a aquellos casos tasados en los que el legislador prevé la necesidad de someter a dictamen el procedimiento que desemboca en una propuesta de resolución. Basta ver la Ley del Consejo de Estado o la propia de un órgano autonómico para apreciar esta realidad.

En consecuencia, considero que la intervención de la Administración consultiva tiene un alcance limitado y por ello debe ser objeto de interpretación restrictiva, máxime en procedimiento de revisión de actos nulos.

A mi juicio el espíritu del legislador a la hora de exigir dictamen preceptivo de la revisión de oficio no consiste en garantizar derechos de los particulares, sino una función de mayor enjundia, que consiste en valorar y ponderar si efectivamente la legalidad debe prevalecer sobre la seguridad jurídica.

En efecto la revisión de oficio, como hemos anticipado, se encuentra en el seno de la tensión o colisión entre ambos principios. Y el de seguridad jurídica obliga a extremar las cautelas a la hora de dejar sin efecto un acto que fue dictado con todas las garantías: un procedimiento establecido, un órgano competente, una presunción de validez y una eficacia. Con posterioridad, transcurrido el tiempo y habiendo desplegado sus efectos incluso frente a terceros, es por lo que la revisión del acto no puede hacerse a capricho, sino que resulta preceptivo el dictamen de la Administración consultiva para confirmar que la seguridad jurídica debe ceder ante la legalidad.

Aquí descansa la preceptiva emisión de dictamen por parte del Consejo de Estado u órgano autonómico: en valorar la revisión del acto y ponderar la colisión entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

En consecuencia mi parecer es que sólo para el caso de que el órgano que dictó un acto, decida anularlo, es cuando debe intervenir la función consultiva, y no cuando el órgano autor del acto administrativo en-

tiende que el acto que dictó es válido y por ello entiende que no debe anularlo. De la misma manera que la función consultiva no opera en todos los casos de responsabilidad patrimonial, sino sólo aquellos considerados por el legislador, igualmente la función consultiva no se despliega en cualquier procedimiento de revisión de oficio, sino sólo en los pretendidos por el legislador, que son aquellos en que el órgano decide anular un acto que dictó, un acto que —para su autor— ha sido válido durante años, ha surtido todos sus efectos, y en cambio ahora considera que tuvo un vicio de nulidad radical y que por ello debe extirparlo del ordenamiento jurídico. Sólo en este último caso deviene preceptivo informe del órgano de consulta, porque en el primero carece de sentido la intervención del mismo.

En el caso de una propuesta desfavorable a la revisión en la primera fase la función del dictamen consultivo es absolutamente estéril desde el punto de vista jurídico, por cuanto su aportación —insisto, jurídica— es menos que relativa. Dicho de otra manera, el legislador no ha previsto efectos confirmatorios de una propuesta de resolución desestimatoria de una solicitud de revisión de oficio.

En el caso contrario, siendo la propuesta desestimatoria, habrá que plantearse qué incidencia tendría un dictamen que informara desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la revisión de oficio. En mi opinión ninguna, porque el art. 106 LPAC sólo otorga carácter vinculante al dictamen de la Administración Consultiva cuando efectivamente se revise el acto administrativo. Por tanto, el dictamen no dejaría de ser una mera referencia u opinión del órgano de consulta, que en ningún caso a mi juicio obligaría al órgano administrativo a revisar el acto en cuestión.

Y en tercer lugar, respecto del carácter garantista de cualquier tercero instante, considero que sus garantías sólo las podrá hacer valer ante la jurisdicción contencioso-administrativa en su función revisora del acto administrativo. En cambio no aprecio atisbo de garantía en la intervención del órgano de consulta, cuando su dictamen deviene jurídicamente inocuo en cualquier caso.

A mayor abundamiento, si esta función garante fuera tal, el legislador hubiera exigido que el Consejo de Estado u órgano autonómico tuviera que intervenir en los casos de inadmisión de la solicitud de revisión de oficio (art. 106.3 LPAC) y en cambio lo excluye expresamente. ¿Qué mayor falta de garantía puede haber en una inadmisión, donde ni siquiera se instruye el procedimiento? Y sin embargo, en este caso no deviene preceptivo informe alguno de la Administración Consultiva.

Por ello considero que la garantía que ofrece la Administración Consultiva en su dictamen se refiere exclusivamente a la seguridad jurídica en el sentido de que no se anulen con ligereza actos que en su día se dic-

taron, sirviendo de poco o nada al tercero instante. Este último sólo podrá utilizar la argumentación de la Administración Consultiva en un eventual recurso contencioso, siendo el Juez de este orden jurisdiccional quien le protegerá en sus garantías pretendidamente conculcadas.

1. La postura del Consejo de Estado

Interesa conocer el criterio del Consejo de Estado, que asume un papel muy relevante a la hora de asegurar una interpretación unitaria de los requisitos de la revisión de oficio (31), avalado por su independencia y la cualificación profesional de su Cuerpo de Letrados (32).

A diferencia de lo que sucede con los consejos autonómicos, el Consejo de Estado con carácter general no informa propuestas desfavorables de revisión de oficio, en el sentido de que la Administración General del Estado no recaba su dictamen.

Consultada su base de dictámenes, sólo emite dictamen en tres supuestos en los que el órgano administrativo consideraba que no existía causa de nulidad, si bien el dictamen se emite «en ejecución de sentencia».

En efecto en los tres casos el Consejo de Estado afirma expresamente que emite dictamen en cumplimiento de sentencia, que —o bien en caso de inadmisión a trámite (Dictámenes 95/2018, de 1 de marzo de 2018 y 564/2016, de 13 de octubre de 2016), o bien ante una desestimación presunta de la solicitud instada por el particular (Dictamen 1272/2007, de 13 de septiembre de 2007)— exige que se tramite el procedimiento y se recabe dictamen del Consejo de Estado.

Decimos que la Administración General del Estado ya no solicita el dictamen del Consejo de Estado en los supuestos en que el órgano administrativo considera que no existe causa de nulidad, porque la Abogacía del Estado así lo considera.

En efecto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.^a, de 30 de noviembre de 2001 (rec. 3496/1996), ya citada, reproduce extractos del expediente administrativo y de la contestación a la demanda. En el primero consta informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado que dice literalmente que «estas decisiones desestimatorias [se refiere a la desestimación de una solicitud de revisión de oficio a instancia de un particular] no requieren el previo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado»; mien-

(31) DE PAZ SASTRE, M., *La revisión de oficio de actos administrativos y sus límites*. TFG de la Universidad de Valladolid, dirigido por el Prof. Sanz Rubiales.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas-Thomson Reuters. 18 edición, 2017. Pág. 706.

tras que en la contestación a la demanda el Abogado del Estado señala expresamente que «la declaración de nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 109 de la LPA no tiene que ser preceptivamente informada por el Consejo de Estado, pues tal requisito solo es exigible cuando la Administración entiende que procede tal declaración de nulidad».

De lo anterior podemos concluir que (1) el Consejo de Estado no dictamina en supuestos de resolución desfavorable a la revisión de oficio, que se dicta en la primera fase del procedimiento revisorio; sino que tan sólo lo hace (2) en caso de inadmisión a trámite o desestimación presunta, en los que el Tribunal, entrando en el fondo del asunto, entiende que puede existir causa de nulidad y por ello ordena que se admita a trámite y se instruya el procedimiento recabando dictamen; (3) que en cualquier caso el dictamen se emite en ejecución de sentencia; y que (4) es criterio de la Abogacía del Estado que sólo es preceptivo el dictamen en los casos en que el órgano administrativo decide revisar el acto y no en caso en contrario.

2. La postura de los Órganos consultivos autonómicos

Los órganos consultivos autonómicos, amparados en las normas reguladoras de sus respectivas instituciones, se muestran partidarios de dictaminar cualquier procedimiento de revisión de oficio iniciado, aunque el órgano administrativo considere que no existe causa de nulidad. Podemos citar, entre otros, los Dictámenes del Consejo Consultivo de Baleares 72/2018, de 25 de julio de 2018, 89/2018, de 26 de septiembre de 2018 (33), y 101/2018, de 16 de octubre de 2018, o el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 60/2014, de 5 de febrero de 2014 (34).

(33) Es importante tener en cuenta, por lo que se dirá en el epígrafe siguiente, que este dictamen se emite en ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Palma de Mallorca de 13 de enero de 2015, que anula la desestimación presunta de una solicitud de revisión de oficio, de manera que el Juzgador ordena a la Administración a tramitar el procedimiento, fallo en el que ordena que en la referida tramitación se recabe dictamen del Órgano consultivo.

(34) Este dictamen se refiere a un supuesto no de revisión de oficio, sino de recurso extraordinario de revisión, con base en el art. 22.9 de la Ley 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. Es importante este matiz, porque el art. 22.9 de la LCE exige la emisión de dictamen en los recursos extraordinarios de revisión, mientras que —como hemos dicho— el punto 10 se refiere a la revisión de oficio «en los supuestos previstos en las leyes».

En cualquier caso este dictamen entiende —con base en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002— que la omisión del dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico es constitutivo de un vicio de nulidad radical en tanto que equivale a la omisión total del procedimiento legalmente establecido. Esta Sentencia a su vez deduce que, si la LRJ-PAC suprime la necesidad de audiencia consultiva únicamente cuando se haga razonada declaración de inadmisión a trámite del recurso extraordinario de revisión en el supuesto del art. 119.1, «se está confirmando inequívocamente la obligatoriedad de solicitar dicho dictamen fuera de tan específico supuesto».

Esta línea doctrinal ha ido evolucionando y no en vano recientemente se van emitiendo dictámenes que la matizan de manera notable.

Así, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi en su Dictamen 34/2017, después de reproducir la distinción de las dos fases que efectúa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001, afirma en su consideración jurídica 10 que «la primera fase debe contener como mínimo los siguientes actos de instrucción: la apertura, la elaboración de informes técnicos —si fueran precisos— informes jurídicos y el trámite de audiencia a los interesados, y una eventual resolución de inadmisión —cuando no se basa en alguna de las causas de nulidad del artículo 62—, para pasar a continuación a la fase resolutive del procedimiento que incluye el dictamen del órgano consultivo».

En este dictamen la Comisión Jurídica Asesora incurre en el error que denunciamos: no puede ser motivo de inadmisión la apertura del procedimiento (desde que se abre, ya se ha admitido), la emisión de informes técnicos y jurídicos, y la audiencia al interesado. Después de todo esto, no puede practicarse una inadmisión, sino en todo caso una resolución.

La Comisión Jurídica de Extremadura en su Dictamen 81/2017, de 11 de octubre de 2017, cita en su fundamento de derecho tercero la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001, si bien en materia de procedimiento entiende que se compone de los siguientes actos: «el acuerdo de inicio del procedimiento dictado por órgano competente, el nombramiento de instructor, la sustanciación de actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento, tales como la apertura de un periodo de alegaciones, la práctica de pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes en la decisión del mismo y los informes que se estimen necesarios, la audiencia a los afectados y la elaboración de una propuesta de resolución, como paso previo a la emisión del dictamen del órgano consultivo».

A nuestro juicio toda esta retahíla de actuaciones no puede finalizar eventualmente en una inadmisión, de ahí que consideremos que la inadmisión no puede solaparse con la terminación de la primera fase del procedimiento, sino que deben ser dos trámites distintos: la inadmisión sólo puede determinarse *prima facie*, de manera que se inadmitirá la solicitud cuando de manera notoria no se invoque una causa de nulidad, no exista fundamento jurídico o se haya producido cosa juzgada. Si en una primera aproximación no se dan estas circunstancias, el órgano deberá iniciar el procedimiento y sólo al finalizar la primera fase, podrá desestimar la solicitud y poner fin al procedimiento, que lógicamente será susceptible de impugnación.

En su Dictamen 120/2018, de 21 de noviembre, el Consejo Consultivo de Baleares da un paso adelante superando su doctrina, cuando —en un caso de inadmisión en que un Tribunal de Justicia obliga a que se ad-

mita la solicitud y se instruya el procedimiento recabando dictamen consultivo— ya entiende en su consideración jurídica primera, acogiendo la doctrina del Consejo de Estado, que la preceptividad del dictamen deriva de que «ha sido una sentencia judicial la que ha anulado el acto por el que se declaró la inadmisibilidad de esa solicitud y ha ordenado retrotraer el procedimiento al momento de admisión a trámite de su solicitud para que, tras los trámites oportunos, el Pleno del Consejo Insular de Formentera dicte la resolución que proceda, previo dictamen del Consejo Consultivo» (35).

3. La jurisprudencia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia se muestra no tanto vacilante en este particular asunto, cuanto realmente confusa, toda vez que —siendo relativamente escasos los pronunciamientos sobre esta concreta situación— puede apreciarse que existen sentencias en diferentes sentidos.

Así, la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia de 12 de mayo de 2016 entiende que, una vez admitida a trámite la solicitud, debe finalizarse el procedimiento hasta la segunda fase, sin que sea suficiente que se desestime la solicitud con base únicamente en informe de los servicios jurídicos administrativos. Esta Sentencia da lugar al Dictamen 77/2017 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en cuya consideración segunda cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2004 (relativa a las dos fases del procedimiento de revisión de oficio), para a continuación decir que en la segunda fase es necesario dictamen de la Administración consultiva «tanto si la resolución que haya de poner fin al procedimiento acuerda la declaración de nulidad del acto objeto de revisión (...) como si declara la improcedencia de la nulidad pretendida, en cuyo caso el Dictamen no será vinculante».

Es decir, hemos pasado de una interpretación jurisprudencial según la cual sólo se iniciaba la segunda fase si en la primera se apreciaba causa de nulidad, a otra muy distinta según la cual deben sucederse ambas fases en cualquier caso.

No muy distinto de este criterio es el mantenido por la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2017, que cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2000, según la cual en caso de desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio, o bien «por resolución expresa que inicia el trámite pero no lo concluye»,

(35) Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears 173/2017, de 26 de abril de 2017 (rec. 261/2016).

lo procedente es que la Jurisdicción ordene a la Administración que inicie el trámite y lo concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si se produjo la nulidad pretendida.

Esta Sentencia del año 2000, que aplicaba la LPA de 1958, es muy distinta a las que hemos citado de las dos fases y de que no necesariamente debía abrirse la segunda. Y este fundamento jurídico se aplica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013 (rec. 2098/2011), en aplicación de la LRJ-PAC.

En consecuencia puede apreciarse una confusión de criterios y situaciones, y una clara contradicción de pronunciamientos.

Muy singular es la interpretación que hace la Sentencia del TSJ de Canarias de 21 de julio de 2006, que considera que la inadmisión del órgano es tan prolija en consideraciones sobre la cuestión de fondo, que lo que está haciendo en realidad es desestimar la petición, y que al no haber solicitado dictamen, debe anularse el acto y retrotraer actuaciones para que se instruya el procedimiento de revisión con dictamen consultivo.

También contradictoria es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de junio de 2006, que anula la desestimación expresa de una solicitud de revisión de oficio en la primera fase, esto es, sin recabar dictamen, cuando paradójicamente la fundamentación de esta Sentencia es la tantas veces citada del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2001.

En efecto recordemos que esta Sentencia de 2001 entiende que el procedimiento consta de dos fases; que en la primera se analiza si el acto adolece o no de los vicios que determinan su revisión y que «en caso de que la conclusión sea afirmativa se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado». Resulta entonces que, amparándose en este criterio, la Sentencia de la Audiencia Nacional anula una resolución en la primera fase.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2004 en cambio sí admite una resolución desestimatoria en la primera fase:

Si la Administración apreciase, con razonable fundamento y motivación, que no existe en modo alguno, de manera ostensible e indubitada, motivo alguno de nulidad radical que conduzca a la pretendida declaración de nulidad, nada le impide resolver denegando la prosecución del trámite, sin someter a la consulta del Consejo de Estado, una petición de nulidad carente de la más mínima base, ya que de lo contrario se convertiría al Alto Consejo Consultivo en un órgano a disposición de los particulares ejercitantes de dicha acción, y no del Gobierno y de la Administración.

En consecuencia la conclusión obligada de todo lo anterior es que la jurisprudencia acusa la confusión fraguada en la doctrina consultiva de los órganos autonómicos, alimentada por el legislador.

VI. Conclusiones

Urge una reconsideración total del sistema de recursos en vía administrativa, cuya utilidad es hoy poco menos que relativa, y muy especialmente de la acción de nulidad que permite al interesado instar en sede administrativa la revisión de actos firmes por motivos de nulidad.

Puede apreciarse una diferente interpretación del art. 106 LPAC, en el sentido de que —ante la confusión del precepto como consecuencia de una redacción incompleta y poco clara— la jurisprudencia y parte de la doctrina consultiva autonómica considera que —una vez admitida a trámite una revisión de oficio— invariablemente debe solicitarse dictamen a la Administración consultiva, mientras que otro sector —el Consejo de Estado y una parte minoritaria de los consejos consultivos— considera que la propuesta contraria a la resolución hace que no se deba solicitar dictamen.

Las páginas que preceden ponen de relieve la crisis expansiva de la revisión de oficio, que trasciende con creces la cautela con la que debe ser utilizada. La interpretación extensiva de esta institución hace posible reabrir plazos para revisar actos administrativos sin límite de tiempo, en muchas ocasiones en un claro abuso de derecho (36).

Dos son las conclusiones fundamentales que extraigo de este análisis: la primera es el grave error del legislador a la hora de articular un trámite de inadmisión por motivos de fondo; la segunda es que —en medio de dictámenes y sentencias que dicen una cosa y la contraria— a mi juicio es válida la resolución que el órgano administrativo dicta en la primera fase, desestimando la solicitud sin haber recabado dictamen consultivo por las razones que he esgrimido. Lo contrario genera conflictividad, porque la inadmisión siempre será revisada por los Tribunales de Justicia obligando a instruir el procedimiento y acaba por poner al Consejo de Estado u órgano autonómico a disposición de los particulares.

La manera de evitar la confusión denunciada consiste en reordenar el sistema de recursos, y diseñar un sistema de revisión de actos nulos con carácter restrictivo, en el que exista una inadmisión motivada por

(36) Un sector de la doctrina se ha referido a este abuso de derecho como la fórmula jurídica que permite «resucitar a un muerto», toda vez que aquellos actos que devinieron firmes tiempo atrás, vuelven a revisarse en vía administrativa y posteriormente en sede judicial. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso... op. cit.* Pág. 533.

cuestiones *a limine*, y a continuación se articule un procedimiento en el que claramente se diga que la primera fase finaliza en el mismo órgano si no se aprecian causas de nulidad, seguida en su caso de una segunda fase en la que se recaba dictamen consultivo a los solos efectos de confirmar que prima el principio de legalidad sobre el de seguridad jurídica.

Hasta que el legislador no regule con carácter básico esta institución con meridiana claridad, en un ordenamiento tan complejo con tantos intérpretes del Derecho, la confusión y las contradicciones serán inevitables.

La reforma del procedimiento administrativo común con ocasión de la LPAC ha sido una oportunidad lastimosamente perdida, porque era una magnífica ocasión para aclarar algunas de las incógnitas que todavía planean sobre la revisión de oficio: si se pueden revisar actos favorables, qué sucede con los actos de doble efecto (favorables para unos y desfavorables para otros) que son cuestiones —como la de la resolución en la primera fase— abocadas a la interpretación a veces vacilante de los aplicadores del Derecho, y que con frecuencia acaba lesionando el principio de seguridad jurídica, que es la clave de bóveda de cualquier ordenamiento jurídico.

Bibliografía

- AGUILÓ MONJO, P. A., «Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte», en *Revista Española de la Función Consultiva* núm. 1. Enero-junio 2004.
- BAÑO LEÓN, J. M., «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados», en *Documentación administrativa*. Nueva época. Núm. 2. Enero-diciembre 2015.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Revisión de oficio de los actos de trámite determinantes: la declaración de interés general para edificar en suelo rústico», en *Práctica Urbanística* núm. 139. Marzo-abril 2016. Págs. 90-96.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 181. Octubre-diciembre 2016. Págs. 225-250.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1977.
- CARBONELL PORRAS, E., Revisión de actos en vía administrativa, en GARMERO CASADO, E. (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Págs. 2313-2369.
- CORDÓN MORENO, F., *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*. Civitas. Madrid, 2013.

- DE PALMA DEL TESO, A., «La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen», en *Revista de Administración Pública* núm. 159. Septiembre-diciembre, 2002. Págs. 401-416.
- DE PAZ SASTRE, M., *La revisión de oficio de actos administrativos y sus límites*. TFG de la Universidad de Valladolid, dirigido por el Prof. Sanz Rubiales.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Civitas. Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Revisión de oficio de los actos dictados con infracción del Derecho Comunitario», en *Revista de Administración Pública* núm. 125. Mayo-agosto, 1991. Págs. 281-316.
- GAMERO CASADO, E., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Págs. 111-117.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Un punto de vista sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992», en *Revista de Administración Pública* núm. 132. Enero-abril, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», en *Revista de Administración Pública* núm. 20. Mayo-agosto, 1956. Págs. 69-77.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas-Thomson Reuters. 18 edición, 2017.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Tomo II. Civitas. Madrid, 1997.
- LAVILLA ALSINA, L., «La revisión de oficio de los actos administrativos», en *Revista de Administración Pública* núm. 34. Enero-abril, 1961.
- LÓPEZ CANDELA, J., «El procedimiento de revisión de oficio en la nueva Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *Revista de Derecho Local* núm. 39. Marzo, 2016.
- LÓPEZ RODÓ, L., «Presupuestos subjetivos para la aplicación del principio que prohíbe ir contra los actos propios», en *Revista de Administración Pública* núm. 9. Septiembre-diciembre, 1952. Págs. 11-43.
- MARTÍN REBOLLO, L., «La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 174. 2015.
- MARTÍN-RETORTILLO, C., «La declaración de lesividad del justiprecio acordado por el Jurado Provincial de Expropiación», en *Revista de Administración Pública* núm. 30. Septiembre-diciembre, 1959. Págs. 167-187.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «El «nuevo» régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 105. Mayo-Agosto 2016. Pág. 261.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Los proyectos de ley de del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación», en *Documentación administrativa*. Nueva época. Núm. 2. Enero-diciembre 2015.

- SORIANO GARCÍA, J. E., «*Non venire contra factum proprium* (Un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del Derecho)», en En SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Wolters Kluwer. Madrid, 2010. Págs. 427-491.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «La doctrina del acto confirmatorio», en *Revista de Administración Pública* núm. 8. Mayo-agosto, 1952. Págs. 11-66.



La nueva política de vivienda en España y su incidencia en el Plan 2018-2021

The new housing policy in Spain and its impact on the 2018-2021 Plan

NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO (1)

Universidad de Zaragoza
nicolasg@unizar.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.02>

LABURPENA: 2018-2021 Etxebizitza Planak finkatu egiten ditu aurreko planean hasitako planteamenduak, alokairua eta birgaitzea sustatuz osagai gako gisa. Plan honen indarguneetako batzuk dira, esaterako, alokairuaren arloa dinamizatzeko laguntza multzo oparoa, edo gizarte-talde batzuentzako laguntzak, hala nola 35 urtez beherako pertsonak, 65 urtez gorakoak, desgaitasunen bat dutenak edota utzarazpen- edo botatze-egoeran daudenak xede dituztenak; hori guztia, Espainiako eraikuntzaren sektorearen etorkizunaz zalantza ugari eragiten dituen ekonomiaren trantsizio-aldi batean.

HITZ GAKOAK: Etxebizitza izateko eskubidea. Gizarte-larrialdia. Desjabetzea. Etxebizitza eskuratzea. Alokairua. Etxegabetzea.

ABSTRACT: The 2018-2021 Housing Plan reinforces the approaches that were initiated during the former Plan supporting renting and restoration as cornerstones. The inclusion of an important block of aids to enliven the renting sector or the support to social collectives as those younger than 35 years of age, people older than 65, disabled people or persons at the risk of eviction are some of the strengths in this Plan, and all of this for a period of transition that makes very doubtful the future of the building sector in Spain.

KEYWORDS: The right to housing. Social emergency. Expropriation. Access to Housing. Eviction.

RESUMEN: El Plan de vivienda 2018-2021 consolida los planteamientos iniciados en el anterior Plan, con el apoyo al alquiler y a la rehabilitación como piezas clave. La incorporación de un bloque importante de ayudas para dinamizar el sector del alquiler o el apoyo a colectivos sociales como los menores de 35 años, los mayores de 65, las personas discapacitadas o las personas en situación de desahucio

(1) Trabajo del grupo de investigación ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio), proyecto S22_17R, financiado por el Gobierno de Aragón y FEDER para el período 2014-2020 («Construyendo Europa desde Aragón»).

o lanzamiento son algunos de los puntos fuertes de este Plan, todo ello en un periodo de transición que ofrece muchas dudas de cuál va a ser el devenir del sector de la construcción en España.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vivienda. Emergencia social. Expropiación. Acceso a la vivienda. Alquiler. Desahucio.

Trabajo recibido el 25 de julio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. Derecho a una vivienda digna y su materialización: del acceso a una vivienda a la emergencia social.—III. Planes de vivienda en la democracia: evolución hasta la actualidad.—IV. Plan de Vivienda 2018-2021. 1. Programa de ayuda al alquiler de vivienda. 2. Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual. 3. Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler o en régimen de cesión en uso. 4. Programa de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas. 5. Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas. 6. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural. 7. Programa de ayuda a los jóvenes. 8. Programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad.—V. Conclusión.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

El Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (en adelante, PEV), es la respuesta normativa estatal para los próximos cuatro años a la problemática habitacional presente en nuestro país, acentuada por la crisis económica iniciada en 2008.

Tras la prórroga para 2017 del Plan 2013-2016 por el Real Decreto 637/2016, de 9 de diciembre, había grandes dudas de cómo evolucionarían las políticas de vivienda frente a un sector de la construcción que despierta de su letargo, una sociedad cada vez más concienciada y preocupada por el acceso a la vivienda y un mercado de la vivienda protegida en recesión y al que el ciudadano ha dado la espalda.

Si el anterior Plan había visto en el alquiler una herramienta útil y que podía satisfacer los intereses de todas las partes implicadas, el nuevo PEV acoge estos planteamientos al que hay que sumar la rehabilitación que, a diferencia del Plan 2013-2016, no sale mencionada en el título de la norma, pero está presente en el PEV a través de diferentes programas.

El oscurantismo que se cierne sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada del art. 47 CE ha dado juego durante décadas a múltiples interpretaciones y adopción de medidas, no siempre acertadas, atendiendo más a intereses económicos y políticos que a una realidad inmobiliaria insostenible que dio origen a la explosión de una burbuja creada. El intento de copia de políticas de otros países (esencialmente del mundo anglosajón) adolece de un hecho importante y es la identificación clara de a quién se debe proteger o respaldar mediante estas medidas o programas. En este sentido, si las políticas anglosajonas se centran en la figura de la persona sin hogar (homeless) entendida más

allá de la connotación de vagabundo o sin techo (roofless), aquí, como veremos, la posibilidad de acudir a las medidas del PEV se abre a gran parte de la población, ello sin focalizar programas adecuados a aquellas personas olvidadas o desplazadas a la hora de encontrar un alojamiento por su situación económica. Es verdad que en el PEV se incluye un nuevo programa como es el de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual que aun así dista mucho del ejecutado en países como Escocia, con unos excelentes resultados y en el que hay una implicación plena ya no sólo de las partes afectadas, sino sobre todo de la Administración (2).

II. Derecho a una vivienda digna y su materialización: del acceso a una vivienda a la emergencia social

Desde la aprobación de la Constitución Española, las políticas de vivienda en España han girado en torno a un controvertido artículo 47 CE (3). La inclusión en el mismo del denominado derecho a una vivienda digna y adecuada ha generado un interesante debate acerca de cómo se debe articular este derecho, quiénes son los responsables de impulsarlo o quiénes se pueden beneficiar del mismo (4).

Como punto de partida, el derecho a la vivienda forma parte de los denominados «principios rectores de la política social y económica», los cuales se encuentran incluidos en el Capítulo III del Título I. En este sentido, existe una vinculación muy estrecha con la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE) (5) y es que conviene señalar que este principio rector ha de informar la actuación de todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de promover las condiciones

(2) *Vid.* GUILLÉN NAVARRO (2010).

(3) Por otra parte, no se debe obviar la consideración de la vivienda, como bien necesario, hecha en el art. 25 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en la Carta Social Europea de 1961 además del reconocimiento del derecho a una vivienda digna recogido en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

(4) Acerca de la incidencia del derecho a la vivienda se pueden consultar, entre otros, los estudios de GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (2010); López Ramón (2014); MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2017); RUIZ-RICO RUIZ (2013) y VAQUER CABALLERÍA (2016 y 2011).

(5) *Vid.* Auto de 8 abril 1992 del Tribunal Supremo (RJ 3409) (FJ cuarto): «Al reconducir el tema decidiendo al campo estrictamente jurídico, forzosamente tenemos que empezar reconociendo que la Constitución Española, en su Capítulo 3.º, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, dedica su art. 47 a reconocer el derecho de todos los españoles, sin distinciones de ninguna clase, al disfrute de una vivienda digna y adecuada imponiendo a los poderes públicos el promover las condiciones necesarias, estableciendo las normas pertinentes, para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo, de acuerdo con el interés general, para impedir la especulación. Poniendo a la Administración pública al servicio de los intereses generales, con objetividad».

necesarias para que todo español pueda disfrutar de una vivienda digna y adecuada(6).

De todos modos, es importante dejar claro, como señala Ponce Solé (2008: págs. 83 y ss.), que los poderes públicos están compelidos únicamente a poner los medios necesarios para alcanzar unos determinados fines, pero sin que de ello se pueda extraer una responsabilidad si estos resultados no se logran, a pesar de haber puesto en marcha los medios necesarios para ello. Esta situación se pone en consonancia con lo postura de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2010: pág. 6) que desvinculaba el derecho a una vivienda con la obligación de los gobiernos de construir un parque de viviendas para toda la nación, si bien la mayoría de ellos participan en gran medida de la construcción de viviendas con destino a personas desfavorecidas.

Con ello, el derecho a la vivienda hay que verlo en un sentido amplio al poder comprender aspectos tan diversos como la prevención de situaciones de sinhogarismo o de desalojos forzosos, la lucha contra la discriminación en el acceso a la una vivienda, la protección de los grupos más vulnerables o el acceso a servicios adecuados. Si se analizan las políticas públicas de vivienda de los últimos años, se comprueba como durante décadas el gasto público se centraba en financiar la construcción de viviendas con un régimen de protección, produciéndose en los últimos años un cambio al apostar por el alquiler, el acceso a la vivienda de colectivos concretos como menores de 35 años, la rehabilitación o los parques públicos de vivienda.

Por lo que respecta a los beneficiarios de este derecho, uno de los problemas identificados es que verdaderamente los beneficiarios de las acciones llevadas a cabo por los planes de vivienda han sido los promotores de viviendas. No obstante, es verdad que, centrándonos en el beneficiario final de estas políticas, ha habido un tránsito de las clases medias a colectivos necesitados. En este sentido, la introducción de dos conceptos claves como son los de la «necesidad» y la «preferencia», logran perfeccionar todavía más esta delimitación, ya que el simple hecho de pertenencia a un colectivo y presentar una situación económica desfavorable necesita completarse con la acreditación de que este ciudadano, por sus circunstancias, necesita ser objeto de asistencia pública(7).

(6) *Vid.* FJ segundo de la STC 152/1988, de 20 de julio. Completándose con el FJ séptimo de la STC 7/2010 de 27 abril (Sala primera), del cual se comprueba de que ante la duda de qué poder público es el responsable de tomar hay que considerar que son todas las Administraciones las que están implicadas en el ejercicio de sus respectivas competencias. En este mismo sentido, LÓPEZ RAMÓN (2009: pág. 85), PONCE SOLÉ (2008: págs. 83 y ss.) y ROGER FERNÁNDEZ (2005).

(7) *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ (2007: pág. 40).

La existencia del derecho a la vivienda y su materialización, siempre delimitando claramente la figura del beneficiario, es una cuestión muy debatida en el ámbito doctrinal y jurisdiccional. Así, la cuestión fundamental a dilucidar es si debe entenderse como un auténtico derecho subjetivo y, con ello, facilitar el acceso a los tribunales para exigir su cumplimiento. En este sentido, la inclusión del derecho a una vivienda digna entre los principios rectores de la política social y económica no genera por sí solo un derecho susceptible de reclamación al tratarse de una invitación de los poderes públicos para que faciliten dicho disfrute dentro de las posibilidades económicas(8). Esta interpretación conlleva a asentar, en principio, la inexistencia de un derecho reclamable ante los tribunales(9). No obstante, es verdad que de la redacción del art. 53.3 CE, se establece que los principios rectores sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen(10).

Este inciso ha conllevado a que en los últimos años hayan aparecido diferentes normas que han ido más allá e incluso han identificado directamente este derecho como subjetivo. En este sentido, existen Comunidades que ya han aprobado leyes que hacen mención expresa al derecho a la vivienda en sus títulos, introduciendo algunas de ellas claramente la protección jurisdiccional(11). Tal es el caso de Andalucía con la aprobación de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vi-

(8) Antecedente quinto del Auto del TC (Pleno) núm.223/2005, de 24 mayo. Acerca del debate sobre su consideración: LÓPEZ RAMÓN [(2009: pág. 84) y (2010: págs. 13-14)], PISARELLO PRADOS (2009: págs. 4-5), TEJEDOR BIELSA (2010: pág. 1814), LALAGUNA Y DURÁN (1997: pág. 1882) y FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS (2010: págs. 114 y ss.), GARCÍA MACHO (2009: págs. 89 y ss.), PONCE SOLÉ (2008: págs. 80 y ss.).

(9) *Vid.* LALAGUNA Y DURÁN (1997: pág. 1882) y FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS (2010: págs. 114 y ss.).

(10) *Vid.* Fundamento jurídico sexto de la Sentencia de 19 abril 2000 del Tribunal Supremo (RJ 2963) y el razonamiento jurídico tercero del Auto de 22 enero 2004 del Tribunal Supremo: (JUR 113708): «Pues bien, baste decir para rechazar tal alegato que el procedimiento seguido en la instancia ha sido el ordinario, y que la invocación de un derecho fundamental —el art. 47 de la Constitución no lo es—, cuando el procedimiento en el que ha recaído la sentencia impugnada no es el especial para la defensa de los derechos de esta naturaleza —tramitado al amparo de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, en la actualidad incluido, como proceso específico, dentro del art. 114 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio—, no está comprendida como ha dicho reiteradamente esta Sala, en la excepción del art. 86.2.b) «in fine» de la Ley de esta Jurisdicción. Por lo tanto, la invocación del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) principio rector de la política social que solo puede ser alegado ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), no altera el régimen de los recursos establecidos en la ley, a lo que finalmente ha de añadirse que, como ha dicho reiteradamente esta Sala, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución no resulta afectado porque en esta jurisdicción un proceso quede resuelto definitivamente en única instancia». De igual manera, PISARELLO PRADOS (2009: pág. 6-7).

(11) *Vid.* OLIVÁN DEL CACHO (2009: págs. 738-739). Así, se puede hacer mención a Andalucía (Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía), Cataluña (Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda de Cataluña), Castilla y León (Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda en Castilla y León) o Navarra (Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra).

vienda en Andalucía; Cataluña con la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda de Cataluña; Castilla León con la Ley 9/2010, de 30 de agosto o la Comunidad Foral de Navarra a través de la Ley Foral 28/2018, de 26 de diciembre que precisamente lleva por título sobre el sobre el derecho subjetivo a la vivienda en Navarra.

Analizando estas normas, encontramos una evolución significativa en el tratamiento del derecho a la vivienda ya que por ejemplo en Cataluña se posibilita, en ejercicio de la acción pública, la exigencia del cumplimiento de la legislación en materia de vivienda(12), o en Andalucía se hace referencia directamente a la existencia de un derecho subjetivo y la posibilidad de exigencia de las obligaciones de la Administración a través del reconocimiento en el art. 24 de la protección jurisdiccional del derecho. En el caso de Castilla León se trata básicamente de un instrumento de planificación, situación que ocurre también en Navarra en la que la Ley Foral 28/2018, aunque deja clara la existencia de un derecho subjetivo, posteriormente se centra básicamente en que las Administraciones Públicas de Navarra deben velar por la satisfacción y protección de este derecho y aclara que en defecto de vivienda disponible, la satisfacción de tal derecho se garantizará mediante un sistema de deducciones fiscales por arrendamiento (art. 1).

No obstante, aparte de las anteriores regulaciones, son la norma vasca y valenciana, las que han supuesto toda una revolución por su contenido. En este sentido, en el País Vasco, la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, recogía y recoge interesantes matizaciones a la extensión del denominado derecho subjetivo a la vivienda, destacándose sin duda el apartado 1 del artículo 6, del que su redacción original no dejaba lugar a dudas acerca de la identificación del derecho a la vivienda como derecho subjetivo exigible ya no sólo ante los órganos administrativos, sino también ante los juzgados y tribunales, inciso problemático como veremos(13).

Profundizando en dicho precepto, hay dos aspectos a destacar como son los relativos a los sujetos y al derecho reclamable. En cuanto a los

(12) Así, en el art. 6 de la Ley de vivienda catalana se expone lo siguiente: «todos los ciudadanos, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, pueden exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de vivienda y de las disposiciones y medidas establecidas por el planeamiento urbanístico referidas a la vivienda».

(13) «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente la observancia de la presente ley, así como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución». La actual redacción es la siguiente: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos la observancia de la presente ley, así como de las normas, disposiciones, planes y programas que se dicten en su desarrollo y ejecución», como se comprueba se elimina el inciso referido al ámbito judicial tras declararse inconstitucional y nulo el inciso «y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente» por sentencia del TC núm. 97/2018, de 19 de septiembre.

sujetos, la norma asocia la posible exigencia de este derecho a una serie de condicionantes recogidos en el art. 9 (parecido a la redacción andaluza), en concreto, no hallarse en posesión de vivienda ni de alojamiento estable o adecuado, estar inscrito en el registro de demandantes para la adjudicación de una vivienda protegida o acreditar unos ingresos anuales comprendidos entre los límites establecidos reglamentariamente; pero, ahora bien, ¿cuál es el derecho reclamable? En este sentido, el artículo 9, en su apartado primero, señala la puesta a disposición, «en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre». Como se comprueba, una materialización directa del derecho a una vivienda digna y adecuada (14).

Misma situación ocurría en la Comunidad Valenciana en donde el art. 6.1 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana, recogía también la acción pública al permitir que «todas las personas, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda», pudieran exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes el cumplimiento de la normativa en materia de vivienda. No obstante, la apuesta por la existencia de un derecho reclamable vía jurisdiccional ha sido frenada por la acción del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en los dos casos.

Empezando con la norma valenciana, el inciso recogido en el art. 6.1 fue declarado inconstitucional y nulo por sentencia 80/2018, de 5 de julio, a raíz de una invasión de la competencia estatal en materia procesal reconocida en el artículo 149.1.6 CE, de ahí que el Tribunal únicamente hiciera hincapié en la inconstitucionalidad y nulidad de ese inciso («y jurisdiccionales»)(15). Lo mismo ha ocurrido con el inciso «y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente» contenido en el art. 6.1 de la Ley vasca 3/2015, el cual ha sido declarado también inconstitucional y por ende nulo por Sentencia del TC 97/2018, de 19 de septiembre(16),

(14) *Vid.* BELTRÁN DE FELIPE (2000: pág. 152), este autor pone en duda el surgimiento de un derecho subjetivo pleno a la adjudicación de una vivienda de promoción pública por la simple razón de que «casi siempre hay más solicitantes que viviendas a adjudicar, lo cual impide prefigurar la situación de aquéllos como la de un derecho a la adjudicación».

(15) *Vid.* Fundamento jurídico 5.a: «Este Tribunal comparte el criterio coincidente de las partes y considera que la norma impugnada se encuadra en la materia de legislación procesal, lo que nos sitúa, por tanto, en el ámbito del artículo 149.1.6 CE. Por consiguiente, lo que, a continuación, debemos dilucidar es si la norma impugnada constituye o no un ejercicio de la competencia procesal autonómica. De acuerdo con el artículo 149.1.6 CE, la legislación procesal corresponde a una competencia general del Estado, mientras que la competencia atribuida a las Comunidades Autónomas por ese precepto constitucional es de orden limitado, pues está circunscrita a «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

(16) Anteriormente dicho apartado 1 había sido suspendido de vigencia y aplicación desde el 28 de marzo de 2016, para las partes en el proceso y desde el 18 de abril de 2016 para los terceros, por providencia del TC de 12 de abril de 2016, que admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad 1643/2016.

habiendo una remisión al tratamiento dado sobre este asunto por la sentencia 80/2018, en su FJ 5 a).

Como se aprecia, la consideración del derecho a la vivienda como simple principio rector de la política social y económica se va difuminando poco a poco. Las exigencias del Estado social del bienestar, la evolución en las expectativas de los ciudadanos y el compromiso político con respecto a la población hace que este derecho no sólo se pueda asociar a la obligación de los poderes públicos de adoptar una serie de medidas o a su intervención. Con ello considero que el objetivo principal del reconocimiento constitucional del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada es tratar de asegurar a todos los ciudadanos una digna calidad de vida y es en esto donde las exigencias deben quedar limitadas (17).

De todos modos, la acción de las Comunidades Autónomas en la defensa del acceso o permanencia en una vivienda es más que evidente, iniciándose desde 2013 una reforma habitacional destinada a respaldar a las clases sociales más desfavorecidas y que va incluso más allá de las normativas autonómicas anteriormente referenciadas sobre el derecho a la vivienda. Es interesante la elección de términos como el de emergencia social (Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura o Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética en Cataluña); función social (Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Comunidad Valenciana); o la vinculación con la asistencia social y los servicios sociales (Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de Medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón), que se une a otras medidas recogidas en las distintas Leyes de vivienda autonómicas en donde desarrollar todas las iniciativas habitacionales (18).

Sin duda, la consideración del acceso a la vivienda como un problema social es un hecho que asume un protagonismo indiscutible. En este sentido, la función social de la vivienda ha sido utilizado por el ámbito polí-

(17) En este sentido comparto la definición de derecho a la vivienda recogida por FERRANDO NICOLAU (1992: págs. 309): «el derecho a la vivienda digna y adecuada podría definirse como el derecho de toda persona a tener un espacio íntimo, acaparado al entorno y a la sociedad en que se encuentra, donde pueden verse satisfechas las necesidades básicas de una vida digna».

(18) *Vid.* Ley 1/2010, de 8 de marzo, de vivienda de Andalucía; Ley 5/2014, de 26 de diciembre, de vivienda protegida de Cantabria; Ley 10/2013, de 16 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda de Castilla y León; Ley 8/2004, de 20 de octubre, de vivienda de la Comunidad Valenciana; Ley 3/2001, de 26 de abril, de vivienda de Extremadura; Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda en Extremadura; Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; Ley 5/2018, de 19 de junio, de vivienda de Islas Baleares; Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda de Islas Canarias; Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda de La Rioja; Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco; Ley 6/2015, de 24 de marzo, de vivienda de la Región de Murcia.

tico en muchas ocasiones para dar cuenta de la contradicción existente entre personas con problemas habitacionales y un alto número de propiedades vacías. Dentro de estas corrientes de defensa ciudadana, el respaldo sobre las personas incursas en procedimientos de desahucio cuando se encuentran en circunstancias de exclusión o emergencia social (19), se ha convertido en una herramienta muy útil y, a su vez, una evolución de las políticas de vivienda en España. Estas medidas no sólo surgen en el ámbito autonómico, sino que el PEV también ha tenido en cuenta estas circunstancias, incluyéndose, como novedad, un programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, ello sin olvidar la incidencia, por ejemplo, del Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y, especialmente, de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (20).

Profundizando en estas cuestiones, el apoyo a los colectivos más desfavorecidos se traduce en medidas muy interesantes como son la protección del ciudadano en los procedimientos de desahucio, la expropiación temporal del uso de viviendas vacías o el denominado alquiler social obligatorio.

Respecto al primero, el ámbito autonómico recoge diferentes acciones como la suspensión temporal de los procedimientos administrativos de desahucio de viviendas de promoción pública o las medidas para aliviar el endeudamiento derivado del impago de rentas de alquiler de viviendas de promoción pública (21). Con ello, la introducción de medidas para garantizar la protección a las personas que están en procedimientos de ejecución hipotecaria se ha convertido en algo habitual en las normativas de vivienda, hecho que viene respaldado, como he señalado, por el PEV, y en donde colaboración público-privada asume un papel fundamental.

No obstante, algunas medidas autonómicas aprobadas en este ámbito, como la posibilidad de expropiación del uso de la vivienda objeto

(19) En este sentido, se puede acudir a la delimitación de este término en la normativa valenciana que asocia al mismo a las personas que tienen la residencia habitual y permanente en la vivienda objeto de ejecución hipotecaria, y que esta vivienda sea la única en propiedad; que la ejecución hipotecaria sea consecuencia del impago de un préstamo concedido para poder hacer efectivo el derecho a la vivienda por la persona; las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo; y, por último, que el conjunto de ingresos no supere 1,5 veces el IPREM cuando viva una persona sola, 2 veces el IPREM si es unidad de convivencia y 3 veces el IPREM para más de tres miembros (*vid.* art. 12 de la Ley 2/2017, de 3 febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana).

(20) Medidas que serán analizadas en el bloque referido al Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual.

(21) Sin duda sobre este aspecto, son recomendables los análisis de MOREU CARBONELL (2014, 2016 y 2017) y PONCE SOLÉ (2015).

de un procedimiento de ejecución respecto de personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria que se recogía en el marco normativo andaluz, canario o navarro (22) no han pasado el filtro del Tribunal Constitucional al identificarse una interferencia con respecto a la competencia estatal y es que dicha medida resulta incompatible, según el Tribunal, con las medidas adoptadas por el Estado en ejercicio de su competencia (art. 149.1.13 CE) para atender a las mismas necesidades, más en concreto, una interferencia en el modo en que el Estado ha ejercido su competencia en materia de bases de la planificación general de la economía e incluso en la actuación de la SAREB (23). Lo mismo cabe decir de la denominada expropiación forzosa del usufructo temporal de determinadas viviendas para la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social (véase de la norma extremeña, art. 2 de la Ley 2/2017, de 17 febrero o en la Comunidad Valenciana a través del art. 13 de la Ley 2/2017, de 3 febrero) (24), la cual ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional declarándose inconstitucional al vulnerar de igual manera los títulos competenciales estatales en materia de ordenación de la economía (149.1.13 CE) (25).

Interesante también son tanto la expropiación temporal del uso de las viviendas vacías, que se puede encontrar en la regulación navarra, como la cesión obligatoria de vivienda vacía existente de la norma cata-

(22) Andalucía: disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda y disposición adicional primera de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; Canarias: disposición adicional cuarta de la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda.; Comunidad Foral de Navarra: (apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo de derecho a la vivienda en Navarra, añadida por el art. 7 de la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra). Asimismo, se puede referenciar el caso vasco (arts. 9.4 y 74 y 75 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco) o valenciano (art. 13 de la Ley 2/2017, de 3 febrero, de función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana).

(23) Más en concreto, declara «un uso de la competencia autonómica en materia de vivienda que, al interferir de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (art. 149.1.13 CE), menoscaba la plena efectividad de dicha competencia estatal» (fundamento jurídico tercero) [STC 16/2018 (fundamento jurídico 13)]. También, sentencias núm. 106/2018, de 4 octubre; núm. 80/2018, de 5 julio; núm. 32/2018, de 12 de abril (fundamento jurídico 5); núm. 43/2018, de 26 de abril (fundamento jurídico 4) y núm. 97/2018 (fundamento jurídico 5); núm. 93/2015, de 14 de mayo. Véase en este sentido VALCÁRCEL BUSTOS (2018: págs. 349 y ss.) en relación con la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda en Andalucía y los efectos de la expropiación de uso en el mercado hipotecario.

(24) Esta situación se aplica, dice la norma, «una vez agotadas todas las vías de solución habitacional en previsión de la menor afectación posible al mercado hipotecario» y sobre «las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por las entidades financieras o sus filiales inmobiliarias, o por las entidades de gestión de activos, cuando resulten adjudicatarias del remate».

(25) *Vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional núms.106/2018, de 4 octubre, y núm. 80/2018, de 5 julio.

lana. Respecto a la primera, la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, recoge como causa justificativa de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 52.2.a), el hecho de mantener una vivienda deshabitada y no haber cumplido en el plazo concedido al efecto el requerimiento para poner fin a tal situación (26), una medida, controvertida, que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en sentencia núm. 16/2018, de 22 febrero. En dicha Sentencia, en lo que a este punto respecta, se parte del hecho de que la norma insta a que el propietario de la vivienda destine efectivamente la misma a uso habitacional (27), incluyéndose toda una serie de consecuencias en el caso de que se no hiciera, entre ellas, la expropiación. Curiosamente, lejos de revertir la situación en favor de la defensa a ultranza del derecho a la propiedad, el TC establece la validez de estas expropiaciones siempre y cuando vayan acompañadas de la indemnización correspondiente y es que las mismas, aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, se adoptan en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (28), no habiendo en este caso un menoscabo al art. 149.1.13 CE (29).

(26) Suspensión de vigencia y aplicación mantenida por Auto del Tribunal Constitucional núm. 69/2014 de 10 marzo.

(27) *Vid.* TORNOS MAS (2014) en lo referido a la problemática entorno a la función social de la propiedad de las viviendas y su uso efectivo para fines residenciales, además de las diferentes medidas imperativas para imponer la nueva función social del derecho de propiedad.

(28) *Vid.* Fundamento jurídico 16.d: «De este modo, las expropiaciones que pudieran traer causa de los arts. 52.a) y 72.2, mientras vayan acompañadas de la indemnización correspondiente, no tienen aptitud suficiente para perjudicar sustancialmente la solvencia de las entidades de crédito, ni tampoco para mermar significativamente los resultados del proceso de desinversión confiado a la SAREB. En caso de que la propia ley foral impidiera, mediante alguno de los preceptos que no han sido recurridos, que las citadas previsiones expropiatorias no fuesen seguidas de una indemnización proporcional al valor real de la vivienda serían los preceptos que negasen o configurasen de otro modo el derecho a indemnización los que producirían el obstáculo relevante en la competencia estatal. Procede concluir que estas dos normas forales, que son legítimo ejercicio de las atribuciones autonómicas en materia de vivienda (art. 44 LORAFNA), pues la definición de causas de expropiación corresponde al poder público encargado de perseguir los fines sectoriales a cuya satisfacción se orienta la expropiación, no menoscaban significativamente las decisiones que el Estado ha adoptado ex art. 149.1.13 CE para mejorar la solvencia de las entidades financieras y para optimizar el proceso de desinversión de los activos inmobiliarios de peor calidad. Consecuentemente, procede declarar su constitucionalidad y desestimar esta impugnación en la medida que se refiere a ellas. Fundamento jurídico 17: «Los arts. 52.2.a) , 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, añadidos respectivamente por los arts. 2 , 5 y 6 de la Ley Foral 24/2013, aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, el legislador dice adoptarlas en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida»

(29) *Vid.* Fundamento jurídico 16 *in fine*: «La definición de causas de expropiación corresponde al poder público encargado de perseguir los fines sectoriales a cuya satisfacción se orienta la

Una última manifestación del impulso del derecho a la vivienda por parte de las Comunidades Autónomas es el referido a la adjudicación directa de una vivienda que podemos encontrar regulado tanto en la Comunidad Valenciana, como en el País Vasco. En el caso de la Comunidad Valenciana, curiosamente el arts. 6.2 a 6.4 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda que anteriormente se ha analizado a raíz de la acción pública en materia de vivienda, recoge la posibilidad de que las personas con vecindad administrativa en la Comunidad Valenciana que por sus ingresos u otras circunstancias, no pueden acceder a una vivienda y sean titulares del derecho exigible a un alojamiento asequible, digno y adecuado, pueden ejercer este derecho ante la Administración, la cual en un plazo máximo de seis meses resolverá su solicitud proporcionando alguna de las soluciones habitacionales previstas en esta ley, otorgándose incluso el uso de un alojamiento por silencio administrativo. Como se comprueba, las políticas de vivienda han llegado a un nivel alto de compromiso, en el cual en la satisfacción del derecho a la ocupación legal de una vivienda digna y adecuada las Administraciones públicas asumen un papel activo, siempre y cuando, lógicamente, los sujetos reúnan los condicionantes exigidos por la norma (30).

Este hecho no es algo exclusivo de la Comunidad Valenciana, presentándose como digo también en el País Vasco, en donde las administraciones públicas vascas, con competencia para ello, pueden poner a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o un alojamiento protegido, o incluso una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso (arts. 7 a 9 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco). Con ello, aunque el derecho a una vivienda no es exigible por vía jurisdiccional, parece que sí que se puede dirigir hacia las Administraciones Públicas, más cuando cuentan con herramientas para satisfacer el mismo siempre y cuando, repito, se cumplan los condicionantes legales para ello (31).

expropiación, no menoscaban significativamente las decisiones que el Estado ha adoptado ex art. 149.1.13 CE para mejorar la solvencia de las entidades financieras y para optimizar el proceso de desinversión de los activos inmobiliarios de peor calidad».

(30) En el caso de la Comunidad Valenciana se tienen en cuenta diferentes aspectos como disponibilidad de alojamiento, ingresos de la unidad de convivencia, inscripción en el registro de demandantes de vivienda, etc. (vid. art. 2 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero).

(31) Autores como MAGUREGUI (2018) hablan de la posible existencia de un servicio público de alojamiento, que debe satisfacerse de igual modo que otros derechos sociales con igual rango de protección constitucional como, por ejemplo, la sanidad, la educación o la cultura.

III. Planes de vivienda en la democracia: evolución hasta la actualidad

Las políticas de vivienda en España presentan una interesante evolución al transitar desde una defensa de la vivienda con un régimen de protección en propiedad a la utilización del alquiler para satisfacer las necesidades habitacionales de la población, ello sin olvidar todo lo anteriormente expuesto acerca de la ayuda a colectivos en emergencia social contenidos en la normativa autonómica.

Centrándonos en el bloque surgido tras la llegada de la democracia, lo primero que ha de destacarse es que los planes de vivienda heredan los planteamientos franquistas con un apoyo al sector de la construcción más que en las personas con problemas en el acceso a la vivienda, ello a pesar de la presencia del ya comentado art. 47 CE (32). Esta situación se muestra en el primer Plan de vivienda aprobado, el referido para el periodo 1981-1983, que giraba en torno al impulso de la construcción, curiosamente como medida económica que frenara la crisis existente. No obstante, es verdad que, a partir de entonces, al fomento de la promoción de viviendas se suma la aparición de diferentes ayudas económicas vinculadas a la adquisición de viviendas y en donde se tenían en cuenta los niveles de renta y composición familiar del adquirente/beneficiario (Planes 1984-1987 y 1988-1992) (33).

Es a partir del Plan 1992-1995 cuando se puede apreciar un cambio de tendencia, con la aparición de un nuevo modelo de política de vivienda asociado a programas de suelo urbanizable para viviendas de protección oficial, ayudas a la compra de viviendas, el fomento de las cuentas vivienda o de la oferta de viviendas en alquiler a precios moderados (34). Este modelo de política se fue trasladando a posteriores planes si bien se produce la introducción de nuevos programas como los de rehabilitación y desarrollo de suelo destinado a viviendas protegidas (Plan 1996-1999).

(32) En concreto, Plan 1981-1983 (Real Decreto 2555/1980, de 7 de noviembre); Plan 1984-1987 (Real Decreto 3280/1983, de 14 de diciembre); Plan 1988-1992 (Real Decreto 1494/1987, de 4 de diciembre); Plan 1992-1995 (Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre); Plan 1996-1999 (Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre); Plan 1998-2001 (Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio); Plan 2002-2005 (Real Decreto 1/2002, de 11 de enero); Plan 2005-2008 (Real Decreto 14/2008, de 11 de enero); Plan 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre); Plan 2013-2016 (Real Decreto 233/2013, de 5 de abril) y Plan 2018-2021 (Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo). Un repaso de la evolución de las políticas de vivienda desde su origen hasta la llegada de la democracia se puede consultar, entre otros, en GUILLEN NAVARRO (2012).

(33) RANCAÑO ÁLVAREZ (1987: págs. 17-20); MUÑOZ CASTILLO (2000: págs. 40 y ss.) e IGLESIAS GONZÁLEZ (2010: págs. 349 y ss).

(34) SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2003). Acerca de la política de fomento del alquiler en los planes estatales de los noventa se puede consultar a TINAUT ELORZA (2000).

La burbuja inmobiliaria y el encarecimiento de la vivienda libre conllevó un necesario cambio de posicionamiento en los siguientes Planes (1998-2001 (35) y 2002-2005 (36)) con una apuesta por el proteccionismo sobre los grupos de población más necesitados y que posteriormente se trasladó a los Planes 2005-2008 (37) y 2009-2012 (38). El acceso a la vivienda de los grupos de población con niveles bajos y medios de ingresos, especialmente los jóvenes, fue el foco prioritario de actuación. A ello se añadió otro hecho y es que se comprobó que, por entonces, el otorgamiento de una vivienda protegida en régimen de propiedad no era la mejor solución frente a las necesidades de alojamiento de estos grupos, de ahí la potenciación del régimen de alquiler junto con otras iniciativas como la implantación de ayudas para el pago de alquiler.

En este periodo también hay que hacer referencia a dos normas de carácter estatal muy relevantes en lo que a vivienda se refiere como son el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (39), que posteriormente sería convalidado y tramitado como proyecto de ley, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, denominada coloquialmente como «Ley antidesahucios» (40).

(35) CACHORRO RODRÍGUEZ (1998: págs. 23-26); ALCONCHEL PÉREZ y ANTÓN GÓMEZ (1999: págs. 29 y ss.).

(36) DE MESA GÁRATE (2002; págs. 43 y ss.) y TINAUT ELORZA (2002: págs. 33 y ss.).

(37) RUIZ ARBE (2005: págs. 14-17); ALONSO TIMÓN (2006: págs. 145 y ss.); CASTANYER GARCÍA (2006: págs. 42-45) TINAUT ELORZA (2006: págs. 273 y ss.) y SIBINA TOMÁS (2008).

(38) Sobre este Plan es interesante el análisis realizado por IGLESIAS GONZÁLEZ (2009) sobre todo por los efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo para vivienda protegida.

(39) *Vid.* BELINCHÓN ROMO (2012), BERROCAL LANZAROT (2012); GARCÍA DE PABLOS (2012); FERNÁNDEZ-REYES (2013), RALUCA STROIE y FERNÁNDEZ BENAVIDES (2012); LLEDÓ YAGÜE (2014). De esta norma hay que destacar la inclusión de tres fases de actuación. Una primera centrada en la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, que si no resulta suficiente da paso a una segunda, con carácter potestativo, que consiste en ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de su deuda. De manera residual y si ninguna de las anteriores logra reducir el esfuerzo hipotecario de los deudores a límites asumibles para su viabilidad financiera, se otorga la posibilidad de solicitar, obligando a las entidades a aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta asumible.

(40) *Vid.* AGÜERO ORTIZ (2013) y JIMÉNEZ PARÍS (2013). Como medidas de esta Ley se incluye la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión; mejoras en el mercado hipotecario a través de la modificación de la Ley Hipotecaria o modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario sean protegidos de manera adecuada, además de agilizar y flexibilizar el procedimiento de ejecución.

Ambas normas surgen en un momento en el cual España sufre una severa crisis económica y en el cual se identifica a gran número de personas inmersas en procesos de ejecución hipotecaria por los cuales se ven privados de su vivienda habitual, de ahí la adopción de un conjunto de medidas destinadas a aliviar la situación de aquellas personas que en su momento contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual y que no pueden hacer frente al pago de este. Estas medidas se mantienen en la actualidad si bien han sufrido modificaciones tanto por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, como por el Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013(41).

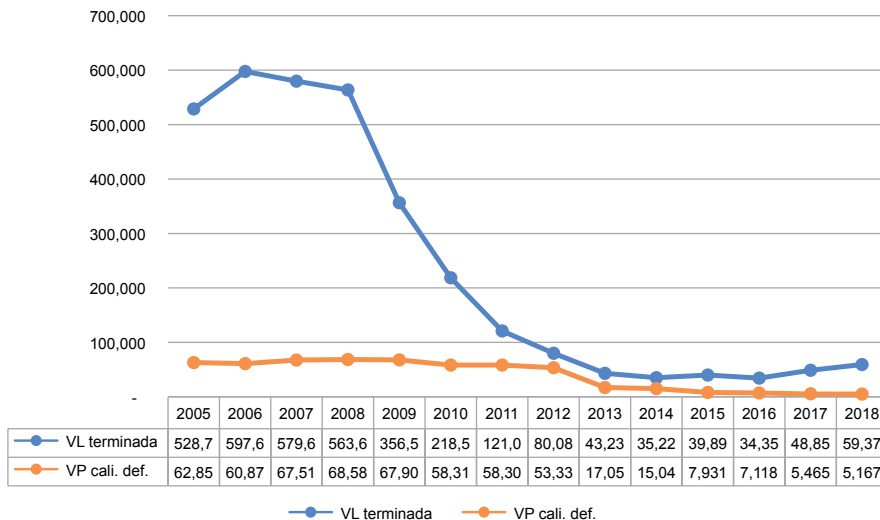
Sin duda, el contexto socioeconómico ha influido de manera determinante en el devenir de las políticas de vivienda. Por ejemplo, la caída en la promoción de nuevas viviendas a raíz de una menor demanda de las mismas a causa de la crisis económica fue una de las causas por la que se produjo un cambio de rumbo de estas políticas hacia la apuesta clara por el alquiler en el Plan de vivienda 2013-2016, junto con las acciones de rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando con ello el bloque de ayudas destinadas a la promoción y construcción de viviendas con un régimen de protección a excepción de los parques públicos de vivienda. Esta situación también ha afectado al nuevo Plan de vivienda y es que hay que tener en cuenta cómo ha evolucionado el mercado inmobiliario en España en los últimos años, sobre todo los dos modelos de vivienda existentes como son la vivienda libre y la vivienda protegida o con un régimen de protección.

En este sentido, ambas tipologías han sufrido de lleno los efectos colaterales de la crisis económica y del estallido de la burbuja inmobiliaria con un descenso en la construcción de nuevas viviendas y una caída de los precios (ver gráficos 1 y 2), si bien no lo es tanto en el de la vivienda protegida al verse marcados los precios por parte de la Administración huyendo por tanto del juego económico de la oferta y de la demanda.

(41) Acerca del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, CASTILLO MARTÍNEZ (2017).

Gráfico 1

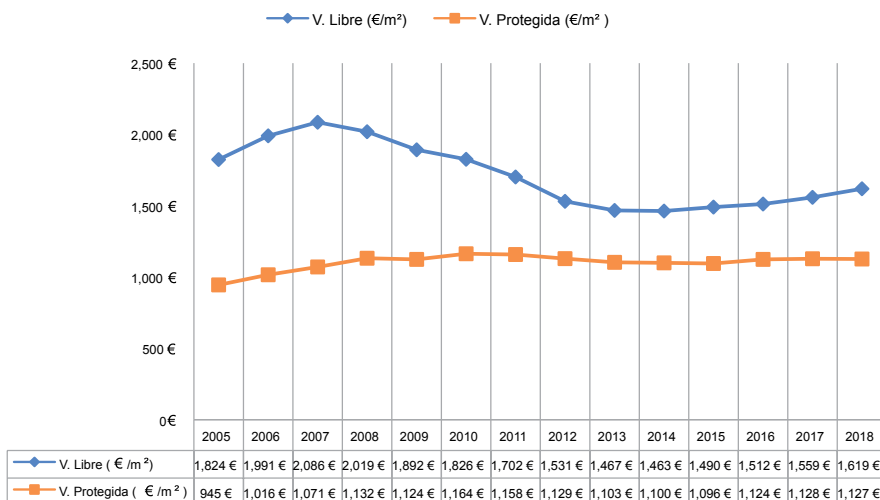
Número de viviendas libres terminadas y número viviendas protegidas calificadas definitivamente



Fuente: Ministerio de fomento (2018)

Gráfico 2

Precio €/m² de vivienda libre y vivienda protegida



Fuente: Ministerio de fomento (2018)

Como se aprecia en los gráficos anteriores, entre 2007 y 2013 se identifica un periodo de recesión y es que los datos económicos no dan lugar a dudas. Como expone Rodríguez López (2017: pág. 783), si los precios de la vivienda aumentaron en casi un 200% entre 1997 y 2007, éstos disminuyeron en un 37% entre 2007 y el primer trimestre de 2014. De igual manera, la venta de viviendas retrocedió en un 68,5% entre 2006 y 2013, siendo más acuciante la caída de las viviendas de nueva construcción, que disminuyeron en un 86,2% en el mismo periodo.

En este intervalo cabe recordar que se sucedieron hasta tres Planes de Vivienda, en concreto los de 2005-2008, 2009-2012 y 2013-2016, si bien, a modo de crítica, no respondieron de manera adecuada a la realidad económica y social de estos últimos años al ofrecer respuestas tardías a las necesidades habitacionales de la población(42). Aunque en el Plan 2013-2016 hay un cambio de tendencia con una apuesta por el alquiler, puede decirse que es una reacción tardía ante las prioridades de búsqueda de alojamiento de la población que durante los últimos años han huido de la compra de vivienda en favor del alquiler, lastrando con ello la promoción de nuevas viviendas. Más preocupante ha sido el mercado de la vivienda protegida, desplazado como opción de los ciudadanos ante el descenso de precios de la vivienda libre, precios que incluso se han ido equiparando con el paso de los años como muestra el gráfico 2. De todos modos, en este periodo el esfuerzo medio de acceso a la vivienda ya sea en propiedad o en alquiler se ha mantenido muy elevado para los hogares con bajos niveles de ingresos, teniendo los hogares con bajos ingresos serias dificultades en acceder a una vivienda en propiedad mediante un préstamo hipotecario(43)

Con todo ello, y tal y como se exponía en el preámbulo del Plan 2013-2016, la crisis económico-financiera y sus efectos en el sector de la vivienda, han marcado un cambio de rumbo en las políticas de vivienda, rompiendo el respaldo a la ingente construcción de nuevas viviendas que tenían poca salida en aquellos años. A ello se ha sumado una mayor dificultad de la población en el acceso a la vivienda debido a la precariedad laboral y la restricción de la financiación proveniente de las entidades crediticias. Por otra parte, el mercado del alquiler estaba relegado a un papel secundario e incluso mal visto por los ciudadanos que preferían tener una hipoteca antes que habitar una vivienda en alquiler. La necesidad de apuntalar un modelo que equilibrara ambas formas de acceso a la

(42) Acerca de los planteamientos y dudas creadas acerca de las políticas de vivienda desde la crisis de 2008: PAREJA-EASTAWAY y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ (2015).

(43) Así, para 2016, RODRÍGUEZ LÓPEZ (2016: pág. 710) establece que el acceso a una vivienda de 90 m² suponía para tales hogares un esfuerzo del 65,4% en el caso de una vivienda de alquiler y del 58,4% en el caso de acceso a una vivienda en propiedad, mediante un préstamo que cubriese el 100% del precio de venta de la vivienda.

vivienda fue la base sobre la que se estructuró el anterior plan y es la que ha heredado el actual, teniendo al alquiler como eje central de la política de vivienda, ello sin olvidar a la rehabilitación como herramienta útil ante un parque inmobiliario cada vez más envejecido.

Respecto a este modelo de tenencia, es interesante acudir a los datos existentes al respecto en España, donde se comprueba cómo ha evolucionado el alquiler en las últimas décadas en nuestro país. En este sentido, si en 1950 el régimen de tenencia en propiedad de viviendas principales suponía el 49% frente al 51% que englobaba el alquiler y otras formas de cesión, en 2011 los porcentajes han variado considerablemente al situarse en un 78,9% frente a un 21,1% (44). A pesar de ello, se observa con los datos de Eurostat un aumento del alquiler en España en los últimos años al oscilar entre el 20,2% en 2010 al 22,2% en 2016, cifras lejanas a otros países como Alemania (48,3%), Austria (45%) o simplemente la media de los 28 países de la Unión Europea (33,6%) (45). Aparte de los múltiples factores económicos y coyunturales que apuntalan este aumento, en lo sociológico la opción del alquiler todavía es vista por los españoles como una opción obligada al no tener suficientes medios económicos para comprar una vivienda o es tomada como una solución temporal hasta poder adquirir una (46).

Para finalizar, y situándonos en el contexto del nuevo Plan, en el año 2018 se identifica un importante crecimiento del mercado de la vivienda en España en todos los sentidos (precios, alquileres, ventas y nueva construcción), superando, como señala Rodríguez López (2018: pág. 803), los niveles existentes al final de la recesión que sucedió a la etapa de expansión comprendida entre 1997 y 2007. No obstante, ha de destacarse sobre todo una fuerte demanda existente de viviendas de alquiler teniendo como posible factor la denominada vivienda de uso turístico, con un aumento significativo también de los precios del alquiler si bien no se pueden aportar datos del todo fiables al no existir una estadística nacional al respecto.

Con todo ello, el nuevo Plan se sitúa en un momento complejo, de cambios tanto sociales, como económicos y en los que la población, el 80,8% de las personas encuestadas según el Ministerio de Fomento (2018: págs. 97 y ss.), piensa que las distintas Administraciones Públicas

(44) Datos ofrecidos por el Ministerio de Fomento (2018: págs. 5-6) a través de los datos del INE y censos de población y vivienda. Los últimos datos disponibles son los del Censo de 2011.

(45) Un estudio comparado de la situación del mercado del alquiler en Europa con los datos de Eurostat se puede consultar en Ministerio de Fomento (2018: págs. 6 y ss.).

(46) Así, dentro de las razones por las que se opta por residir en una vivienda en alquiler recogidas por el Ministerio de Fomento (2018: pág. 91), el no tener ingresos suficientes para comprar se sitúa como primera opción 42,3%, frente a otras como no quererse hipotecar (14,9%); la mayor movilidad de la vivienda de alquiler (14,9%); solución temporal hasta poder comprar una (13,1%) o las condiciones y la renta eran una oportunidad (4,8%).

(Gobierno, Comunidades, Ayuntamientos) deben adoptar medidas para fomentar los alquileres, como una forma de resolver el problema de la vivienda. Opinión que se completa con el hecho de que el 86,6% de las personas encuestadas están a favor de medidas para aumentar la seguridad jurídica, garantizando el cobro de la renta; el 83,5% a favor de medidas para fomentar la construcción o rehabilitación de viviendas para destinarlas al alquiler o que el 81,4% de las personas encuestadas se muestran a favor de ofrecer desgravaciones fiscales al arrendatario de la vivienda para favorecer el alquiler.

IV. Plan de Vivienda 2018-2021

Como se ha señalado anteriormente, el actual Plan de vivienda articula sus medidas en torno a la figura del alquiler, apartando, quién sabe hasta cuándo, el apoyo a la construcción de nuevas viviendas. En este sentido, es interesante que el Plan marque como objetivos ya no sólo el incremento del parque de vivienda en alquiler sino también la reactivación del sector inmobiliario a través del fomento del alquiler.

Dejando aparte estos aspectos y dudas acerca de la conveniencia o realidad de estos propósitos, el Plan contiene un importante listado de ayudas al alquiler focalizando un aspecto muy importante como es la atención ya no sólo de los menores de 35 años, sino especialmente de las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual. Aunque se presente como novedad, es una situación tratada y regulada en otros países como Escocia, Inglaterra o País de Gales hace años(47) y que España parece ahora atender sobre todo por los movimientos sociales como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH).

La rehabilitación también está presente a través de diferentes programas, convirtiéndose en el otro elemento esencial de este Plan. Así, la mejora de la calidad de la edificación, de la conservación, eficiencia energética, accesibilidad universal y de su sostenibilidad ambiental, se ve respaldada por diferentes programas que analizaremos a continuación (tabla 1), a excepción del de subsidiación de préstamos convenidos regulados en anteriores planes estatales de vivienda (48).

(47) *Vid.* GUILLÉN NAVARRO (2010).

(48) Programa clásico dentro de los Planes de vivienda estatales, se centra en atender el pago de las ayudas de subsidiación de préstamos convenidos, regulados en anteriores planes estatales de vivienda, a aquellos beneficiarios que tengan derecho a la misma de acuerdo con la normativa de aplicación (art 9 PEV).

Tabla 1
Programas del Plan 2018-2021

1. Programa de subsidiación de préstamos convenidos.
2. Programa de ayuda al alquiler de vivienda.
3. Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual.
4. Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler o en régimen de cesión en uso.
5. Programa de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas.
6. Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas.
7. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural.
8. Programa de ayuda a los jóvenes.
9. Programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad.

Fuente: elaboración propia

1. Programa de ayuda al alquiler de vivienda

La existencia de un bloque de ayudas al alquiler ha estado muy presente en los últimos Planes de vivienda. Así, el Plan 2005-2008 ya recogía un conjunto de subvenciones a inquilinos, el cual se ha ido incorporando a los sucesivos planes con distintas denominaciones como ayuda a inquilinos (Plan 2009-2012) o ayuda al alquiler de la vivienda (Plan 2013-2016). Lo mismo ocurre con el Plan 2018-2021 que recoge un programa de ayuda al alquiler de vivienda, encontrándose algunas diferencias con respecto a los anteriores Planes cuando nos referimos a los importes, duración o límite de ingresos.

Sin duda, hay tres elementos básicos para participar en este tipo de programas y que lógicamente se recogen en el PEV como son el de disponer de un contrato de arrendamiento de vivienda formalizado en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, el que la vivienda constituya la residencia habitual y permanente del arrendatario durante todo el periodo por el que se conceda la ayuda(49) y la identifica-

(49) No obstante, el Plan de 2018 mantiene la posibilidad de cambio de domicilio dentro de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla. Con ello, la ayuda puede seguirse disfrutando siempre y cuando el nuevo arrendamiento cumpla con todos los requisitos, límites y condiciones establecidos en el PEV y que el nuevo contrato de arrendamiento de vivienda se formalice sin interrupción temporal con el anterior.

ción de una necesidad de vivienda vinculada al hecho de que no pueden concurrir a estas ayudas los propietarios o usufructuarios de alguna vivienda en España, introduciéndose, no obstante, importantes excepciones como la no disponibilidad por causa de separación o divorcio (50).

Centrándonos en el actual Plan, hay un aspecto novedoso, que ya introducía el Plan 2013-2016, como es una limitación en las viviendas objeto de la ayuda a través del establecimiento de un importe máximo de renta. Así, el PEV fija este importe en 600 euros mensuales (51), aumentándose hasta los 900 euros para los casos de familias numerosas y de manera excepcional en determinados municipios, siempre que así lo justifique la Comunidad Autónoma o Ciudad de Ceuta y Melilla de que se trate, hecho este último que sí que supone una novedad respecto a la anterior regulación dada la problemática de precios del alquiler en algunas localidades (52). Aparte de este hecho, la nueva regulación aumenta a tres años el disfrute de la ayuda, vinculándose ésta a un porcentaje de hasta el 40% de la renta mensual que deban satisfacer (53) y que amplía hasta el 50% para personas de más de 65 años (54). Con ello, el Plan 2018-2021 mantiene el porcentaje máximo e incorpora ese aumento del 10% referido, pero elimina el límite máximo de 2.400 euros anuales por vivienda que disponía

(50) Paliando deficiencias regulatorias anteriores, véase el Plan 2008-2013, no entran dentro de esta exclusión los casos en que siendo titulares de una vivienda «acrediten su no disponibilidad por causa de separación o divorcio, por cualquier otra causa ajena a su voluntad o cuando la vivienda resulte inaccesible por razón de discapacidad del titular o algún miembro de la unidad de convivencia». Asimismo, no pueden solicitar la ayuda aquellas personas que tengan parentesco en primer o segundo grado de consanguinidad o de afinidad con el arrendador de la vivienda o que sean socio o participe de la persona física o jurídica que actúe como arrendador.

(51) Cantidad que se pone en consonancia con los datos ofrecidos por el Ministerio de Fomento (2018: pág. 89) a través del CIS, por los cuales en 2018 el 32,9% de las personas encuestadas afirmaba pagar entre 301 y 500 euros mensuales, porcentaje que ha disminuido frente a los datos de 2014 (42,2%). Las otras opciones más cercanas se sitúan casi a la par con 17,9% para rentas entre 101 a 300 euros mensuales y el 17,5% para las de 501 a 700 euros.

(52) Así, la provincia de Barcelona y la Comunidad de Madrid presentan una cuantía media del arrendamiento en 2017 que supera los 700€/mes, ello sin olvidar a San Sebastián o Islas Baleares. En este sentido, según el Ministerio de Fomento (2018: págs. 18 y ss.), los municipios en los que se registran los mayores precios del alquiler son Barcelona (15,6€/m² .mes según Fotocasa y 17,5 €/m² .mes según Idealista), Gavà (15€/m² .mes según Fotocasa y sin datos en Idealista), Sant Cugat del Vallès (14,1 €/m² .mes y 15,3 €/m² .mes), Castelfell de Bors (13,9 €/m² .mes y 16,1 €/m² .mes), Sitges (13,8 €/m² .mes y 13,4 €/m² .mes), Madrid (13,2 €/m² .mes y 15,5 €/m² .mes), Calvià (13,1 €/m² .mes y sin datos en Idealista) y Donostia/San Sebastián (12,9€/m² .mes y 14,1 €/m² .mes).

(53) En el caso de que la ayuda se vincule a un alquiler de hasta 900 euros, el tramo comprendido entre 601 y 900 euros disfruta únicamente de una ayuda de hasta el 30 % de la renta mensual.

(54) Periodo que se restringe respecto al Plan 2013-2016 en el que se disponía que las ayudas se concedían por un plazo de doce meses, prorrogables, siempre a solicitud del interesado, por sucesivos periodos de doce meses, hasta la finalización del Plan. Por otra parte, se mantiene el porcentaje del 40% de la renta anual, eliminándose el límite máximo de 2.400 euros anuales por vivienda que sí que aparecía en la anterior regulación.

el anterior Plan, además de vincular dichos porcentajes a la renta mensual y no a la renta anual como hacían las anteriores regulaciones (tabla 2).

Tabla 2
Comparación entre las ayudas al alquiler de los últimos planes de vivienda estatales

	Plan 2005-2008	Plan 2009-2012	Plan 2013-2016	Plan 2008-2021
Importe máximo de renta	No existe	No existe	600 euros	600 euros / 900 euros
Cuantía máxima que subvencionar	40 % de la renta anual que se vaya a satisfacer / límite de 2.880 euros por vivienda	40 % de la renta anual que se vaya a satisfacer / límite de 3.200 euros por vivienda	40 % de la renta anual que se vaya a satisfacer / límite de 2.400 euros por vivienda	40 % de la renta mensual / 60% para personas mayores de 65 años
Duración	24 meses	24 meses	12 meses (prorrogables)	36 meses
Ingresos familiares máximos	2,5 veces el IPREM	2,5 veces el IPREM	Variables según composición de la unidad de convivencia	Variables según composición de la unidad de convivencia

Fuente: elaboración propia

Además del cumplimiento de los anteriores requisitos, un aspecto clave a la hora de solicitar esta ayuda es la limitación de los ingresos de las personas que tengan su domicilio habitual y permanente en la vivienda arrendada, consten o no como titulares del contrato de arrendamiento. El nuevo Plan sigue con la clásica correlación con el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), fijándose en 1,5 veces el IPREM si la unidad de convivencia está compuesta por una sola persona adulta, vinculándose a cada persona adicional 0,5 veces el IPREM cuando la unidad de convivencia está compuesta por dos o más personas (art. 17). Esta nueva correlación abre el abanico de solicitantes con respecto a las cifras que aparecían en el Plan 2013-2016, presentándose un modelo más complejo que en los anteriores Planes que asociaban únicamente los ingresos familiares máximos a un número concreto de veces el IPREM (55).

(55) En concreto, la primera persona adulta se computaba a 1 vez el IPREM; cada persona adicional de 14 años o más computaba 0,5 veces el IPREM y cada persona adicional menor de 14 años computaba 0,3 veces el IPREM (arts. 11 y 12 Real Decreto 233/2013, de 5 de abril).

Por lo que respecta a la articulación de la ayuda y transitando ya al ámbito autonómico, las CCAA, con base en sus competencias en materia de vivienda y teniendo en cuenta los Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Fomento y las CCAA para la ejecución del PEV(56), han aprobado diferente normativa destinada a regular la tramitación y resolución de los procedimientos de concesión y pago de las ayudas del Plan, así como la gestión del abono de las subvenciones. Además, debe tenerse en cuenta que las CCAA pueden establecer requisitos adicionales y criterios de preferencia en la selección de las personas solicitantes, siempre que no incrementen los límites de ingresos máximos para acceder a la subvención ni las cuantías máximas de la ayuda prevista. Con ello, dentro de la normativa autonómica se puede encontrar por un lado la publicación de las bases reguladoras de las ayudas(57) y, por otra, su convocatoria para el año correspondiente.

Centrándonos en el caso de las bases reguladoras, un aspecto muy importante que se regula es el relativo a las facultades de inspección. En

(56) Dichos convenios tienen como objeto el establecimiento de las pautas de colaboración y los compromisos mutuos entre el Ministerio y la Comunidad Autónoma, en orden a garantizar la ejecución del PEV en el territorio de esta última. Así, como acciones se encuentran las de tramitación y resolución de los procedimientos de concesión y pago de las ayudas de los programas del PEV o el seguimiento, control y evaluación de la ejecución del PEV.

(57) *Vid.* entre otras, Andalucía: Orden de 17 de octubre 2018, por la que se aprueba las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia no competitiva, de ayudas para el alquiler de vivienda habitual a personas en situación de especial vulnerabilidad, con ingresos limitados y a jóvenes, en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Aragón: Orden VMV/1289/2018, de 26 de julio, por la que se convoca ayudas financieras al alquiler para 2018; Cantabria: Decreto 4/2018, de 1 de febrero, que aprueba la concesión de ayudas al pago del alquiler en Cantabria; Castilla La Mancha: Orden 80/2018, de 22 de mayo, que aprueba las bases reguladoras de las ayudas al arrendamiento de viviendas; Castilla y León: Orden FYM/611/2018, de 6 de junio, que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas al alquiler de vivienda y a la Rehabilitación de Edificios y Viviendas, para el período 2018-2021; Cataluña: Resolución GAH/921/2018, de 10 de mayo, que aprueba las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las subvenciones para el pago del alquiler; Resolución GAH/867/2018, de 2 de mayo, que aprueba las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, prestaciones para el pago del alquiler destinadas a colectivos específicos; Anuncio de 14 de mayo de 2018, de aprobación de la modificación puntual y el texto refundido de las bases reguladoras para la concesión de las prestaciones para el pago del alquiler en la ciudad de Barcelona; Comunidad de Madrid: Acuerdo de 24 de julio 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Comunidad de Madrid para la ejecución del Plan Estatal de Vivienda 2018-2021, en su consideración de Plan de Actuación; Comunidad Valenciana: Orden 5/2018, de 25 de junio, que aprueba las bases reguladoras del Programa de ayudas al alquiler de viviendas y Programa de ayudas al alquiler; Extremadura: Decreto 92/2018, de 19 de junio, que establece las bases reguladoras de las ayudas complementarias al alquiler de viviendas en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Galicia: Orden de 22 de junio de 2018, que establece las bases reguladoras para las ayudas al alquiler de vivienda del Plan estatal de vivienda 2018, con carácter plurianual; La Rioja: Orden núm. FOM/81/2018, de 22 de octubre, que establece las bases reguladoras para la concesión de la ayuda al alquiler de vivienda en la Comunidad Autónoma de La Rioja; Principado de Asturias: Resolución de 25 de abril de 2018, que aprueba las bases reguladoras para la concesión de ayudas al alquiler de vivienda; Región de Murcia: Orden de 26 de septiembre 2018, por la que se aprueba las bases reguladoras de las ayudas destinadas al acceso a la vivienda en la Región de Murcia 2018-2021.

este sentido, por regla general se opta porque se puedan realizar de oficio cuantas actuaciones se estimen oportunas para la «determinación, conocimiento y comprobación de la documentación, datos, requisitos y condiciones establecidas» (*vid.* Cantabria, art. 7 del Decreto 4/2018, de 1 febrero). Además, se incorporan a lo anterior las correspondientes actuaciones de colaboración con otras Administraciones, entidades y registros públicos, con el objeto de respaldar la ejecución de dichas facultades. De este modo entran en juego, por ejemplo, las diferentes Agencias tributarias, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Estadística, los Centros de Gestión Catastral y los Institutos de Servicios sociales autonómicos para recabar cualquier dato económico o tributario relevante.

Por otro lado, en lo referido al procedimiento sancionador, hay una remisión a lo dispuesto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y demás normativa autonómica al respecto. En este sentido, no todas las regulaciones autonómicas sobre las ayudas al alquiler cuentan con una regulación exhaustiva en el aspecto sancionador al derivarse, como digo, a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre; no obstante, se pueden destacar los casos de Cantabria o Galicia en donde existe una concreción al respecto. En cuanto a esta última Comunidad Autónoma, existe una vinculación con la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno (art. 17 puesto en relación con el art. 15 de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia), a través de la cual el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo (IGVS) publica en su página web oficial ya no sólo la relación de las personas beneficiarias y el importe de las ayudas concedidas, sino también las sanciones que pudieren imponerse (art. 28 de la Orden de 22 de junio 2018), además de trasladar toda la información sobre las resoluciones de concesión recaídas a la base de datos nacional de subvenciones de conformidad con el art. de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (*vid.* Castilla La Mancha, art. 33 de la Orden 80/2018, de 22 mayo).

Relacionado con lo anterior, una de las consecuencias en cuanto al incumplimiento de las obligaciones asociadas a la ayuda es su revocación y posterior reintegro (58). En cuanto a este aspecto, en la normativa analizada se incluye tanto el reintegro, total o parcial, de las cantidades percibidas, como la exigencia del interés de demora desde el momento del pago hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Para su aplicación, hay una remisión a la normativa de subvenciones estatal y autonómica en su caso, asumiendo el beneficiario de antemano la obligación de reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contem-

(58) Como ejemplo, Extremadura en el art. 11 del Decreto 92/2018, de 19 junio, o Galicia, art. 25 de la Orden de 22 de junio 2018.

plados. En este sentido, como causas se incluyen, por ejemplo, la obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido; el incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente; falta de justificación o la falsedad en el pago de las rentas a la persona arrendadora de la vivienda; la resolución del contrato de alquiler o la no comunicación al órgano instructor de cualquier modificación de las circunstancias determinantes del reconocimiento de la subvención (*vid.* Extremadura). Estas causas han de ser completadas con las recogidas en el art. 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el artículo 13 del Decreto 71/1992, de 29 de octubre, modificado por el Decreto 14/2000, de 10 de febrero, por el que se regula el régimen general de concesión de subvenciones.

2. Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual

Como ya se ha expuesto anteriormente, en los últimos años han aparecido en el marco autonómico y estatal diferentes medidas tendentes a proteger a personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria. No obstante, en el ámbito de los Planes de vivienda también se tiene en cuenta esta problemática, introduciéndose en el PEV el programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, que se centra esencialmente en proporcionar un alojamiento a personas afectadas por procesos de desahucio de su vivienda habitual y que carecen de medios económicos, en el cual la colaboración público-privada asume un papel destacado.

Un elemento clave dentro de este programa lo constituye la denominada «situación de especial vulnerabilidad» por la cual los solicitantes no pueden acceder por sus propios medios a otra vivienda. Nos encontramos con un concepto muy parecido al anteriormente analizado como emergencia social y es que el beneficiario de esta ayuda no debe sobrepasar una serie de ingresos económicos para poder concurrir a esta ayuda (59). Además, debe reunir un hecho básico y es el de encontrarse en una situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda ha-

(59) Así, la «especial vulnerabilidad» se acredita mediante informe de los servicios sociales correspondientes que tiene muy presente los ingresos de la unidad de convivencia, excluyendo a aquellas unidades de convivencia que tengan unos ingresos que, en conjunto, superen tres veces el IPREM, matizado para familias numerosas o personas con discapacidad, o que no presenten una necesidad habitacional (art. 23 PEV).

bitual(60). A este respecto, debe matizarse que la ayuda se aplica tanto a las situaciones de lanzamiento derivado de ejecución hipotecaria y no hipotecaria, como de demanda de desahucio por impago de la renta del alquiler, por lo que el elemento esencial a considerar es el hecho de tener que abandonar el domicilio habitual por razones económicas, indistintamente del régimen por el cual accedió al mismo, considerándose como momento procesal determinante el anuncio de subasta o el del requerimiento judicial, según el caso.

Para comprender la importancia y el porqué de la inclusión de este programa en el PEV, conviene atender a los datos del INE (2018) y comprobar cómo ha evolucionado el número de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas e inscritas de vivienda habitual en España desde 2012 (gráfico 3). En este sentido entre 2012 y 2013 se observa un crecimiento importante a este respecto, lo que conllevó a nivel nacional a la adopción de diferentes medidas de contención como la aprobación del Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

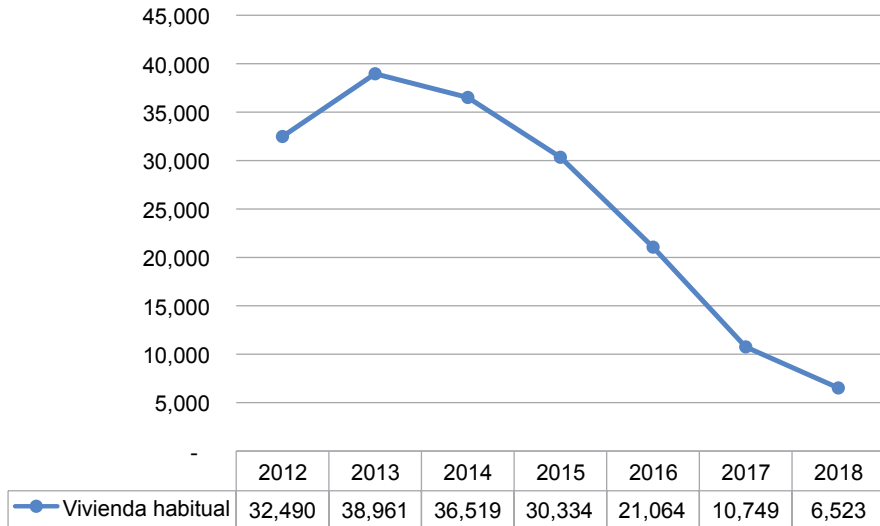
De esta norma hay que destacar ya no sólo el establecimiento de toda una serie de mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria para aquellas personas que presentan dificultades «extraordinarias» para atender su pago, sino sobre todo la incorporación de un Código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual(61), que incluye tres fases de actuación que van desde la estructuración viable de la deuda hipotecaria (primera fase), pasando por una quita sobre el conjunto de su deuda si la primera actuación no es suficiente, para acudir en último caso a la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. Además, la norma introduce un interesante Capítulo V en el que se regula el acceso a las ayudas a los inquilinos, en los términos establecidos en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, para aquellas perso-

(60) *Vid.* arts. 11.1.b. y 19 in fine. En este sentido, el PEV clarifica cómo acreditar la presunción de condición de vivienda habitual, distinguiendo según sea en el marco de una ejecución hipotecaria (según conste en la escritura de constitución de hipoteca) o en el caso de desahucio por alquiler o de lanzamiento de una ejecución no hipotecaria (mediante certificado o volante de empadronamiento en el que consten, a fecha de la solicitud, las personas que tienen su domicilio habitual en la vivienda objeto del contrato de arrendamiento).

(61) A dicho Código se pueden adherir las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Asimismo, se establece una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Asociación Hipotecaria Española. Un listado de dichas entidades se puede encontrar en la Resolución de 27 de abril de 2017, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual.

nas que hubieran sido objeto de una resolución judicial de lanzamiento de su vivienda habitual como consecuencia de procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria, con posterioridad al 1 de enero de 2012.

Gráfico 3
Certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas e inscritas de vivienda habitual



Fuente: Elaboración propia a través de datos del INE (2018)

Este Real decreto-ley fue convalidado y tramitado como proyecto de ley, lo que dio lugar a la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Como hecho destacable de esta Ley hay indicar la consolidación de la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de colectivos especialmente vulnerables y que presentan unas condiciones económicas que les conducen a una situación de especial riesgo de exclusión (62). No obstante, este periodo

(62) En este sentido la norma establece como supuestos de especial vulnerabilidad los siguientes (art. 1.2): a) familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente; b) unidad familiar monoparental con hijos a cargo; c) unidad familiar de la que forme parte un menor de edad; d) unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral; e) unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo; f) unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en

de suspensión, que afecta a cualquier proceso judicial de ejecución hipotecaria o venta extrajudicial por el cual se adjudique al acreedor la vivienda habitual de personas pertenecientes a estos colectivos, se ha ido ampliando a través de sucesivas modificaciones estableciéndose en siete años desde la entrada en vigor de esta Ley con la modificación de los apartados 1 y 2 realizada por el art. 2 del Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo (63).

A pesar de la existencia de la referida suspensión, esta medida temporal puede no ser suficiente en ciertas personas o unidades familiares que necesitan un lugar donde habitar. Con ello, y regresando al análisis de la ayuda recogida en el PEV, el punto fuerte de este programa lo constituye el ofrecimiento de una vivienda perteneciente a un fondo de viviendas para alquiler social constituido, curiosamente, por entidades de crédito. Con ello, mediante un convenio marco suscrito con el Ministerio de Fomento, las entidades de crédito pueden adscribir a estos fondos las viviendas de su propiedad que tengan desocupadas y disponibles, para ser puestas a disposición de quienes sean objeto de lanzamiento o desahucio de su vivienda habitual y se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Este convenio marco recoge las características de las viviendas objeto de adscripción, siendo ofrecidas a través de un alquiler social, cuyo importe máximo se fija en 400 euros al mes, en función de la superficie, número de habitaciones, antigüedad o ubicación de la vivienda (64). Para poder disfrutar de dicha vivienda, se formaliza un contrato de alquiler por un plazo de tres años por una renta igual o inferior a 400 euros mensuales, pudiéndose recibir una ayuda o subvención pública con cargo a este programa que puede ser de hasta el 100% de la renta de alquiler.

Con todo ello, sin duda este programa es una medida importante, teniendo en cuenta la coyuntura social y económica, que beneficia a las partes implicadas y que además supone poner en el mercado vivien-

situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral; g) unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género; h) el deudor mayor de 60 años. Por otra parte, como señala AGÜERO ORTIZ, (2013) como novedad se añade, junto al requisito económico general (límite de 3 veces el IPREM para el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar), matizaciones si en la unidad familiar existe algún miembro con discapacidad superior al 33 %, dependiente o incapacitado para realizar una actividad laboral (se establece en 4 veces el IPREM) o si el ejecutado sufre parálisis cerebral, enfermedad mental, enfermedad grave o discapacidad intelectual a partir del 33 %, o discapacidad sensorial o física a partir del 65 % (5 veces el IPREM).

(63) Anteriormente se estableció en cuatro años por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

(64) Además, cuando la vivienda requiera de pequeños gastos de adecuación para su uso inmediato, el Ministerio de Fomento podrá aportar hasta un 25 % de dicho coste con el límite de 1.500 euros por vivienda (art. 21 *in fine*).

das vacías pertenecientes a entidades crediticias como un medio para su rentabilización y afrontar la situación de emergencia habitacional de las personas.

3. Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler o en régimen de cesión en uso

Otro de los programas novedosos introducido en el PEV es el relativo al fomento del parque de vivienda en alquiler o en régimen de cesión en uso, el cual se asocia a un objetivo claro como es el incremento de la oferta de viviendas en estos regímenes de tenencia para moderar los precios de alquiler para las personas con menos recursos(65). Conviene destacar el hecho de que si bien el Plan 2013-2016 incluía un programa de fomento, lo era únicamente del parque público de vivienda. Como se comprueba, el avance en este sentido es muy relevante ya que se impulsa tanto la promoción pública, como la privada, de vivienda en régimen de alquiler o en régimen de cesión de uso (66).

Ya apuntado anteriormente, el hecho de que los datos comparativos entre regímenes de tenencia de una vivienda principal den un protagonismo destacable a la propiedad (78,9%) frente al alquiler (21,1%), hace que este tipo de programas, como todos los relacionados con el alquiler que se incluyen en este Plan, adquieran una importancia relevante de cara a articular un entramado habitacional más accesible a la población con escasos recursos económicos. Además, atendiendo a la situación del parque inmobiliario español, cabe concluir que en el parque de vivienda en alquiler los inmuebles de mayor antigüedad tienen más peso que en el conjunto del parque residencial. Con los datos del Ministerio de fomento (2018: pág. 75), el 51,8 % del total de inmuebles residenciales en arrendamiento son anteriores al año 1980, si bien conviene atender al periodo 2002-2011, que representa el 23,1% del parque residencial en arrendamiento. Con ello, nos encontramos con un parque de alquiler heterogéneo en el cual, aunque como digo tiene mucho peso el conjunto de inmuebles con cierta antigüedad, se ha producido en los últimos años una renovación con la entrada de construcciones más nuevas.

(65) De igual manera, dentro del preámbulo de la norma, se destaca la utilidad de este programa de cara a activar y completar las reservas mínimas obligatorias de suelo que tanto el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, como la legislación urbanística autonómica, demandan para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

(66) Acerca de la colaboración público-privada en el ámbito de las políticas de viviendas se puede consultar a LAMBEA LLOP (2016) y GUILLÉN NAVARRO (2010), en concreto este último en lo referido al modelo inglés de las Housing Associations.

Dentro de las políticas de vivienda surgidas tras la Constitución Española, el fomento de estos parques de viviendas ha sufrido una interesante evolución. Es verdad que las ayudas económicas destinadas a la promoción para cesión en arrendamiento han estado presentes en los Planes, así como la financiación sobre actuaciones de rehabilitación para destinarlas a arrendamiento, si bien había una vinculación especial con el régimen de protección oficial. Como digo, el arrendamiento se ha incluido desde hace años dentro de las actuaciones protegidas, ello sin olvidar las medidas de la época franquista sobre el alquiler, pero es verdaderamente a partir de Plan 2002-2005 cuando hay una conexión con las políticas estatales de carácter social y una preocupación por el acceso a la vivienda de grupos de población con ingresos reducidos, siendo el alquiler una herramienta útil (67). Así, si la potenciación de la promoción de viviendas protegidas en alquiler había sido considerada una medida adecuada a este propósito, los posteriores Planes fueron incorporando otras iniciativas. En este sentido, en el Plan 2005-2008 hay un avance significativo al respecto ya que, si bien el arrendamiento permaneció dentro de las modalidades de actuaciones protegidas, también se apostó por una movilización del parque residencial mediante el apoyo a quienes pusieran en alquiler viviendas propias usadas y libres o a quienes las adquirieran para tal finalidad, además un interesante bloque de ayudas destinadas al acceso de los ciudadanos a viviendas en arrendamiento. Ante todo, este Plan pretendió fomentar el arrendamiento del parque residencial desocupado, creando un bloque de ayudas repartidas en distintas finalidades como la ya apuntada adquisición de viviendas usadas para arrendar; la promoción de viviendas protegidas de nueva construcción para arrendar; la cofinanciación de la promoción de viviendas de protección oficial de promoción pública para arrendar o la rehabilitación individual de viviendas o de un edificio completo destinadas al arrendamiento. Estos planteamientos permanecieron en el Plan 2009-2012, impulsando el parque de vivienda en alquiler si bien a través de la promoción de vivienda protegida para alquiler, englobándose tanto las viviendas de nueva construcción, como las procedentes de la rehabilitación, con una duración mínima del régimen de 10 o de 25 años contados desde su calificación definitiva (68).

(67) Es verdad que, por ejemplo, el Plan 1998-2001 hay un guiño al acceso a la vivienda, pero únicamente referido al hecho de que se debía mejorar la estructura del mercado de la vivienda, facilitando a las familias con ingresos medios y bajos el acceso a la primera vivienda en propiedad.

(68) Periodos que el Plan 2005-2008 también aparecían en las condiciones de cesión y enajenación de las viviendas de nueva construcción con destino a arrendamiento (art. 33).

En realidad, la referencia como tal al impulso del parque de vivienda en alquiler como medida recogida en un Plan hay que referenciarla al Plan 2013-2016, si bien, se centraba únicamente en el ámbito de la vivienda pública al tener como propósito que las Administraciones públicas generaran un parque público de viviendas que pudiera servir para crear una oferta en alquiler. Con ello, se idearon dos modalidades de vivienda (vivienda de alquiler en rotación y vivienda de alquiler protegido) que, aunque reunían la misma limitación de superficie (máximo 90 m²), diferían en la tipología de beneficiario (69).

La nueva regulación rompe por completo con esta delimitación, básicamente por dos aspectos. El primero, ya apuntado, es el incentivo económico tanto a la promoción pública, como a la privada. Por otra parte, ya no sólo estamos hablando de alquiler, sino que se incorpora también a este programa el régimen de cesión en uso. Además, desaparecen las modalidades de vivienda en alquiler del anterior plan, para dar paso a dos tipos de ayudas directas y proporcionales a la superficie útil de cada vivienda con unos importes máximos por metro cuadrado y con unos porcentajes máximos de subvención por actuación y vivienda (70).

Al igual que anteriores iniciativas al respecto, en este programa no necesariamente estamos hablando de nuevas promociones, sino que también pueden ser viviendas procedentes de la rehabilitación de edificios e incluso se añaden los supuestos de reanudación de obras de viviendas o promociones paralizadas (71). No obstante, para todas estas situaciones se impone la obligación de que estas viviendas se destinen al menos 25 años al alquiler o a la cesión en uso, lo que recuerda a la duración máxima del régimen promoción de vivienda protegida para alquiler recogido en el Plan 2009-2012, fijándose además rentas y precios máximos en relación con los niveles de ingresos máximos fijados para el inquilino o

(69) *Vid.* art. 14: «a) Vivienda de alquiler en rotación, para ser alquiladas a unidades de convivencia con ingresos totales de hasta 1,2 veces el IPREM, teniendo en consideración los de todos los que vayan a residir habitual y permanentemente en la vivienda. b) Vivienda de alquiler protegido, para ser alquiladas a unidades de convivencia con ingresos totales entre 1,2 y 3 veces el IPREM, sumando los de todas las personas que vayan a residir habitual y permanentemente en la vivienda».

(70) Con ello, se establecen dos tipos de ayudas: «a) Una ayuda directa, proporcional a la superficie útil de cada vivienda, de hasta un máximo de 350 euros por metro cuadrado de superficie útil de vivienda. La cuantía máxima de esta subvención no podrá superar el 50 % de la inversión de la actuación, con un límite máximo de 36.750 euros por vivienda. b) Una ayuda directa, proporcional a la superficie útil de cada vivienda, de hasta un máximo de 300 euros por metro cuadrado de superficie útil de vivienda. La cuantía máxima de esta subvención no podrá superar el 40 % de la inversión de la actuación, con un límite máximo de 31.500 euros por vivienda» (*vid.* art. 28 PEV).

(71) Por otra parte, el Plan establece un periodo de ejecución de las promociones nuevas subvencionadas, fijándose un máximo de 30 meses desde la fecha de concesión de la ayuda, que podrá extenderse a 36 meses cuando se trate de promociones de más de 50 viviendas. No obstante, cuando se tratara de actuaciones de rehabilitación o reanudación los plazos serán de 24 meses y 30 meses, respectivamente (art. 31).

cesionario(72). En este sentido, las actuaciones sometidas al mismo están obligadas a respetar una limitación en la renta estipulada que oscila entre los 5,5 euros mensuales por metro cuadrado de superficie útil de vivienda para la primera modalidad de ayuda (350 euros por metro cuadrado de superficie útil de vivienda) y 7 euros mensuales en el caso de la segunda modalidad de ayuda (máximo de 300 euros por metro cuadrado de superficie útil de vivienda), rebajándose con ello los importantes que contenía por ejemplo el anterior Plan(73).

Para finalizar, por lo que respecta a los beneficiarios de este conjunto de ayudas, se mantiene un amplio abanico en el que se engloban a las personas físicas mayores de edad, el sector público, fundaciones y asociaciones(74). Su selección, en régimen de concurrencia competitiva, viene asociado a las bases reguladoras que en los últimos meses las Comunidades Autónomas van aprobando y en donde se recogen los criterios para la selección de actuaciones y concesión de ayudas(75). Así, la valoración recae en una Comisión que determina la prelación de las solitudes de actuaciones con base en un listado de criterios que determina

(72) En este sentido, para las viviendas incluidas en la modalidad 1.a) del artículo 28 los ingresos de los inquilinos no deben superar en tres veces el IPREM, aumentándose a cuatro veces el IPREM si se trata de una familia numerosa de categoría general o de personas con discapacidad y de cinco veces el IPREM cuando se trate de familias numerosas de categoría especial o de personas con discapacidad. En el caso de viviendas financiadas en la modalidad 1.b) del artículo 28 solo podrán ser alquiladas o cedidas en uso a personas cuyos ingresos, incluyendo los de todas las personas que constituyan la unidad de convivencia, no superen 4,5 veces el IPREM. Este umbral será de cinco veces el IPREM cuando se trate de familias numerosas de categoría especial o de personas con discapacidad.

(73) Estos importes se rebajan con respecto a los del anterior Plan, en donde a la vivienda en rotación se le asociaba una renta de 4,7 euros mensuales por metro cuadrado y a las viviendas de alquiler protegido los 6 euros mensuales por metro cuadrado. Situación que difiere, por ejemplo, con la regulación del Plan 2009-2012 en donde La renta máxima anual, por metro cuadrado de superficie útil era un porcentaje sobre el precio máximo de referencia de la vivienda protegida en alquiler de que se trate o con el Plan 2013-2016

(74) En concreto, personas físicas mayores de edad; las Administraciones Públicas, los organismos públicos y demás entidades de derecho público y privado, así como las empresas públicas, privadas, público-privadas y sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas; así como las fundaciones, las empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas de autoconstrucción, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones declaradas de utilidad pública.

(75) *Vid.* Andalucía: Orden de 28 de mayo 2019, por la que se aprueba las bases reguladoras para la selección, en régimen de concurrencia competitiva, de actuaciones de fomento del parque de viviendas en alquiler o cesión del uso en Andalucía, y la concesión de las correspondientes subvenciones; Castilla La Mancha: Orden 160/2018, de 31 de octubre, que establece las bases reguladoras de las ayudas para el Programa de fomento del parque de vivienda en alquiler; Cataluña: Resolución TES/1454/2019, de 27 de mayo, que aprueba las bases reguladoras para el acceso a las subvenciones del programa de fomento del parque de viviendas en alquiler o cesión de uso del Real decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que regula el Plan estatal de vivienda 2018-2021; Región de Murcia: Orden de 22 de mayo 2019, que establece las bases reguladoras para la selección y concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de actuaciones de fomento del parque de viviendas en alquiler en la Región de Murcia.

cada Comunidad Autónoma y en los que se engloba, por ejemplo, el número de viviendas de la actuación o la sujeción a protección pública de la promoción de viviendas (*vid.* Castilla La Mancha).

4. Programa de fomento de mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas

Este programa se presenta como otra novedad con respecto al anterior Plan. Cabe recordar que si el Plan 2013-2016 recogía diferentes bloques de ayudas centradas en la implantación del informe de evaluación de los edificios, la rehabilitación edificatoria o el fomento de ciudades sostenibles y competitivas, no había una referencia directa a la mejora de la eficiencia energética. Es verdad que todos estos bloques pueden considerarse pasos previos para futuras actuaciones (véase el informe de evaluación) por lo que el bloque de ayudas a la eficiencia energética hereda estas pretensiones.

Sin duda, este programa hay que vincularlo con todo el entramado normativo surgido en torno a la eficiencia energética de los edificios. En este sentido, en el ámbito de la Unión Europea cabe destacar como una de las primeras medidas relevantes la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la eficiencia energética de los edificios(76), que establecía la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios un certificado de eficiencia energética y que en España fue transpuesta a través del Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, en donde se regulaba el procedimiento para la certificación de eficiencia energética de los edificios de nueva construcción. Posteriormente, esta regulación europea ha sido modificada en 2010 (Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios) y recientemente en 2018 a través de la Directiva UE 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018(77).

En España, a la espera de la transposición de la nueva directiva, está vigente el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que derogó al de 2007 y

(76) Años atrás ya había surgido otra medida al respecto como la aprobación de la Directiva 93/76/CEE del Consejo, de 13 de septiembre de 1993, relativa a la limitación de las emisiones de dióxido de carbono mediante la mejora de la eficacia energética (SAVE), en donde se instaba a los Estados miembros a que establecieran y aplicaran programas relativos a la certificación energética de los edificios con el objeto de reducir las emisiones de dióxido de carbono, mediante la mejora de la eficacia energética de los edificios.

(77) Además, debe tenerse en cuenta la incidencia al respecto del Código técnico de la edificación (Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo); la Orden FOM/1635/2013, de 10 de septiembre, por la que se actualiza el Documento Básico DB-HE «Ahorro de Energía», del Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo; y el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) aprobado mediante Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio.

que adecúa el procedimiento a lo dispuesto en la Directiva de 2010. No obstante, de esta norma sobre todo hay que destacar un aspecto muy relevante como es la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios el certificado de eficiencia energética, siendo exigible para los contratos de compraventa o arrendamiento celebrados a partir del 1 de junio de 2013(78).

Como he indicado, la Directiva UE 2018/844 marca un nuevo camino en lo que a la eficiencia energética respecta. Así, introduce interesantes medidas como una estrategia de renovación de los edificios a largo plazo como objetivo de su descarbonización antes de 2050; el acceso igualitario a la financiación para la renovación de los edificios; la digitalización del sistema energético; la introducción de sistemas de control y automatización de edificios como alternativa a las inspecciones físicas; el fomento del despliegue de la infraestructura necesaria para e-mobility; la introducción de un indicador de inteligencia para evaluar la preparación tecnológica del edificio; o la instalación de puntos de recarga para coche eléctrico en los edificios. Todas las medidas son muy novedosas y sin duda van a marcar la nueva tendencia de actuaciones en materia de vivienda.

Centrándonos ya el propósito del programa, ¿cómo ha articulado el Plan de vivienda las actuaciones al respecto, teniendo en cuenta las novedades y las nuevas tendencias marcadas con la Directiva de 2018? Realmente, dentro de las actuaciones subvencionables no se aprecia una apuesta por la adaptación a las nuevas tecnologías o la descarbonización anteriormente indicada. Así, el PEV incluye dos listados de actuaciones, uno para viviendas unifamiliares aisladas o agrupadas en fila y otro para edificios de viviendas de tipología residencial colectiva. En líneas generales, los bloques fuertes son los relativos a la mejora de la envolvente térmica; la instalación de sistemas de calefacción, refrigeración, producción de agua caliente sanitaria y ventilación para el acondicionamiento térmico, el incremento de la eficiencia energética de los ya existente o la instalación de equipos de generación o que permitan la utilización de energías renovables. Al fin y al cabo, lo que se pretende fundamentalmente es la reducción de la demanda energética, estableciéndose unos porcentajes mínimos según las zonas climáticas preestablecidas (79).

(78) Documento que se suma a la importancia de la memoria de calidades de la vivienda que la promotora de la obra tiene la obligación de entregar a los compradores, tal y como se desprende de la normativa de consumidores y usuarios y en especial del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

(79) Art. 36 PEV: zonas climáticas D y E: un 35 %; zona climática C: un 25 %; zonas climáticas: α , A y B, un 20 % o bien alternativamente una reducción del consumo de energía primaria no renovable, referida a la certificación energética, de un 30 % como mínimo.

Por otra parte, para el acceso al programa, el inmueble objeto de la ayuda tiene que reunir una serie de requisitos que varían según se traten de viviendas unifamiliares aisladas o agrupadas en fila o edificios de viviendas de tipología residencial colectiva. Si bien en ambos casos se exige su finalización antes de 1996 o la necesidad de informe técnico y proyecto de las actuaciones a realizar, varía el carácter de domicilio habitual y permanente de sus propietarios o arrendatarios, al exigirse en el primer caso sin excepción, cosa que no ocurre en el caso de los edificios en donde se exige el que al menos el 50% de las viviendas constituyan el domicilio habitual de sus propietarios o arrendatarios. Además, en este último supuesto se obliga a que al menos el 70% de su superficie construida sobre rasante, excluida la planta baja o plantas inferiores si tiene o tienen otros usos compatibles, tenga uso residencial de vivienda.

Para finalizar, y dejando a un lado la cuantía de las ayudas respecto de las cuales me remito al Plan, el listado de beneficiarios es bastante amplio, englobándose ya no sólo a propietarios privados, comunidades de vecinos, sociedades cooperativas, empresas constructoras, arrendatarias, concesionarias o empresas de servicios energéticos, sino también a Administraciones públicas

5. Programa de fomento de la conservación, de la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad en viviendas

A primera vista resulta extraña la desaparición del término rehabilitación edificatoria ya no sólo en el título del actual Plan, más cuando el anterior lo incluía junto a la regeneración y renovación, sino sobre todo dentro del listado de programas. En este sentido, las acciones subvencionables vinculadas a la rehabilitación han estado muy presentes en los últimos Planes por lo que parecía incomprensible su destierro. Afortunadamente no ha sido así, ya que en esta ocasión se ha optado por un cambio de denominación y si en el Plan 2013-2016 se incluía dentro del programa de fomento de la rehabilitación edificatoria las acciones de conservación, mejora de la calidad, sostenibilidad y accesibilidad, ahora son estas actuaciones las que adquieren el protagonismo al dar nombre al programa (80).

Como digo, nos encontramos con subvenciones aplicables al ámbito de la rehabilitación sobre viviendas unifamiliares aisladas o agrupadas en fila ya sean urbanas o rurales; edificios de viviendas de tipología residencial colectiva, interviniendo tanto en sus elementos comunes, como en el interior de cada vivienda; y viviendas ubicadas en edificios de tipología

(80) A excepción de los relativo a la sostenibilidad, que es derivado a un programa propio como es de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas que ya se ha analizado anteriormente.

residencial colectiva. Un aspecto relevante de este Plan es la introducción del ámbito rural en estas ayudas y la inclusión de la vivienda unifamiliar dentro de las actuaciones de rehabilitación. Además, otro cambio relevante es la actualización de la fecha de construcción de las viviendas objeto del programa, al transitar, por ejemplo, del periodo de antes de 1981 (Plan 2013-2016) a tomar 1996 como año límite.

Las actuaciones subvencionables son numerosas, diferenciándose entre actuaciones de conservación (véase en cimentación, cubiertas o fachadas) y aquellas destinadas a la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad, como la instalación de ascensores, salvaescaleras, rampas u otros dispositivos de accesibilidad o la instalación domótica y de otros avances tecnológicos para favorecer la autonomía personal de personas mayores o con discapacidad. Respecto a estas actuaciones se identifican ciertos cambios respecto al anterior Plan. Así, si en el Plan 2013-2016 las actuaciones de conservación se vinculaban al informe de evaluación del edificio o a la adecuación a la normativa vigente para los casos de instalaciones comunes o comunicaciones, ahora se elimina dicha conexión, mencionándose sólo la necesidad de un informe técnico, y se añaden más actuaciones como las ya apuntadas de cimentación, la adecuación interior o incluso el desamiantado.

Por otra parte, y al igual que el anterior programa, se repite el listado de beneficiarios habiendo incluso una asociación entre iniciativas ya que los beneficiarios de este programa pueden compatibilizar estas ayudas con las del programa de fomento de la mejora de la eficiencia energética y sostenibilidad en viviendas. Igual ocurre con los requisitos, estableciéndose de nuevo la necesidad de que el edificio o vivienda unifamiliar aislada date de antes de 1996, que constituyan el domicilio habitual y permanente de sus propietarios o arrendatarios (o se respete el porcentaje del 50% en el caso de los edificios) o que se disponga de un informe técnico que acredite la necesidad de la actuación.

Respecto a la cuantía de las ayudas, éstas se establecen con carácter general en un 40% de la inversión, aunque hay otras limitaciones, en concreto 3.000 euros por vivienda y 30 euros por metro cuadrado de superficie construida de local comercial u otros usos compatibles para actuaciones de conservación y 8.000 euros por vivienda y 80 euros por metro cuadrado de superficie construida de local comercial u otros usos compatibles para actuaciones para la mejora de la seguridad de utilización y de la accesibilidad(81).

(81) Además, hay otras concreciones como ayudas de hasta 14.000 €/vivienda para personas con discapacidad; hasta 17.000 €/vivienda para personas con grado más severo de discapacidad; Incremento por BIC: 1.000 €/vivienda; Incremento para menores de 35 años: 25% en municipios con menos de 5.000 habitantes; 75% de la inversión en caso de ingresos inferiores a 3 veces el IPREM o de obras de accesibilidad cuando los residentes sean personas discapacitadas o sean mayores de 65 años

Por último, en lo que se refiere al plazo para ejecutar las obras se fija un periodo máximo de veinticuatro meses, accediendo a las ayudas a través de la convocatoria pública hecha por parte de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla.

6. Programa de fomento de la regeneración y renovación urbana y rural

Otro programa relacionado con los dos anteriores es el de regeneración y renovación, programa clásico en los Planes de vivienda, el cual se centra en financiar obras de rehabilitación de edificios de viviendas y viviendas individuales, así como obras de urbanización de los espacios públicos adyacentes y obras para la construcción de edificios y viviendas que sustituyan a otros que previamente se han demolido en la misma zona, incluyéndose además los supuestos de infravivienda y chabolismo. Ha de destacarse sobre todo la ampliación del ámbito de actuación del Programa ya que ahora ya no sólo se hace referencia a lo urbano, sino también a lo rural, dando con ello el mismo protagonismo a este último. Además, como ya se incluyó en el Plan 2005-2008, pero especialmente en el de 2009-2012, regresan las actuaciones sobre infravivienda y chabolismo.

Por otra parte, se mantiene la obligación de delimitar, de manera continua o discontinua, el área de regeneración y renovación urbana o rural, si bien hay se introducen ciertas modificaciones como el establecimiento como requisito del 70% de la edificabilidad sobre rasante en vez del 60% como el Plan de 2013-2016 o la eliminación del mínimo de 100 viviendas. Por lo que respecta a los beneficiarios, no se presenta un listado como en otras ocasiones, sino que únicamente se hace mención a las personas que asumen la responsabilidad de la ejecución integral del área delimitada por la actuación, a excepción de la referencia hecha a las comunidades de propietarios y agrupaciones de comunidades de propietarios.

Para finalizar, el catálogo de actuaciones subvencionables es el mismo que el que recogía el Plan 2013-2016(82) con la excepción de la inclusión de las viviendas unifamiliares o de las obras de demolición de infraviviendas. Por lo que respecta a la cuantía de las ayudas, se aumenta la cifra por vivienda que se rehabilita (12.000 euros frente a las 11.000 del

(82) Véase la explicación de este programa en Guillén Navarro (2014). Así, se mantienen las actuaciones subvencionables relativas al mantenimiento, mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano (obras de urbanización y reurbanización material de los espacios públicos, mejora de la accesibilidad de los espacios públicos, eficiencia ambiental en materia de agua, energía, usos de materiales, gestión de residuos y protección de la biodiversidad) u obras de demolición de edificios y edificación de viviendas de nueva construcción. Además, se subvencionan los programas de realojo, honorarios de profesionales o gastos de redacción de proyectos.

anterior Plan), manteniéndose los 30.000 euros por cada vivienda construida en sustitución de otra previamente demolida, añadiéndose la construida en los casos de infravivienda y chabolismo. Los gastos de realojo también se mantienen en líneas generales (4.000 euros anuales, por unidad de convivencia a realojar, durante el tiempo que duren las obras y hasta un máximo de 3 años, para las actuaciones de realojo temporal), aumentándose en 500 euros por viviendas rehabilitada o construida la financiación para el coste de gestión y de los equipos y oficinas de planeamiento, información y acompañamiento social (ahora se establece en 1.000 euros).

7. Programa de ayuda a los jóvenes

Los menores 35 años con escasos recursos económicos cuentan en el Plan 2018-2021 con dos tipos de ayudas de acceso a una vivienda, la primera destinada a favorecer el alquiler de vivienda habitual y permanente y, la segunda, la adquisición de vivienda habitual y permanente localizada en un municipio de pequeño tamaño, en concreto menos de 5.000 habitantes.

Ambas recuerdan en gran medida a las recogidas en el programa de vivienda para jóvenes del Plan 2005-2008, que preveía ya entonces diferentes ayudas destinadas a la compra y al alquiler de viviendas. Con ello, se retoman programas específicos sobre este colectivo que, por ejemplo, en el anterior Plan desaparecieron, ello a pesar de que en los últimos años habían surgido interesantes iniciativas tanto en el ámbito estatal, autonómico o incluso local, como la ayuda Estatal Directa a la Entrada (AEDE), la hipoteca joven, las bolsas de vivienda joven o la renta básica de emancipación (83).

Profundizando en las ayudas del nuevo Plan, la referida al alquiler sigue semejantes parámetros que los anteriormente explicados para el bloque general, a excepción lógicamente de tener menos de 35 años, al exigirse ser titular o estar en condiciones de suscribir un contrato de arrendamiento de vivienda o el que la vivienda arrendada o a arrendar, constituya o vaya a constituir la residencia habitual y permanente del arrendatario. Lo mismo cabe decir de las limitaciones en cuanto a la renta de la vivienda objeto de la ayuda que debe ser igual o inferior a 600 euros

(83) En este sentido, es interesante el análisis realizado en GUILLÉN NAVARRO (2012b: págs. 142 y ss.) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/2010, de 29 de noviembre en el contexto del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, norma derogada por Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

mensuales, pudiéndose aumentar a 900 euros en determinados municipios, o el plazo de la ayuda que también se fija en tres años.

Teniendo en cuenta estos aspectos, qué tiene de beneficiosa esta ayuda con respecto a las ayudas al alquiler anteriormente analizadas. Sin duda, hay dos aspectos que marcan ligeramente la diferencia, el primero es que la cuantía de la ayuda se establece en hasta el 50% de la renta, a diferencia del otro programa que la fijaba en el 40%, manteniéndose, eso sí, la aplicación del 30 % de la renta mensual en el tramo comprendido entre 601 y 900 euros de renta. El otro aspecto diferenciador se da en el aspecto económico de los beneficiarios al desaparecer la variabilidad de situaciones recogidas para el bloque de ayudas al alquiler, al establecerse como criterio económico el máximo de tres veces el IPREM que se amplía para los casos de familias numerosas o personas con discapacidad.

Más interés reviste la otra tipología de ayuda, sobre todo porque supone un guiño al pasado en cuanto a favorecer la adquisición de viviendas en propiedad. No obstante, conviene hacer una serie de matizaciones al respecto ya que si, como ya he indicado, el Plan 2005-2008 incluía dos tipos de ayudas a la compra de vivienda dependiendo de si los ingresos sobrepasaban o no las 2,5 veces el IPREM (con límite en 3,5 veces el IPREM) (84), en el Plan 2018-2021 la ayuda no comprende la adquisición de cualquier vivienda, cosa que sí ocurría en el caso anterior, ya que nos encontramos ante una limitación geográfica al ser objeto únicamente de la ayuda las viviendas sitas en municipios de hasta 5.000 habitantes, ya sean viviendas construidas o por construir.

Por otra parte, la nueva regulación expande el abanico de beneficiarios al establecer el máximo de ingreso en 3 veces el IPREM con las correspondientes ampliaciones en casos de familias numerosas o personas con discapacidad, si bien se presentan más limitaciones en cuanto a la vivienda objeto de la ayuda. En este sentido, se introducen importantes acotaciones como la obligación de constituir en ella la residencia habitual y permanente del beneficiario por un plazo mínimo de cinco años desde la fecha su adquisición, debiendo ser ocupada en el plazo máximo de tres meses desde su entrega por la entidad vendedora. Además, el precio de adquisición de la vivienda, sin los gastos y tributos inherentes a la adquisición, debe ser igual o inferior a 100.000 euros, situaciones que, por ejemplo, el Plan 2005-2008 no recogía. También se presentan diferencias

(84) En concreto, la ayuda era de 10.000 euros si los ingresos del solicitante no excedían de 2,5 veces el IPREM y 7.000 euros en el caso de que lo superaran, pero no llegaran a un máximo de 3,5 veces el IPREM. Además, podían ser aumentadas en 1.000 euros en determinados casos como las de familias monoparentales o monomarentales, unidades familiares con personas con discapacidad, con personas mayores de 65 años, víctimas de la violencia de género, del terrorismo u otros colectivos en situación o riesgo de exclusión.

en cuanto al importe de la ayuda con una congelación de la misma si la comparamos con las ayudas del Plan 2005-2008, en donde ya se otorgaban 10.000 euros si los ingresos del solicitante no excedían de 2,5 veces el IPREM, a lo que hay que sumar una correlación con el precio de adquisición de la vivienda, sin los gastos y tributos inherentes a la adquisición, ya que se impone el límite del 20% del mismo, salvo que exista más de un comprador(85).

Como ya se señalado, el impulso a la adquisición de la vivienda en propiedad recogido en el Plan 2018-2021 rompe el criterio marcado en el anterior de centrarse fundamentalmente en la vivienda en alquiler. No obstante, el Plan a la hora de introducir esta medida, además de pretender ayudar a que los jóvenes para que puedan emanciparse y crear un hogar, en realidad al vincularse únicamente respecto a municipios de menos de 5.000 habitantes lo que trata esencialmente es de implementar una acción en paralelo como es la de combatir la despoblación rural mediante la adquisición de viviendas por los jóvenes. En este sentido, la preocupación por la pérdida de población (en especial de jóvenes y mujeres) en el ámbito rural(86), unida a su progresivo envejecimiento, ha hecho que desde los poderes públicos se hayan adoptado diferentes medidas. Una de ellas, por ejemplo, es la aprobación en el Consejo de Ministros del 29 de marzo de 2019 de las Directrices generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico en donde dentro de las líneas de acción se encuentra el favorecer el asentamiento y la fijación de población en el medio rural o la puesta en marcha de proyectos de desarrollo socioeconómico de jóvenes, que garanticen el relevo intergeneracional(87).

Con todo ello, la vertebración del ámbito rural pone en juego medidas de diferente calado en donde además impulsar las oportunidades laborales y de futuro de los jóvenes, la vivienda asume también un papel relevante, por lo que el facilitar su acceso mediante ayudas puede suponer un impulso de cara a que los jóvenes elijan el medio rural como opción de futuro.

(85) En los casos en que la vivienda se adquiera por más de un propietario el importe de la ayuda se calcula aplicando al importe de la ayuda que correspondería a la adquisición del 100 % de la vivienda, el porcentaje de cuota adquirida (art. 60.3 PEV).

(86) A este respecto, como señala MORALES PRIETO (2017: págs. 77-78), existe cierta discrepancia a la hora de determinar cuál es el umbral que separa el medio rural y urbano. Así, la Ley 45/2007 de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, conceptúa como rurales los municipios menores de 30.000 habitantes que, al mismo tiempo, tengan una densidad inferior a 100 h/km².

(87) También se puede aludir a otras medidas como el Programa Operativo de Empleo Juvenil y las subvenciones para la empleabilidad y el emprendimiento de jóvenes en el medio rural recogidas en el Real Decreto 1234/2018, de 5 de octubre, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión directa de subvenciones a entidades locales para la financiación de proyectos de empleo, autoempleo y emprendimiento colectivo, dirigidos a afrontar el reto demográfico en los municipios de menor población, en el marco del Programa Operativo de Empleo Juvenil del Fondo Social Europeo (ayudas EMP-POEJ).

8. Programa de fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad

El último de los programas de ayudas del PEV va también vinculado a la promoción de nuevas viviendas, si bien su destinatario final son las personas mayores y personas con discapacidad (88). La referencia a estos dos colectivos ha sido dispar en los últimos Planes de vivienda, incluyéndose para el caso de las personas con discapacidad breves reseñas a partir del Plan 1998-2001 como consecuencia de la inclusión de la eliminación de barreras arquitectónicas dentro de las actuaciones de rehabilitación, si bien a finales de los años setenta ya había diferentes normativas acerca de la accesibilidad para minusválidos en viviendas de protección oficial (89).

Es en el Plan 2005-2008 cuando se produce un cambio sustancial en la vinculación de estos colectivos con las políticas de vivienda al incluirse tanto a las personas mayores de 65 años, como a las personas con discapacidad, dentro del grupo de beneficiarios con derecho a protección preferente. A partir de entonces, las políticas de vivienda han ido asociando diferentes medidas de importante calado. Así, en el caso de los mayores de 65 años, aparte del acceso a los alojamientos protegidos o la articulación de diferentes ayudas económicas encuadradas en el programa RENOVE para la realización de obras de adaptación a las necesidades de las personas, en el ámbito autonómico, por ejemplo, aparece la figura de los pisos tutelados (90). Lo mismo ocurre con las personas dependientes o con discapacidad, vinculándose especialmente ayudas económicas para la mejora en la accesibilidad de viviendas, la reserva de viviendas para este grupo, la modulación de las condiciones de acceso a una vivienda con un régimen de protección pública o incluso modificaciones en cuanto a las superficies útiles de este tipo de viviendas.

Si como digo estos colectivos históricamente se han asociado con los programas de rehabilitación edificatoria o actuaciones en materia de accesibilidad, el hecho de que las medidas sobre ambos vayan más allá, se

(88) Como indica el Plan, las referidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

(89) Todo ello de conformidad con la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. *Vid.* GUILLÉN NAVARRO (2012b: págs. 194-195), en concreto Decreto 1766/1975, de 20 de junio, sobre características de accesibilidad para minusválidos en viviendas de protección oficial; Real Decreto 355/1980, de 25 de enero, sobre reserva y situación de las viviendas de protección oficial destinadas a minusválidos; Real Decreto 248/1981, de 5 de febrero, sobre distribución de viviendas reservadas a minusválidos.

(90) *Vid.* GUILLÉN NAVARRO (2012b: págs. 150 y ss). En este sentido, el piso tutelado viene asociado a una vivienda destinada a la convivencia, generalmente en alojamiento temporal tutelada por entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

considera un avance importante. En este sentido, el PEV adquiere mucho peso al respecto ya no sólo por introducir, entre otras medidas, matizaciones en lo que a las ayudas al alquiler respecta (mayores de 65 años) o modulaciones en el cálculo de ingreso para el acceso a las diferentes ayudas del Plan, sino sobre todo por contar con un programa destinado al fomento de la construcción de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad junto con las instalaciones y servicios comunes(91), para ser explotadas en régimen de alquiler o cesión en uso, que más o menos se puede considerar una evolución de la figura del piso tutelado anteriormente referenciado.

Lejos de la adjudicación de una vivienda sometida a un régimen de protección, el acceso a un alojamiento que ofrezca un entorno adecuado y que responda a las necesidades de estos colectivos sin duda alguna ya no sólo materializa el derecho a la vivienda, sino que también mejora la calidad de vida de éstos. No obstante, hay algunos aspectos de este Programa que merecen ser comentados.

En primer lugar, nos encontramos con un programa de ayudas económicas destinadas a los promotores de estas viviendas(92), ya sean de nueva construcción o de viviendas procedentes de la rehabilitación de edificio(93), que sin duda tienen un componente asistencial. Es por ello por lo que parece que, además de potenciarse el parque de viviendas de alquiler o en cesión, ya que este programa obliga a destinar la vivienda a estos regímenes durante al menos cuarenta años, se promueve una infraestructura asistencial sobre una población cada vez más envejecida.

Más discutible es el perfil de los usuarios de estas viviendas, con una delimitación de ingresos que poco tiene que ver con una situación económica agónica respecto a la cual las Administraciones públicas deban

(91) En concreto, «asistencia social, atención médica básica veinticuatro horas disponible y cercana, limpieza y mantenimiento, dispositivos y sistemas de seguridad, restauración, actividades sociales, deportivas, de ocio y culturales, así como terapias preventivas y de rehabilitación» (art. 66 PEV).

(92) Véase, Administraciones Públicas, organismos públicos y demás entidades de derecho público y privado, así como las empresas públicas, privadas, público-privadas y sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por las Administraciones Públicas, como fundaciones, empresas de economía social y sus asociaciones, cooperativas de autoconstrucción, organizaciones no gubernamentales y asociaciones declaradas de utilidad pública (art. 67 PEV).

(93) Por lo que respecta a su cuantía, ésta se calcula de manera proporcional a la superficie útil de cada vivienda, hasta un máximo de 400 euros por metro cuadrado de dicha superficie útil. No obstante, la cuantía máxima de esta subvención no puede superar el 40 % de la inversión de la actuación. La asignación de esta ayuda conlleva la limitación del precio del alquiler o cesión de uso de la vivienda, la cual se fija en proporción a su superficie útil y, en todo caso, igual o inferior a 9,5 euros por metro cuadrado de superficie útil de uso vivienda (art. 70). Además, conviene señalar la limitación temporal en cuanto a la construcción o rehabilitación de las viviendas destinadas a esta finalidad y es que el PEV obliga a que las deban realizarse en el plazo máximo de treinta meses desde la fecha de concesión de la ayuda que podrá extenderse a treinta y seis meses cuando se trate de promociones de más de 50 viviendas.

intervenir. La fijación de un máximo de ingresos para la unidad de convivencia de 5 veces el IPREM o el patrimonio inferior a 200.000 euros, son hechos que desvirtúan este programa a lo que hay que sumar la cantidad máxima fijada respecto al precio del alquiler o de la cesión en uso de la vivienda que debe ser igual o inferior a 9,5 euros por metro cuadrado de superficie útil de uso vivienda a lo que habría que sumar el coste real de los servicios de que disfrute el arrendatario y se satisfagan por el arrendador.

V. Conclusión

El Plan de Vivienda 2018-2021 continúa con el modelo de política de vivienda iniciado en el anterior Plan que rompía por completo con el apoyo incondicional a la construcción de nuevas viviendas. La crisis económica, la paralización del sector de la construcción y, sobre todo, los graves problemas de acceso a la vivienda de colectivos desfavorecidos han perfilado en los últimos años unas medidas habitacionales más coherentes con la situación actual.

Como digo, el nuevo Plan retoma en líneas generales estos planteamientos a pesar de que en la actualidad se ha identificado una mejora de la situación económica del país, el repunte en la compra de viviendas y el despertar, por ende, del sector de la construcción. Si durante décadas, las políticas de vivienda se han centrado en ampliar el mercado de la vivienda con apoyo a la promoción de viviendas sometidas a un régimen de protección, la equiparación de precios entre la vivienda libre y la vivienda protegida parece haber desterrado a esta última de las opciones habitacionales de los ciudadanos más cuando, a igual económica, se huye de las de las responsabilidades y acotaciones que hay que asumir por ser beneficiario de una actuación protegida, ello sin olvidar el importante factor económico que supone la posible venta de la vivienda adquirida. De todos modos, la herencia de estas políticas y de la burbuja inmobiliaria todavía está presente a través de un relevante número de ejecuciones hipotecarias y con ello de personas en situación de emergencia social. En este sentido, el nuevo Plan asume esta problemática introduciendo un programa específico como es el de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, en donde, con acierto, toma en consideración ya no sólo la ejecución hipotecaria, sino también la no hipotecaria o el desahucio por impago de la renta.

Dejando a un lado la conveniencia o no de volver a políticas del pasado, aprendiendo lógicamente de los errores, lo que es evidente es que el Plan 2018-2021 tiene como medida estrella el alquiler, con la introduc-

ción de diferentes programas de ayuda que aparecían, por ejemplo, en el Plan 2005-2008, retomándose además el apoyo a colectivos como los jóvenes, mayores de 65 años o personas discapacitadas. Sobre estos colectivos se hace especial énfasis con programas específicos en los cuales aparecen iniciativas que rompen con la tendencia anteriormente apuntada al centrarse en el fomento de la construcción de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad o en favorecer la adquisición por parte de menores de 35 años de una vivienda habitual y permanente en municipios de pequeño tamaño.

Siendo cauto con la finalidad de ambos programas, en el caso del destinado a los jóvenes hay que focalizarlo ya no tanto desde el acercamiento del derecho a la vivienda a este colectivo, sino sobre todo como una herramienta de vertebración del territorio. En este sentido, las políticas de vivienda pueden servir para impulsar el ámbito rural, atrayendo a jóvenes al derribar una posible barrera como puede ser la dificultad en el acceso a un alojamiento. Sin duda, la apuesta por extender algunas medidas del Plan a lo rural, como la de regeneración y renovación, es todo un acierto más cuando se están aplicando iniciativas de muy diferente calado (económicas, de empleo, turísticas, etc.) con el objetivo claro de frenar la despoblación y no dejar atrás un ámbito con tanta importancia más cuando abarca el 90% del territorio español y sólo reside el 20% de la población española.

Para finalizar, el Plan no sólo se centra en el acceso a una vivienda, sino que también tiene presente la mejora de las condiciones habitacionales. Las ayudas vinculadas a la conservación, la mejora de la seguridad, la accesibilidad en viviendas o la sostenibilidad siguen pautas semejantes a anteriores Planes, aunque ahora no se utilice el término rehabilitación para su denominación. No obstante, sí que hay que hacer énfasis en lo que se refiere a la sostenibilidad y, sobre todo, a la eficiencia energética con una falta de adaptación a los nuevos propósitos marcados a nivel europeo con la Directiva UE 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018.

VI. Bibliografía

- AGÜERO ORTIZ, A. (2013): «Medidas introducidas por la Ley 1/2013, comparativa con el RDL 6/2012, y el soterramiento de la ILP», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6 (Ejemplar dedicado a: Práctica administrativa y análisis de los últimos avances del derecho de consumo), págs. 66-78.
- ALCONCHEL Pérez, A. y ANTÓN GÓMEZ, G. (1999): «Financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda: Plan 1998-2001», *Actualidad financiera*, Año núm. 4, págs. 29-36.

- BELINCHÓN ROMO, M. R. (2012): «La protección del deudor hipotecario. El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012, sobre medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en SALAS CARCELLER, A. (coord.), *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, Thomson Reuters, págs. 155-168
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (2000): *La intervención administrativa en la vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Valladolid, editorial Lex Nova.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012): «Reflexiones sobre el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de Marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, núm. 134, págs. 3-28.
- CACHORRO RODRÍGUEZ, E. (1998): «El nuevo plan de vivienda 1998-2001», *Gestión: revista de economía*, núm. 6, págs. 23-26.
- CASTANYER GARCÍA, J. (2006): «El plan de vivienda 2005-2008: Un paso más en las políticas de vivienda timoratas», *Crítica*, Año 56, núm. 939, págs. 42-45.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2017): «Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos: Análisis del Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto-ley 6/2012 y la Ley 1/2013», *Actualidad civil*, núm. 4, págs. 79-84
- DE MESA GÁRATE, L. (2002): «El nuevo Plan de Vivienda y Suelo 2002-2005: Retos de la situación actual y soluciones aportadas», *Análisis local*, núm. 40, págs. 43-60.
- FERNÁNDEZ-REYES, A. V. (2013): «Aspectos sociológicos, jurídicos y registrales del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 89, núm. 735, págs. 481-507
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, G. (2010): «El derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a los Estatutos de Autonomía», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 22, págs. 111-145.
- FERRANDO NICOLAU, E. (1992): «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 9, págs. 305-324.
- GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G. (2010). «El derecho a la vivienda en España», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 3-4, págs. 325-361
- GARCÍA DE PABLOS, J.F. (2012): «La protección de los deudores hipotecarios sin recursos», en SALAS CARCELLER, A. (coord.), *Ejecución hipotecaria: Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, Thomson Reuters, pp.151-154.
- GARCÍA MACHO, R. J. (2009): «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38 (Ejemplar dedicado a: Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social), págs. 67-95.
- GUILLÉN NAVARRO, N.A. (2010). *La vivienda social en Inglaterra*. Barcelona, Editorial Atelier.

- , (2012): «La incidencia del contrato de acceso diferido a la propiedad, del régimen de amortización y del precario en las políticas de vivienda en España», en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E.; ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, Vol. 1, 2012-
- , (2012b): *El beneficiario de las viviendas sometidas a un régimen de protección pública*. Marcial Pons. Madrid.
- , (2014): «El plan de vivienda 2013-2016: el renacer de la vivienda de alquiler en España», *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, núm. 182, págs. 591-606
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F. (2009): «El Nuevo Plan de Vivienda 2009-2012 y sus efectos sobre el urbanismo; en especial, las reservas de suelo para vivienda protegida», *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 19, págs. 45-72.
- , (2010): «La planificación de la vivienda en España», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.): *Construyendo el derecho a la vivienda*, Madrid, Marcial Pons, págs. 349-381.
- INE (2018). *Inscripciones de certificaciones por ejecuciones hipotecarias iniciadas en los registros de la propiedad*. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadística_C&cid=1254736176993&menu=ultiDatos&idp=1254735576757 (enero de 2019).
- INE (2018). *Hogares por régimen de tenencia de la vivienda y edad y sexo de la persona de referencia*. Disponible en: <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4583&L=0> (enero de 2019).
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2013): «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, «antidesahucios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 89, núm. 739, págs. 3522-3565.
- LALAGUNA Y DURAN, M. P. (1997): «Sobre la interpretación del derecho a la vivienda», *Revista General del Derecho*, núm. 630, págs. 1882-1888.
- LAMBEA LLOP, N. (2016). «Social Housing Management Models in Spain». *Revista catalana de dret públic*, núm. 52, págs. 115-128.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (2014). «Medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la dación en pago», en ABEL LLUCH, X. (coord.), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona, Editorial Bosch, págs. 845-854
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2009): *Introducción al derecho urbanístico*, 3.^a edición, Madrid, Marcial Pons.
- , (2014). «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año núm. 34, núm. 102, págs. 49-91
- MAGUREGUI SALAS, I. (2018): «Trabas y oportunidades del urbanismo para la promoción pública de viviendas. El servicio público de alojamiento: más allá de las reservas de vivienda protegida», en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 151, (Ejemplar dedicado a: Hacia un nuevo marco jurídico en la vivienda en España).

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2017). «El derecho constitucional a la vivienda», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 57, págs. 375-389.
- MINISTERIO DE FOMENTO (2018): *Observatorio de vivienda y suelo*. Boletín especial, Alquiler Residencial 2018. Recuperado de: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW056> (junio de 2019).
- MINISTERIO DE FOMENTO (2019): *Observatorio de vivienda y suelo*. Boletín anual 2018. Recuperado de: <http://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW062> (junio de 2019).
- MORALES PRIETO, E. (2017): «Acceso a la vivienda y mantenimiento de la población joven en los espacios rurales», *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 116 (Ejemplar dedicado a: Jóvenes y vivienda), págs. 75-93.
- MOREU CARBONELL, E. (2014). «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en ALONSO PÉREZ, M.T. (dir.), *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Pamplona, Aranzadi, págs. 369-420.
- , (2016): «Activismo social y derecho a la vivienda», en GIFREU FONT, J.; BASSOLS COMA M. y MENÉNDEZ REXACH, M. (dir.): *El derecho a la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, Madrid, págs. 281-302.
- , (2017): «El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda», *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 98, pp.15-42.
- MUÑOZ CASTILLO, J. (2000): *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Madrid, Editorial Colex.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010): «El derecho a una vivienda adecuada», *Folleto informativo de Naciones Unidas*, núm. 21.
- OLIVÁN DEL CACHO, J. (2009): «Vivienda», en Bermejo Vera, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas.
- PAREJA-EASTAWAY, M. y SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, M.T. (2015). «El sistema de vivienda en España y el papel de las políticas ¿qué falta por resolver?». *Cuadernos Económicos de ICE*, número 90, 149-174.
- PISARELLO PRADOS, G. (2009): «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 38
- PONCE SOLÉ, J. (2008): «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley Catalana 18/2007, de 28 de diciembre del derecho a la vivienda», en PONCE SOLÉ, J. y SIBINA TOMÀS, D. (Coords.): *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid, Marcial Pons, págs. 65-175.
- , (2015): «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015,

- declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas vacías en manos de bancos», blog de l'Institut de Recerca TransJus, <http://www.ub.edu/instituttransjus/> (recuperado: 30 noviembre 2015).
- RALUCA STROIE, I. y FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. (2012): «Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo por el que se aprueban medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 2 (Ejemplar dedicado a: Vacaciones y Derecho de consumo), págs. 207-211
- RANCAÑO ÁLVAREZ, M. (1987): «Consideraciones jurídicas al Plan Cuatrienal de la Vivienda (1984-1987)», *Aparejadores: boletín del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Sevilla*, núm. 23, págs. 17-20.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. (2013): «Los cambios en el mercado de vivienda en 2013», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 178, págs. 773-787.
- , (2014): «El mercado de la vivienda avanza: un contexto económico debilitado», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 182, págs. 735-750.
- , (2015): 2015. «Una recuperación gradual del mercado de vivienda en España», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 185, págs. 575-588.
- , (2016): «Mercado de vivienda: persiste la recuperación, se modera el ritmo», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 190, págs. 701-714.
- , (2017): «La oferta de nuevas viviendas parece reaccionar en España», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 194, págs. 779-792.
- , (2018). «El mercado de la vivienda mantiene la expansión», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 198, págs. 805-818.
- ROGER FERNÁNDEZ, G. (2005): *La gestión del suelo para la vivienda social*, El Escorial (Madrid), Curso de verano de la Universidad Complutense «El derecho a la vivienda y la política local».
- RUIZ ARBE, F. (2005): «Novedades del Plan de Vivienda Estatal 2005-2008 (Real Decreto 801/2005)», *Observatorio inmobiliario y de la construcción*, núm. 1, págs. 14-17.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2007): «Derecho constitucional a la vivienda *versus* especulación urbanística», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, págs. 31-49.
- , (2013). «El derecho constitucional a la vivienda», en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; RODRÍGUEZ URIBES, J.M.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Historia de los derechos fundamentales*, Vol. 4, Tomo 6, 2013 (El Derecho positivo de los derechos humanos), Madrid, Dykinson, págs. 1957-1993
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.T. (2003): «El plan de vivienda 1992-1995: un estudio de su incidencia redistributiva», *Working papers = Documentos de trabajo: Serie EC (Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas)*, núm. 11.
- SIBINA TOMÁS, D. (2008): «Planes de vivienda y actuaciones susceptibles de ser protegidas», en PONCE SOLÉ, J. y SIBINA TOMÁS, D. (coord.). *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo: con un análisis específico de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, en su contexto español, europeo e internacional*. Madrid, Marcial Pons.

- TEJEDOR BIELSA, J. (2010): «Vivienda», en BERMEJO VERA, José y LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Dirts.), *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas.
- TINAUT ELORZA, J.J. (2000): «La política de fomento del alquiler en los planes estatales de vivienda de los noventa», *Ciudad y territorio: Estudios territoriales*, núm. 125, (Ejemplar dedicado a: La Vivienda de Alquiler en España: reflexiones a los cinco años de la Ley de Arrendamientos Urbanos), págs. 505-518.
- , (2002): «El Plan de Vivienda 2002-2005: aspectos básicos y principales novedades», *Cuadernos de Información económica*, núm. 166, págs. 33-39.
- , (2006): «Desarrollos recientes de la política estatal de vivienda en España: el plan 2005-2008», *Papeles de economía española*, núm. 109, págs. 273-290.
- TORNOS MAS, J. (2014). «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, págs. 2853-2871.
- VALCÁRCEL BUSTOS, M. (2018). «Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 111 (mayo-agosto 2018), págs. 341-372.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2015). «El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 32, págs. 121-154
- , (2011). *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, Iustel.
- , (2016). «Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica». en VAQUER CABALLERÍA, M.; PONCE SOLE, J. y ARNAIZ RAMOS, R. *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.



Una propuesta de modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional

A proposal to modulate the *ex tunc* effects of the annulatory sentences of the urban plans in the view of the prospective doctrine of the Constitutional Court

JESÚS IGNACIO PASCUAL MARTÍN
Universidad Complutense de Madrid
pascualmji@madrid.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.03>

LABURPENA: Une honetan, hirigintza-planak deuseztatzen dituzten epai ugari ikusten ari gara. Hirigintza-planak erregelamendu-arauzat hartzen direnez, haiek edozein arau-haustetan eroriz gero —dela funtsezkoa, dela plana prestatzeko prozedurari buruzkoa—, erabateko deuseztasuna lotuko zaie, *ex tunc* ondorioekin, baliokotzeko aukerarik inolaz ere erabili ezin delarik. Administrazioarekiko auzietako auzitegiek zorrotzasunez eta era monolitikoan ezartzen ari dira doktrina hori, ondorioak moderatu edo neurriratu gabe. Horren aurrean, berariazko lege-aurreikuspenik ez badago ere, honako aukera hauek aldeztu dira: (I) haien ebazpenei aurrera begirako ondorio hutsak edo *ex nunc* ondorioak ematea; (II) deuseztasunaren ondorioak etetea, beste plan bat onartu artean; eta (III) konstituzio-kontrakotasunaren adierazpena eta planaren deuseztatzea bereiztea, hala egiten baitu, legezko estaldurarik gabe berak ere, Konstituzio Auzitegiak legeak epaitzen dituenean.

HITZ GAKOAK: Plangintza. Deuseztasuna. Aurrera begirako doktrina. *Ex nunc* ondorioak.

ABSTRACT: At present we are witnessing the proliferation of annulment sentences of urban plans. Its consideration as regulatory standards associates any infringement that may be incurred by them —either substantive or related to its elaboration procedure— to the legally void with *ex tunc* effects without in any case being able to go to the figure of the validation. The contentious administrative tribunals are rigorously and monolithically applying this doctrine without moderating in consequences. In view of this, it is proposed that they may, even in the absence of a legal provision, expressly: (i) give effects that are purely prospective or *ex nunc* to their resolutions (ii) suspend the effects of nullity to allow time for approval of a new plan; and (iii) unlink the declaration of unconstitutionality and annulment of the plan, as it does, also without legal coverage, the Constitutional Court when judging the laws.

KEYWORDS: Planning. Nullity. Prospective doctrine. *Ex nunc* effects.

RESUMEN: En la actualidad asistimos a la proliferación de sentencias anulatorias de planes urbanísticos. Su consideración como normas reglamentarias asocia cualquier infracción en que puedan incurrir los mismos —ya sea sustantiva o relativa a su procedimiento de elaboración— a la nulidad de pleno Derecho con efectos *ex tunc*, sin que en ningún caso quepa acudir a la figura de la convalidación. Los Tribunales contencioso administrativos vienen aplicando de manera rigurosa y monolíticamente esta doctrina sin moderar consecuencias. Frente a ello se propugna que puedan, aún en ausencia de previsión legal expresa al respecto a: (i) dar efectos simplemente prospectivos o *ex nunc* a sus resoluciones (ii) suspender los efectos de la nulidad a fin dar tiempo a la aprobación de un nuevo plan; y (iii) desvincular la declaración de inconstitucionalidad y anulación del plan, tal y como hace, igualmente sin cobertura legal, el Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes.

PALABRAS CLAVE: Planeamiento. Nulidad. Doctrina prospectiva. Efectos *ex nunc*.

Trabajo recibido el 3 de junio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Las anulaciones de los planes urbanísticos como problema. 1. La imposibilidad de utilización urbanística del suelo en ausencia de plan. 2. La *non nata* «Proposición de Ley de Medidas Administrativas y Procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística».—II. Los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad y su modulación. 1. Los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad. 2. La modulación por los tribunales constitucionales de los efectos *ex tunc* de las nulidades en ausencia de previsión legal. 3. La STC 45/1989 como punto de inicio de la «doctrina prospectiva». 4. Doctrina prospectiva y leyes urbanísticas. 5. ¿Admisión como regla general de los efectos prospectivos de las sentencias a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?—III. Sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad o que difieren en el tiempo sus efectos. 1. Sentencias que disocian inconstitucionalidad y nulidad. 2. Sentencias que posponen los efectos de la declaración de nulidad.—IV. Conclusión: la necesaria modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional.—Bibliografía.

I. Las anulaciones de los planes urbanísticos como problema

1. La imposibilidad de utilización urbanística del suelo en ausencia de Plan

El análisis de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad de los planes urbanísticos ha adquirido en los últimos tiempos una indudable importancia práctica y no es para menos debido a la proliferación de las sentencias anulatorias de los mismos. El hecho cierto, es que la desaparición del plan impide, pura y simplemente, la utilización urbanística del suelo; no en vano, y como es bien sabido, la propiedad fundiaria a partir de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ha dejado de ser un derecho potencialmente ilimitado, salvo las restricciones externas establecidas por las leyes —arts. 348 y 350 CC.—, para convertirse en otro delimitado internamente en cuanto a su contenido por el legislador y, por remisión de éste, por los instrumentos de ordenación urbanística (1).

(1) En palabras del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Civitas, Cizur Menor 2016 (no se reseña la página por haber sido consultada en formato electrónico), esta Ley, «introdujo una innovación esencial: la configuración de un nuevo estatuto jurídico para la propiedad del suelo, que, a partir de ella, dejó de ser el derecho de gozar y disponer (y aun abusar) de los bienes sin otras limitaciones que las expresamente establecidas por las Leyes (según la concepción romana recogida en el artículo 348 del Código Civil), para convertirse en un derecho limitado en su contenido a lo que la Ley urbanística y los planes de ordenación a los que ésta se remite». Como afirmaba GARCÍA DE ENTERRÍA «La Ley del suelo y el futuro del urbanismo», en *Anuario de derecho civil*, volumen. 11, n.º 2, 1958, págs. 503, en célebre conferencia pronunciada en la Universidad de Sevilla el 22 de marzo de 1957, a partir de esta Ley, la propiedad fundiaria no puede ya explicarse en los términos

Esta construcción fundacional de nuestro moderno urbanismo, ha permanecido inalterada hasta llegar al Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto 7/2015, de 30 de octubre (TRLSyRU), cuyo artículo 11.1 establece expresa y taxativamente que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística» (2). Ello es así, determina el artículo 4.1 del TRLSyRU, porque «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste». Conforme a lo anterior (artículo 11.2 TRLSyRU), «la previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». De acuerdo con lo anterior, y como es fácil de imaginar, la anulación del plan es un acontecimiento catastrófico, que pura y simplemente aborta cualquier posibilidad de utilización urbanística de los terrenos afectados; no en vano, y como señala T.R. FERNÁNDEZ, «todo aprovechamiento urbanístico, todo aprovechamiento que vaya más allá del que la naturaleza pone, es creación del Plan (...) Cuando el Plan guarda silencio, no existe simplemente aprovechamiento urbanístico alguno» (3).

tradicionales de las limitaciones de la propiedad. No se trata ya propiamente de restricciones o limitaciones de la propiedad, sino de delimitación de la propiedad en su contenido normal. Sobre este tema *vid.* igualmente: LOBATO GÓMEZ, J.M., *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, editorial Montecorvo, Madrid 1989; ESCRIBANO COLLADO, P., *La propiedad privada urbana*, editorial Montecorvo, Madrid 1979; SUSTAETA ELUSTIZA, Á., *Propiedad y urbanismo*, editorial Montecorvo. Madrid 1978; y más recientemente MUÑOZ GUIJOSA, M. A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas Thomson Reuters, Madrid 2009.

(2) El carácter estatutario de la propiedad del suelo ha vuelto a ser avalado recientemente por la STC 141/2014, de 11 de septiembre, al enjuiciar la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo señalando que: «el legislador cuenta para la configuración singular de los distintos estatutos del derecho de propiedad, con un importante margen de discrecionalidad. Pues bien, el legislador estatal en ejercicio de su competencia para la regulación del derecho de propiedad del suelo (art. 149.1.1 CE), y en atención a la función social que ésta ha de cumplir (art. 33.2 CE), ha optado, en línea con nuestra tradición urbanística —tanto legislativa como jurisprudencial (por todas, STS de 18 de octubre de 2011)— y dentro de la libertad de conformación del derecho que le corresponde, por una concepción estatutaria de la propiedad urbanística conforme a la cual el *ius aedificandi* no forma parte integrante del contenido inicial del derecho, sino que se va adquiriendo en función del cumplimiento de los correlativos deberes urbanísticos».

(3) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «La propiedad urbanística del suelo, el suelo y el subsuelo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 41, 1995, págs. 587-606.

No procede, en cualquier caso, detenernos aquí en los motivos de la elevada mortandad del planeamiento. Sin entrar a valorar la existencia de lo que SANTAMARÍA PASTOR(4) ha denominado un cierto «activismo judicial en materia de planeamiento», únicamente procede señalar ahora que, en nuestra jurisprudencia, cualquier infracción de fondo o procedimental en la elaboración del plan genera automáticamente, como sanción necesaria, su nulidad de pleno Derecho(5), contundente grado de invalidez que se construye, obviamente, en cuanto a su consideración de norma jurídica(6). En este sentido, nuestro TS viene reiterando de forma monolítica que: (i) los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, esto es, son normas con rango reglamentario; (ii) los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena, respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación; (iii) la invalidez en que pueden incurrir las disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena con efectos *ex tunc*.

La nulidad del plan es por ello, como señala SANTAMARÍA PASTOR(7), un hecho trágico que obliga de nuevo a la Administración a «reiniciar por completo, y desde el minuto cero», su tramitación al no caber la convalidación del mismo. Y junto con lo anterior, los propios efectos «*ex tunc*» de dicha nulidad determinan que la misma se comunique indefectiblemente y en cascada a los actos que lo hubiesen aplicado, salvo en

(4) *Vid.*, «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», en *Revista de Administración Pública*, número 195, septiembre-diciembre 2014, págs. 197-215. Del mismo autor: «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», en *Práctica Urbanística* n.º 141, julio-agosto 2016.

(5) En este sentido, ha dejado claro el TS en reiterada jurisprudencia, que el grado de invalidez de las disposiciones generales es único: la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo. En los propios términos de la STS de 18 de mayo de 2009 (recurso 3014/2006): «los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad (artículo 62.1 de la Ley 30/92) o por simple anulabilidad (artículo 63), pero las disposiciones generales no son nunca anulables sino nulas de pleno derecho (artículo 62.2 de la Ley 30/92, que dispone la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas que vulneren las leyes u otras disposiciones de rango superior, sin distinción de valoración formal o material). Un Plan General es una disposición general, y, por lo tanto, cualquier infracción en que incurra producirá su nulidad de pleno derecho».

(6) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», en *Revista de Administración Pública*, número 29, 1959. De mismo autor, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, 3.ª edición, Madrid 2006. *Vid.* igualmente GARCÍA LUENGO, J., «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales: A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999», en *Revista de Administración Pública*, número 154, 2001, págs. 203-242. Un resumen sobre la doctrina que ha abogado por la nulidad de pleno Derecho de los reglamentos con independencia del tipo de vicio en el que incurra puede verse en: DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanc. Valencia 2002, págs. 107-110.

(7) «Una imprevista...» *Op. cit.* (no se cita la página por haberse consultado en formato electrónico).

el caso de que éstos sean firmes (art. 73 de la LJCA)(8), supuesto en los que, no obstante, el escenario tampoco es mucho mejor, puesto que de la desaparición del plan resulta inevitablemente la situación de fuera de ordenación de los edificios y construcciones efectuados a su amparo, huérfanos ahora de normativa. Ante el cariz que están tomando las cosas, no es sorprendente que alguna doctrina esté replanteándose la propia naturaleza del planeamiento urbanístico como disposición de carácter general(9) y que, desde un punto de vista más amplio, algún autor abogue por la reconsideración de los vicios procedimentales en los que pueden incurrir los reglamentos, a fin de no conceptualarlos *en todo caso* como merecedores de la sanción de nulidad de pleno Derecho(10). El propio

(8) Establece este artículo 73 de la LJCA que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente». Sobre los efectos de la nulidad de los reglamentos sobre sus actos aplicativos *vid.* REBOLLO PUIG, M, «Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial su retroactividad», en *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, número 100 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas), págs. 469-526. Recuerda REBOLLO (pág. 473) que los efectos jurídico-materiales de la anulación del planeamiento son los siguientes: «a) El reglamento anulado no producirá más efectos en el futuro; b) Se tiende a aniquilar los efectos que produjo desde su aprobación hasta su anulación; c) La anulación tiene efectos generales, para todos (*erga omnes*); d) Revive el reglamento (o plan) anterior que, en realidad, hay que entender que estuvo siempre vigente; y e) No cabe la conservación de trámites ni la convalidación por subsanación». Más recientemente, sobre este tema *vid.* SUAY RINCÓN, J., «La «afectación» de la anulación de los Planes de Urbanismo a sus actos de ejecución», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 324, 2018, págs. 19-64; y GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto», en *Documentación Administrativa*, nueva época, número 5, enero-diciembre 2018, Págs. 46-68.

(9) En este sentido *vid.* BAÑO LEÓN, J. M., «El plan urbanístico en ruina (un esbozo de reconstrucción)», en *Práctica Urbanística*, n.º 144. Del mismo autor: «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en Judith GIFREU I FONT, Martín BASSOLS COMA y Ángel MENÉNDEZ REXACH (directores), *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP, Madrid, 2016, págs. 758-769; «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, enero-febrero 2017, págs. 43-50; y «Derecho urbanístico común», *lustel*, Madrid, 2009, Pág. 128. *Vid.* igualmente, PAREJO ALFONSO, L., «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza», en *Práctica Urbanística*, n.º 144, 2017; ALEGRE ÁVILA, J. M., «Once proposiciones sobre la idea de plan o de cuando el mito se hace realidad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 182, 2017, Págs. 15-23; e IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Propuestas de reformas normativas para evitar los actuales efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico», en *VV.AA, Nulidad del planeamiento y ejecución de sentencias*, AGUDO GONZÁLEZ, J. (coordinador), Centro de Estudios Urbanísticos, Territoriales y Ambientales «Pablo Olavide», Bosch Editor, Barcelona 2018, Págs. 232 y ss. Del propio IGLESIAS GONZÁLEZ: «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número. 301, noviembre 2015, págs. 77-150.

(10) LÓPEZ RAMÓN, F., «La calificación de los vicios de los reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, número 205, 2018, págs. 13-48. Más atrás en el tiempo: DOMÉNECH PASCUAL, J., «La invalidez de los reglamentos...», *op. cit.* Esto es justamente lo que señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y TR. FERNÁNDEZ en su *Curso de Derecho Administrativo* —Tomo I, décimo octava edición, Civitas 2017, pág. 255— al afirmar que «cuando se trate de vicios de procedimiento es imprescindible comprobar antes de declarar la nulidad absoluta del reglamento al que afectan la efectiva transcendencia

T.R. FERNÁNDEZ (11), sin llegar a la radicalidad de revisar la naturaleza de los planes de ordenación urbana, ha propuesto algunas medidas procesales para aliviar la actual situación.

2. La *non nata* «Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística»

En este contexto de «revuelta doctrinal», el Ministerio de Fomento hizo público en abril de 2018 que estaba trabajando en un Anteproyecto de Ley de medidas para reforzar la seguridad jurídica en el planeamiento territorial y urbanístico (12), proyecto que, no obstante y ante la caída el Gobierno, fue finalmente publicado como Proposición de Ley en el Boletín Oficial del Congreso de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, Serie B) el día 15 de octubre de 2018. En su Exposición de Motivos se dejaba constancia de que «la determinación de la naturaleza jurídica de los planes de ordenación territorial y urbanística requiere una reflexión más profunda, a la vista de las opiniones doctrinales más autorizadas emitidas en los últimos años, que abogan por una reconsideración de la naturaleza exclusivamente normativa de dichos instrumentos de ordenación» (13). Conforme lo cual, el artículo 4.2 del

de los mismos, esto es, su real incidencia sobre el contenido de la regulación material (...) En suma, también aquí habría que descartar el efecto invalidatorio de las infracciones de procedimiento realmente intrascendentes y por supuesto, el de las meras irregularidades formales carentes de verdadera relevancia». RUIZ PALAZUELOS, N., «La anulación y los poderes del Juez: las enseñanzas del caso francés», en *Revista de Administración Pública*, número 208, 2019, págs. 179-220— ha puesto de manifiesto por su parte, como en Francia cada vez más la jurisprudencia evita anulaciones estériles rechazando motivos considerados inoperantes de forma que solo las irregularidades susceptibles de haber ejercido una influencia en el sentido de la decisión, pueden ser invocados para la anulación.

(11) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, n.º 203, 2017, págs. 158 y ss. Del mismo autor *vid.* igualmente: «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, número 29, 2013, págs. 77-95.

(12) Sobre el contenido de dicho proyecto *vid.* GARCÍA MORAGO, H. «Observaciones sobre la proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 326, 2018, págs. 59-85; SEGOVIA MARCO, A. «Nueva propuesta para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *El Derecho.com*, Lefebvre-El Derecho, Tribuna 23-10-2018; y TOLOSA TRIBIÑO, C., «Reflexiones sobre la proposición de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 328, 2019, págs., 19-78.

(13) Pues efectivamente, continua la Exposición de Motivos, los planes «pueden, sin duda, incluir normas, como es habitual en los instrumentos urbanísticos, pero el acuerdo de aprobación y buena parte de sus determinaciones son actos administrativos. Y esta heterogeneidad en el contenido de los planes debería reflejarse en las distintas consecuencias de su anulación».

TRLSyRU, quedaba redactado en el sentido de que: «Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística son actos administrativos generales que ordenan un ámbito territorial determinado, conteniendo las estrategias y decisiones que procedan sobre las infraestructuras, la programación temporal y la asignación de usos y aprovechamientos diferenciados, de acuerdo con lo que determine la legislación autonómica. Dichos instrumentos *pueden incorporar normas* que establezcan, de acuerdo con la legislación aplicable, derechos y deberes, condiciones de los usos y de las actuaciones de transformación urbanística y edificatoria, parámetros para la implantación de usos, regímenes de protección del patrimonio histórico y natural y otros aspectos propios de su contenido».

Pero con ser esto primordial, pues se alteraba el secular carácter reglamentario con el que ha contado el planeamiento urbanístico en la monolítica jurisprudencia del TS desde 1968(14) y en la doctrina administrativista mayoritaria, lo importante para lo que aquí se estudia era la posibilidad que otorgaba novedosamente la Proposición de Ley al órgano jurisdiccional correspondiente para fijar un plazo en la propia sentencia a fin de que la Administración competente subsanase el defecto, quedando

(14) Sobre las diversas posturas que se han mantenido respecto a la naturaleza de los planes *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1979, págs. 164 y 165. Más recientemente BASSOLS COMA, M., «La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación» en VV.AA., *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico* (SORIA MARTÍNEZ, Gabriel y BASSOLS COMA, Martín, coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi 2017, págs. 27-102. Un repaso jurisprudencial reciente sobre la caracterización reglamentaria de los planes de urbanismo y sus consecuencias, puede encontrarse en CALVO ROJAS, E., «Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional» en VV.AA., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Editorial Aranzadi Vol. 1, 2012, Págs. 821 y ss. Lo cierto es que el TS viene reconociendo expresamente el carácter normativo de los planes urbanísticos a partir de su Sentencia de 8 de mayo de 1968 al dejar sentado que: «un Plan Parcial de Ordenación Urbana aprobado definitivamente merece la calificación de «acto administrativo general» «productor de normas jurídicas objetivas»». Se establece así, señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, decidida y claramente la naturaleza normativa de los Planes, pues el empleo de la expresión «acto administrativo general» no se produce con rigor técnico, sino como alusión al hecho de que los Planes constituyen una manifestación de la actividad administrativa productor de normas jurídicas. Esta jurisprudencia ha sido mantenida posteriormente a pesar de que el propio TS ha reconocido el carácter complejo de los instrumentos de planeamiento y de los documentos que lo integran. La STS de 5 de octubre de 2005 (RJ/2005/8000) recuerda que: «la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha venido reconociendo sin vacilaciones, ya desde una antigua sentencia de su entonces Sala Cuarta de fecha 8 de mayo de 1968, seguida por las de 7 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2750), 22 de enero de 1988 (RJ 1988, 330) , 9 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4114), 16 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8129), 19 de febrero de 1991 (RJ 1991, 965), 16 de septiembre de 1992, 30 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2525), etc., etc., el carácter normativo de los instrumentos de ordenación urbana. Estos, no obstante, su contenido heterogéneo, son, o no dejan de ser también y en todo caso, normas jurídicas con rango formal reglamentario».

prorrogada mientras tanto, y de forma provisional, la eficacia de la disposición o acto anulado. Este plazo no podría ser superior a un año, si bien la sentencia podría ampliarlo hasta un máximo de seis meses más, de manera excepcional, cuando así lo solicitase la Administración por la imposibilidad de llevar a cabo la subsanación requerida en un plazo menor. Se reproduce así, señala la Exposición de Motivos, «con matices, una regla que ya está implantada en algunos Estados europeos, como Alemania» (15).

Junto con lo anterior, su Disposición Transitoria Segunda preveía que, en caso de anulación posterior a la entrada en vigor de esta futura Ley, de un instrumento de ordenación territorial y urbanística, las Administraciones públicas competentes debían aprobar un nuevo instrumento en su sustitución, conservando hasta entonces su eficacia el anulado, medida en consonancia, se dice en la Exposición de Motivos, «con lo establecido por el artículo 19.2 del Texto Refundido de las Haciendas locales en relación con los efectos de la nulidad de las ordenanzas fiscales y la jurisprudencia que permite mantener la vigencia de un reglamento anulado mientras se tramita un nuevo reglamento». Con ello, se evita «el vacío que ahora existe y que produce la reviviscencia de planes verdaderamente obsoletos e incapaces de recoger la realidad urbanística del momento y se consigue mantener la cobertura normativa hasta la aprobación del siguiente plan, el cual, de mantener el mismo contenido, daría cobertura a los planes de desarrollo y demás actos de aplicación» (16).

(15) Con este objetivo se introduce un párrafo tercero en el artículo 71 de la LJCA estableciendo que: «cuando la anulación se deba a un vicio formal o procedimental, se declarará la conservación de las actuaciones y trámites no afectados por el vicio cometido, y se ordenará la retroacción del procedimiento al momento oportuno para permitir la subsanación. A tales efectos, *la sentencia fijará un plazo, que no podrá ser superior a un año, con carácter general, para que la Administración competente subsane el defecto, quedando prorrogada mientras tanto, de forma provisional, la eficacia de la disposición o acto anulado.* No obstante, la sentencia podría tejar un plazo superior por un máximo de seis meses más, de manera excepcional, cuando así lo solicite la Administración competente, que deberá acreditar la imposibilidad de llevar a cabo la subsanación requerida en un plazo menor. En estos casos, el órgano judicial decidirá también sobre la extinción de los efectos de la disposición o acto anulado.»

(16) Tal medida, continua la Exposición de Motivos, «tiene su justificación en los excepcionales efectos que, para la seguridad jurídica, provoca la nulidad de un instrumento de planeamiento general y encuentra apoyo en algunas sentencias del Tribunal Supremo que han justificado el mantenimiento de un reglamento anulado hasta que se apruebe uno nuevo. También se ha pronunciado en esos mismos términos el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/2015, de 5 de febrero, en la que, con ocasión de determinadas disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, difirió en el tiempo los efectos jurídicos de la nulidad (durante un año), para dar tiempo a que se subsanase el defecto procedimental y pudiera aprobarse de nuevo la ley. En esa misma línea, se prevé también que el nuevo plan formulado con motivo de la anulación, dé cobertura normativa a todas las actuaciones urbanísticas que hayan traído causa del plan anulado siempre y cuando se mantenga el contenido normativo que justifica esta cobertura (sería el caso, por ejemplo, de la incorporación de las normas de un Plan Parcial)».

El final de la XII legislatura, y el previo cambio de Gobierno, ha impedido la tramitación de la Proposición de Ley en cuestión, que ha sido declarada caducada el 27 de marzo de 2019. Y pese a ello, no parece que el sistema que diseña nuestra legislación urbanística, basado de forma esencial en los planes de ordenación urbana, pueda aguantar con medio país con el planeamiento anulado. Resulta evidente que la solución a este galimatías no es fácil, pero creemos —esta es la propuesta que modestamente aquí se defiende— que, entre tanto el legislador se decide a volver a tomar cartas en el asunto, cosa en nuestra opinión obligada, a los Tribunales contencioso-administrativos les cabe, aún en ausencia de previsión legal al respecto, un cierto margen de apreciación a fin de que, tal y como ocurre en sede de justicia constitucional, puedan modular los efectos de la declaración de nulidad del planeamiento urbanístico. No en vano, y como a continuación nos referiremos, el TC español ha admitido que razones superiores derivadas del respeto al principio de seguridad jurídica o la evitación del riesgo de quiebra financiera del país, puede exigir: (i) dar efectos simplemente prospectivos o *ex nunc* a las resoluciones que declaran la nulidad de las leyes sin que ello suponga la confusión de los institutos de la derogación y anulación; (ii) suspender los efectos de la nulidad de las normas a fin dar tiempo a la aprobación de otra que sustituya a la anulada (modelo austriaco); y (iii) desvincular la declaración de inconstitucionalidad con la anulación de la norma (sistema alemán). Y todo ello —esto es muy importante destacarlo—, sin una previa habilitación legal al respecto que permita la moderación de los efectos *ex tunc* de sus sentencias.

II. Los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad y su modulación (17)

1. Los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad

Qué duda cabe, como ha señalado la mejor doctrina, que existiendo una analogía estructural entre el juicio de constitucionalidad

(17) Sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional nos remitimos a los comentarios al uso: ALMAGRO NOSETE, J. y SAAVEDRA GALLO, P., *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; PULIDO QUECEDO, M., *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Anotada con Jurisprudencia*. Thomson-civitas Madrid 2007; VV.AA. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, REQUEJO PAGÉS, J. L., (coordinador), Boletín Oficial del Estado 2001. Vid, igualmente: VV.AA., *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994: (coloquio internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coord.), CEPC, Madrid 1995; RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios so-*

de las leyes y el de legalidad de los reglamentos (18) habría necesariamente que concluir que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la nulidad de una norma reglamentaria deberían ser idénticos; ninguna razón hay para otra cosa. Siendo así, para BELADIEZ ROJO (19) la conservación de los actos dictados en aplicación de normas que han sido declaradas inconstitucionales, «no presenta, en el fondo, diferencias sustanciales con el supuesto de actos dictados en ejecución de reglamentos anulados por los Tribunales contencioso-administrativos. El presupuesto es el mismo en ambos casos —actos dictados al amparo de una norma inválida— y por ello la consecuencia jurídica a la que se llegue debe ser idéntica en los dos supuestos».

Dicho lo cual, procede decir que la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad de las normas jurídicas, no es algo desde luego obligatorio en el ámbito del Derecho constitucional comparado. Como nos recuerda GARRORENA MORALES (20), la inconstitucionalidad de una norma comporta, en principio, su necesaria expulsión del ordenamiento jurídico. Sin embargo, atendiendo a cada sistema constitucional, ese pronunciamiento es declarativo o constitutivo, esto es, esa expulsión se produce *a radice y pro praeterito* con efectos retraídos al origen mismo de la norma o *pro futuro* a partir de la fecha de la propia sentencia y hacia delante. Incluso cabría añadir una eficacia aplazada o diferida en el tiempo como variedad de este último. Esto es lo que, desde 1920, permite el artículo 140.5 de la Constitución de Austria inspirada por Kelsen, que autoriza al Tribunal Constitucional a dilatar hasta dieciocho meses la entrada en vigor de la anulación pronunciada

bre jurisdicción constitucional, McGraw-Hill, Madrid, 1998; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. MEDINA GUERRERO, M., y REQUEJO PAGÉS, J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997; PIBERNAT DOMÉNECH, X., «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», en *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 4, 1987, y «La sentencia constitucional como fuente de Derecho», en *Revista de Derecho Político*, n.º 24, 1987; y PUNSET BLANCO, R., «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 7, 1995. Más recientemente: PÉREZ TREMPES, P: *Sistema de justicia constitucional*, Cívitas, Madrid, 2010.

(18) *Vid.* RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, Enero/Abril 1988, Pág.10, autor que recuerda como la analogía estructural entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el juicio de legalidad de los reglamentos, ya subrayada por KELSEN llevó a atribuir ambas competencias de enjuiciamiento, al Tribunal Constitucional austríaco.

(19) BELADIEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 335.

(20) GARRORENA MORALES, Ángel, «Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en VV.AA, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Óscar Alzaga Villaamil (Dir.). T. XII, —Artículos 159 al final—, Edersa 2006. Pág. 354.

para dar a los órganos legislativos competentes la posibilidad de preparar y aprobar una nueva ley (21).

Pues bien, aunque nuestra legislación constitucional es muy lacónica a este respecto, hay razones para concluir que nuestro sistema ha asumido la opción de la nulidad de pleno Derecho de la Ley inconstitucional con efectos *ex tunc* —y, consecuentemente, del carácter meramente declarativo de la sentencia—, apartándose de esta forma del modelo kelseniano (22), configurador del Tribunal Constitucional como legislador negativo, cuya función queda circunscrita a emanar sentencias constitutivas con efectos *ex nunc* o simplemente derogatorios.

(21) El propio GARRORENA MORALES contrapone en otro sitio y en lo que aquí interesa —«La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, n.º 11, otoño 1981, pág. 21.— «1) El sistema americano, en el que esa eficacia sólo se produce inter partes, confiándose su extensión a la técnica del *stare decisis*. 2) El sistema austríaco, puro o kelseniano, donde la sentencia, ya con una pretensión de eficacia erga omnes, tiene una entidad «constitutiva» (es ella misma, en virtud y a partir de su pronunciamiento, quien «pone» la inconstitucionalidad en el mundo de lo existente jurídico) y donde, en consecuencia, los efectos sólo se producen ex nunc, es decir, desde ahora y hacia el futuro; sistema en el que, tal vez por ello, las únicas y excepcionales quiebras que en esta determinación del momento inicial de la eficacia se admiten no operan hacia atrás, sino hacia adelante, en forma de reconocimiento (art. 140.5 de la Constitución austríaca) de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pronuncie (valga por todas la sentencia austríaca de 19 de diciembre de 1972) las llamadas «sentencias de eficacia aplazada» o «de eficacia retardada», en las que el Tribunal determina, por graves razones de interés público implicadas en la eventual ejecución inmediata, que la declaración de inconstitucionalidad que se adopta no debe comenzar a ser efectiva hasta pasado un cierto plazo que en tal pronunciamiento se concreta y que, conforme a la normativa austríaca, nunca debe ser superior a un año. 3) Y, en fin, el sistema reformado, variante avanzada del anterior, adoptado en parte en Alemania e Italia, pese al aparente tenor de ciertos preceptos, en el que la sentencia se entiende no como «constitutiva» ella misma, sino como meramente «declarativa» de una nulidad que, porque existe ex Constitutione, preexiste a la sentencia y debe, por tanto, causar efectos ex tunc o hacia atrás, planteando así el problema de qué relaciones sociales (las ya agotadas y difícilmente reversibles; aquellas cuya corrección implicaría una cierta superior onerosidad sancionadora...) deben quedar excluidas de dicha eficacia retroactiva». Sobre los sistemas de justicia constitucional vid, aparte de la bibliografía anteriormente citada: CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid 1987; TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL BARCENA, J., *Justicia constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2008. Vid. igualmente FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional», en *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 12, 2013. Una detallada bibliografía sobre el tema puede encontrarse en METEZZI, Luca, «Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI», en *Estudios Constitucionales*, Año 7, número 2, 2009.

(22) Recuerda a este respecto GARCÍA DE ENTERRÍA —«La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 1981, Pág. 43— que para Kelsen el Tribunal Constitucional no es propiamente un Tribunal «porque no enjuicia situaciones concretas, hechos específicos, sino que limita su función a resolver este problema de la *Vereinbarkeit*, de la compatibilidad entre dos normas abstractas, eliminando la norma incompatible con la norma suprema, pero haciéndolo *ex tunc*». Sobre este tema y del mismo autor: *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 4.ª Edición, 2006.

Como buena prueba de ello, establece el artículo 40 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»; precepto que, necesariamente, hay que ponerlo en conexión con lo dispuesto en los artículos 38.1 LOTC —«las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»— y 39 LOTC —«cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia»—; previsiones todas ellas que no hacen sino desarrollar lo dispuesto en los artículos 161.1. a) —«La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada»— y 164.1 de la CE que prevé que «las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». A la vista de estos últimos preceptos de la CE concluye PUNSET BLANCO (23), en que ha sido propio el constituyente directamente el que ha predeterminado las consecuencias inherentes a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes: su nulidad de pleno Derecho; nulidad, que entraña, a su vez, no sólo su pérdida de vigencia para el fu-

(23) PUNSET BLANCO, R., «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la ponencia de J. Jiménez Campo)», en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 66. Tribunal Constitucional Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997, Pág. 91.

turo, sino también, y a diferencia de lo que ocurre con la derogación, pro pasado (24).

En realidad puede discutirse, como apunta TORNOS MÁS (25), si la nulidad deriva del Texto constitucional o de la Ley orgánica, lo que es indiscutible es que del conjunto de ambos textos se desprende, en principio, que la declaración de inconstitucionalidad no supone la simple derogación de la norma, sino su nulidad y consecuentes efectos *ex tunc* (26). El propio TC, asumiendo la ortodoxia de la teoría de las nulidades, ya afirmó en su temprana Sentencia 14/1981, de 29 de abril, que, en términos generales, «el tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad varían porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC»; añadiendo en su Auto 106/1983, de 16 de marzo, que «la regla del art. 40.1 de la LOTC, cuyo propósito es preservar la cosa juzgada, en aras del principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la C. E.) y

(24) JIMÉNEZ CAMPO, J. — «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional...* Op. cit. pág. 34—, en cambio, mantiene que la opción por la nulidad de la norma inconstitucional no la realiza la CE sino LOTC. En el mismo sentido se ha pronunciado DIAZ REVORIO, F.J., — «Tipología y efectos de las sentencias del tribunal constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional español», *Biblioteca Jurídica Virtual de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, www.juridicas.unam.mx (2019), artículo previamente publicado en VV.AA., *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, P. Pérez Tremps (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia 2007, págs. 149-176— al señalar que «la Constitución no concreta si los efectos de la sentencia estimatoria han de ser los de la nulidad». Más recientemente, realiza afirmaciones del mismo tipo realiza J. J. GÓNZALEZ RIVAS, al comentar el artículo 164 CE —*vid. VVAA. Comentario a la Constitución española, 40 aniversario 1978-2018, Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Directores: P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz, Coordinadora: C. Montesinos Padilla, Tomo II, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia 2018, Págs. 2264 y 2265— al afirmar que «no hay en el art. 164 CE ni en ningún otro precepto constitucional una previsión acerca de si la eficacia temporal de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma legal debe entenderse *ex tunc* o *ex nunc*. Es el art. 39.1 LOTC el que, ante el margen que la Constitución deja abierto, se decanta por la primera opción al ligar declaración de inconstitucionalidad a declaración de nulidad, pero sin acoger esta solución de un modo absoluto, dado que el art. 40.1 LOTC (esta vez sí vinculado por el art. 161.1.a) CE) contempla que este efecto retroactivo tendrá el límite de la cosa juzgada».

(25) TORNOS MÁS, J., «La inconstitucionalidad de las leyes», en *Actas de las III Jornadas de órganos asesores y consultivos*, Generalidad de Cataluña, 2000, Pág. 28.

(26) En el mismo significa DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al artículo 39», en VV.AA. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Director-Coordinador, Juan José GÓNZALEZ RIVAS, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, enero 2010, (no se menciona la página por haber sido consultado el libro en formato electrónico) que «el legislador orgánico ha optado como por un sistema en el cual la consecuencia de la inconstitucionalidad es la nulidad del precepto declarado inconstitucional, y al hacerlo así ha ligado a tal declaración los efectos propios de una categoría jurídica bien conocida en nuestro acervo jurídico, entre los cuales tiene especial significación el carácter declarativo de su apreciación y los efectos *ex tunc* que tal declaración produce».

con excepción, a su vez, en los casos que dice el mismo precepto, de reducción de pena o de sanción, o de exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, no es obviamente un obstáculo a la aplicación de la nulidad a los procesos pendientes, sino, justamente, un reforzamiento de la tesis de los efectos de la sentencia a los casos pendientes». En el mismo sentido se pronuncia, más recientemente, la STC 117/2011, de 4 de julio (FJ 2), cuando señala que «la derogación, con sus efectos *ex nunc*, no es equivalente a una hipotética declaración de nulidad, cuyos efectos se proyectan, al menos en vía de principio, hacia el pasado» (27).

Por lo demás, estos efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad han sido asumidos con total naturalidad por el TS en su doctrina. Así, en la STS de 30 de abril de 2010 (recurso 1691/2006), dictada en el ámbito urbanístico, se determina que las SSTC 61/1997, de 20 de marzo y 178/2004, de 21 de octubre, originan que deba aplicarse el TRLS de 1976, esto es, su reviviscencia, por obra y gracia del apartado tercero del fallo de la STC 61/1997, que dispuso la inconstitucionalidad y nulidad del apartado primero de la disposición derogatoria única del TRLS de 1992. Dicho lo cual explica el Alto Tribunal, que la invalidez de una norma con rango de Ley «se traduce, como declaramos en nuestra Sentencia de 14 de noviembre de 2008 (recurso de casación n.º 7141/2004), en una nulidad con plenos efectos frente a todos, *ex artículo* 164 de la CE y 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. La norma inconstitucional, por tanto, no es que incurra en invalidez tras la declaración de inconstitucionalidad, sino que ha sido inválida durante toda su vigencia. Los efectos de la nulidad son pues “*ex tunc*”. Siendo así, añade el Alto Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad supone «que la norma nunca formó parte del ordenamiento jurídico, si bien esta afirmación (esto es muy importante) ha de ser matizada en los términos recogidos en el citado artículo 40 de la Ley 2/1979 y por la flexibilización que supone la denominada eficacia prospectiva y las facultades del propio Tribunal Constitucional, según la conocida STC 45/1989, fundamento jurídico 11, sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al declarar «que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso», que no resulta aquí de aplicación» (28). Precisamente a esta «flexibilización» de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad nos referimos a continuación a fin de determinar si los razonamientos que utiliza el Tribunal Constitucional son aplicables en sede contenciosa y, más concretamente, en los casos de la anulación del planeamiento urbanístico.

(27) En el mismo sentido *vid.* SSTC 73/2014, de 8 de mayo (FJ 2), y 35/2016, de 3 de marzo (FJ 2).

(28) Siendo así, concluye el TS, resultan nulas las cesiones de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano impuesto por el PGOU con la cobertura del TRLS de 1992.

2. La modulación por los Tribunales Constitucionales de los efectos *ex tunc* de las nulidades en ausencia de previsión legal

Pues bien, a pesar de que, como venimos señalando, la teoría de las nulidades (29) esté construida exactamente en los mismos términos en el Derecho administrativo y en el constitucional, su ortodoxia no ha sido llevada al paroxismo de una regla ciega. Como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ SEGADO (30), cada vez más en el Derecho comparado, los Tribunales constitucionales se desligan de «rígidas formulas dogmáticas» para romper el binomio inconstitucionalidad/nulidad o el trinomio nulidad/sentencia declarativa/efectos «pro praeterito» en atención a las consecuencias de sus fallos. Y en el mismo sentido apunta GARRORENA MORALES (31), que aunque la solución de Kelsen de efectos *ex nunc* de las sentencias sólo pasó a la Constitución austriaca, las dificultades prácticas han motivado, y cito literalmente, «que, en nuestros días, tanto la doctrina como las decisiones de los Tribunales Constitucionales de ciertos países (Estados Unidos, Alemania...) se balanceen cada vez más hacia posiciones que defienden la conveniencia de que sea el juez de la constitucionalidad quien pondere en cada caso (llegando incluso a excluirlo totalmente, si así lo estima adecuado) el alcance retroactivo de sus propios pronunciamientos». Todo ello ha ocurrido en ocasiones sin previsión legal pues, como expresa FERNÁNDEZ SEGADO (32), «los Tribunales Constitucionales (y el español no ha sido una excepción) han «puenteado» en numerosas ocasiones las previsiones legales, dando a sus sentencias unos efectos en ocasiones inéditos en los textos legales que los regulan». Tal actuación creadora de técnicas extramuros de la legislación existente, lejos de ser una muestra de su arbitrio y falta de respeto a la ley, es «una prueba irrefutable

(29) Para una visión general de la teoría de la invalidez en el Derecho administrativo *vid.* SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972; y BELADÍEZ ROJO, M., *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1994. Vid igualmente CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004; del mismo autor: «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2017; y «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, número 5, enero-diciembre 2018, págs. 7-29.

(30) FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas», en *Evolución de la Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 1.300 y ss. Este artículo se publicó previamente en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, Madrid, 2008, págs. 135-198.

(31) GARRORENA MORALES, A., «Artículo 164. Condiciones...», *op. cit.* pág. 348 y 349.

(32) FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El Tribunal Constitucional como legislador positivo», en *Revista Pensamiento Constitucional*, número 15, 2011, Pág. 133 y en «Evolución...», *op. cit.* pág. 1338.

de que no estamos ante órganos ciegos que ignoren las consecuencias que para la colectividad tienen sus decisiones (recordemos el adagio *fiat iustitia pereat mundus*), con el peligro que ello entraña, pues un *summum ius* puede traducirse a veces en una *summa iniuria*. De esta manera, «han creado técnicas decisorias propias, al margen de las decisiones legales, siendo bien significativo que, con posterioridad, el legislador ha positivado lo que ya jurisprudencialmente había creado el Tribunal Constitucional. La reforma de la *BVerfGG* de 21 de diciembre de 1970 constituiría el ejemplo paradigmático al positivizar (en el Art. 31.2) la técnica de las *declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad* (*Unvereinbarkeitserklärung*), que había creado jurisprudencialmente el propio Tribunal».

Efectivamente, y como señala el propio FERNÁNDEZ SEGADO (33) en otro sitio, en los primeros años de vida del Tribunal Constitucional Federal, este vinculó los términos *inconstitucionalidad* (*verfassungswidrig*) y *nulidad* (*Nichtigkeit*) a través prácticamente de una relación biunívoca, de tal modo que a la primera se anudaba la segunda. La situación iba a cambiar, sin embargo, a partir de 1958, al declarar una ley inconstitucional sin anudarle la declaración de nulidad, con lo que se quebraba por primera vez el binomio inconstitucionalidad-nulidad. En 1970 (ley de 21 de diciembre de 1970), la *BVerfGG* iba ser modificada con el objeto de positivizar lo que ya venía siendo una pauta consolidada del Tribunal. Y lo cierto es que, en la actualidad, ha constatado entre nosotros CAAMAÑO ANIDO (34), es cada vez más frecuente, especialmente en materia tributaria, que la norma declarada inconstitucional conserve su vigencia hasta que el legislador dé cumplimiento al mandato del juez constitucional de modificar aquella. De este modo, no hay lugar a plantearse la eventual anulación de los actos dictados sobre la base de dicha norma.

En lo que se refiere a nuestro país, un estudio con una cierta profundidad de la jurisprudencia constitucional descubre (*vid.* GONZÁLEZ-VARAS (35)) dos evidencias: la primera es que es conocida la diferenciación que propugna el Tribunal Constitucional alemán entre «nulidad» y «fallo de inconstitucionalidad no anulatorio», evitando así de entrada la posible aplicación del criterio temporal *ex tunc*; la se-

(33) FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número. 10, 2008, Págs. 166 y 167 y en «Evolución de la Justicia Constitucional...», *Op. cit.* pág. 1101.

(34) CAAMAÑO ANIDO, M. A., «Nulidad de la norma tributaria y devolución de los ingresos indebidos», en *Anuario de Facultade de Dereito*, número 1, 1997, pág. 175.

(35) Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales», en *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009. Págs. 361-367.

gunda es que el Tribunal Constitucional español ha permitido continuar aplicando, tal y como ocurre en el modelo austriaco, la ley declarada inconstitucional (36), a lo que habría que añadir, que no han sido ni mucho menos excepcionales los supuestos en los que el supremo intérprete de la Constitución ha dado eficacia *prospectiva* a las sentencias anulatorias de leyes al margen de la literalidad del artículo 40 de la LOTC, con la finalidad de salvar los actos administrativos firmes dictados en aplicación de aquéllas.

En este contexto se publicó el 25 de noviembre de 2005 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, Serie A) un proyecto de Ley para la reforma de la LOTC que daría luego lugar a la Ley Orgánica 6/2007 (37), y que, como señalaba su Exposición de Motivos, contemplaba determinados aspectos novedosos en lo referido a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, pues «si bien estas sentencias de inconstitucionalidad llevarán aparejada la declaración de nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados como regla general, ello será sin perjuicio de que *quepa declarar únicamente su inconstitucionalidad, o de que puedan diferirse los efectos de la nulidad por un plazo no superior a tres años*. Esta última posibilidad de diferir los efectos de la nulidad habilita al Tribunal Constitucional para conceder un plazo extraordinario de suspensión de la eficacia de la nulidad de los preceptos inconstitucionales a la espera de su sustitución por el legislador, siempre que expresamente se justifique la concurrencia de algún interés constitucional que resulte protegido por la adopción de este efecto extraordinario» (38).

(36) En esta línea, menciona GONZÁLEZ-VARAS la STC 19/1987 que estableció que hasta que el legislador español no dictase una nueva Ley ajustada a la STC, los tributos habrían de continuar fijándose conforme a la Ley de Haciendas Locales afectada por el fallo constitucional. Encuentra el citado autor otros ejemplos en las SSTC 36/1991 (declarando la validez del sistema legal de tutela de los menores, de tipo judicial, hasta que el legislador instaure un nuevo sistema ajustado a dicha STC), 222/1992 (la prestación no sólo ha de ser para mujeres, sino también para hombres), 195/1998 (para evitar daños ambientales en el Parque Natural de Santoña), 208/1999 y 61/1997.

(37) Comenta esta reforma FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007.

(38) Conforme a estos objetivos expresados se proponía una nueva redacción del artículo 39 de la LOTC que los siguientes términos: «1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años (...). 3. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia.»

Pues bien, pese a que en el informe del CGPJ al Anteproyecto se valoraba positivamente la innovación (39), y que éste no hacía sino recoger, en gran medida, la propia jurisprudencia existente del TC en ese momento, el precepto finalmente desaparecería en el trámite de enmiendas al articulado (40) y ello, a pesar de la buena acogida que tuvo la propuesta por la doctrina especializada (41).

(39) En el mismo se apuntaba que la complejidad del sistema normativo actual aconsejaba, como ha denunciado en tantas ocasiones la doctrina y como han previsto ya otros ordenamientos europeos de nuestro entorno, así, en el caso de la Ley del Tribunal Constitucional austriaco, «adoptar un sistema que permitiese compatibilizar la declaración de inconstitucionalidad (por tanto, el cumplimiento de la función principal encomendada al Tribunal Constitucional, preservación del texto constitucional y depuración del ordenamiento), con la conveniencia de retrasar, en ocasiones, los efectos de tal declaración atendido el interés general, el propio interés preservado por la constitución. A lo anterior no ha sido ajeno el propio Tribunal Constitucional, que ha dado ya algunos pasos en esta línea».

(40) En trámite de enmiendas (BOCG, Congreso de los Diputados, de 23 de febrero de 2006) afirmaba el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que la redacción que se da al artículo 39 «abre un panorama para los aplicadores de las normas, en primer término, y para la ciudadanía, en términos generales, confuso y vulnerable, toda vez que en el lapso de tiempo dilatado que se le otorga al legislador para reponer la ley declarada inconstitucional, los jueces y tribunales deberán aplicar una ley que no ha sido anulada o enfrentarse a una posible cuestión de inconstitucionalidad por inaplicar una ley que, si bien deviene inconstitucional, sigue vigente hasta su sustitución. Ello, sin entrar en otros supuestos en los que puedan afectarse derechos fundamentales. El legislador debe ejecutar las sentencias en el menor tiempo posible y no cabe que se le exima o atenúe tal obligación mediante privilegios que resultan totalmente contrarios a la seguridad jurídica. Lo que ha venido siendo excepcional —y altamente criticado— hasta la fecha, quiere pasar a ser «normal» si contemplamos que en los escasos supuestos en que se ha diferido la nulidad a la sustitución de la norma el legislador ha tardado más de lo habitual en cualquier proceso legislativo en aprobar la correspondiente norma». Para el Grupo Popular en el Congreso, «el Tribunal Constitucional no puede sustituir al legislador: facultarle para suplir lagunas normativas es atribuirle facultades legislativas, lo que es inconstitucional. El plazo de inconstitucionalidad con nulidad diferida es demasiado amplio, generando una enorme inseguridad jurídica». Finalmente consideraba el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), que «la introducción de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma pueda independizada de su nulidad, de forma absoluta y permanente, no encuentra apoyo en el artículo 161 de la Constitución». En estas circunstancias las previsiones que aquí comentamos desaparecerían del informe de la Ponencia publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados el 5 de diciembre de 2006.

(41) En palabras de DÍAZ REVORIO —«Tipología y efectos...», *Op. cit.* pág. 314— la propuesta de reforma «debe valorarse positivamente en líneas generales, pues incorpora nuevos modelos de decisión que permiten matizar los efectos de la inconstitucionalidad. Dichos modelos eran necesarios porque tanto el derecho comparado, como la propia práctica previa del tribunal (producida a veces al margen, y a veces en contra de la LOTC) habían puesto de relieve la necesidad de acudir a esos instrumentos como solución más idónea para hacer frente a ciertas hipótesis de inconstitucionalidad y reparar la misma. En concreto, resultaba imprescindible la ruptura del vínculo, antes indisoluble, entre inconstitucionalidad y nulidad, permitiendo la mera inconstitucionalidad y la nulidad diferida, tal y como apunta el nuevo artículo 39.1» Del mismo autor *vid*: «Tribunal constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional de 2007», en *Estudios Constitucionales*, año 7, número 2, 2009. Igualmente valora positivamente estas novedades ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85, enero-abril 2009, págs. 11-43.

3. La STC 45/1989 como punto de inicio de la «doctrina prospectiva» (42)

Lo cierto, es que la doctrina relativa a los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, de la que únicamente se salvarían las sentencias firmes *ex artículo 40 LOTC*, va a ser revisada prontamente por el TC en su sentencia 60/1986, de 20 de mayo, por la que se declaraban inconstitucionales los artículos. 3, apartado 2, párrafo 3, y 6, apartado 2, párrafo 2, del Real Decreto-ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de reforma administrativa, y en la que, de manera totalmente pragmática, se puntualiza (FJ 5 *in fine*) que «esta anulación no ha de comportar, sin embargo, la de los actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas».

Más importancia tuvo, por su repercusión, la STC 45/1989, de 20 de febrero, en la que se declaraban inconstitucionales determinados preceptos de la Ley del IRPF relativos a la tributación conjunta de los cónyuges, y en la que (FJ 11), tras explicarse que «las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 LOTC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad», determinaba dos cosas: (i) que la «vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (no) es, sin embargo, siempre necesaria» (43), y (ii) que «los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado (no) vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento», concluyendo que:

(42) Comenta esta sentencia ZORNOZA PÉREZ, J.J., «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», en *Revista española de Derecho Constitucional*, año 9, 1989.

(43) Con esta sentencia, señala FERNÁNDEZ SEGADO, F.,—«El Tribunal Constitucional...», *Op. cit.* pág. 140— «el Tribunal no solo se separaba de las previsiones legales, dando vida al margen del texto legal a las decisiones de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad, situándose en la estela del BVerfG, sino que, a la par, rompía tajantemente con el binomio inconstitucionalidad/nulidad».

«Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría —como con razón observa el representante del Gobierno— un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales».

Este posicionamiento del supremo intérprete de la Constitución, llevó en su momento a GARCÍA DE ENTERRÍA a afirmar, que dicha sentencia era la primera que acogía en nuestro país, con plena consciencia, la doctrina de la llamada por el Tribunal Supremo americano «prospectividad» del fallo (efectos a partir de la fecha de éste), frente a la tradición de la «retroactividad» de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley(44). Se operaba de esta forma, al igual que ocurría en otros sistemas constitucionales(45) (sentencia *Linkletter* de 1965, *Stovall* de 1967 del Tribunal Supremo americano, sentencia *Defrenne*(46) de 8 de

(44) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 61, 1989. Se ve claro, apunta el profesor —pág.15—, «que el Tribunal Constitucional se ha sentido verdaderamente alarmado por la real catástrofe financiera que habría ocasionado una nulidad retroactiva de los preceptos impugnados. Es, justamente, la relación estrecha entre ambos conceptos (nulidad=catástrofe) la que le ha llevado a buscar en el ordenamiento constitucional otra solución y ha creído haberla encontrado en la adopción del criterio de la inconstitucionalidad prospectiva, hoy establecido y admitido por los más importantes sistemas de justicia constitucional e internacional del mundo entero».

(45) Efectivamente, y como recuerda GARRORENA —«Artículo 164. Condiciones y efectos...», *op. cit.* págs. 356 y 357—, por aquél entonces, se estaban produciendo en otros sistemas constitucionales cambios bien conocidos en nuestro país terminarían por influir sobre la práctica española. En concreto, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había optado ya desde la sentencia *Linkletter v. Walker*, 1965 y sentencia *Stovall v. Denno*, 1967 por acoger la doctrina de la *prospectivity*, partidaria de la irradiación de los efectos del fallo tan sólo hacia el futuro cuando la revisión del pasado, pudieran derivarse costes inconvenientes o inasumibles en la práctica. La jurisprudencia alemana, por su parte, había comenzado a dictar sentencias de «mera incompatibilidad» o hasta sentencias tan sólo «apelativas» a fin de eludir por esta vía la causación de efectos *pro praeterito*. Con clara conciencia, pues, de la existencia de este contexto comparado, el TC hubo de emitir sentencia a principios de 1989 sobre un asunto que contenía todos los ingredientes necesarios para posibilitar un replanteamiento serio de su doctrina anterior sobre los efectos temporales de las decisiones de inconstitucionalidad.

(46) Sobre la retroactividad de la declaración de una norma reglamentaria por el TJUE es muy interesante WIEDMANN, A., «Non-retroactive or prospective ruling by the Court of Justice of the European Communities in preliminary rulings according to Article 234 EC», en *The European Legal Forum* (E) 5/6-2006, 197-203.

abril de 1976 del TJUE, y sentencia *Marckx* de 13 junio de 1979 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos), limitando los efectos pro-pasado de las sentencias.

A partir de ese momento, y dicho por GARRORENA MORALES (47), el Tribunal Constitucional abrió dos claras líneas de revisión en su jurisprudencia sobre el tema pues, en primer lugar, intentaba ensanchar el ámbito de las situaciones protegidas por la irretroactividad, extendiendo esa cobertura a figuras distintas de la cosa juzgada —único supuesto contemplado por el artículo 40.1 de la LOTC—: las actuaciones administrativas firmes; y, en segundo término, reclamaba para sí, un amplio margen de decisión en orden a la casi libre determinación de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad, abriendo con ello una nueva lectura de la LOTC. Todo ello, admitiendo, igualmente, la posibilidad de deslindar la declaración de inconstitucionalidad de la nulidad de la norma.

La doctrina de la STC 45/1989, que preconiza, al margen de la literalidad de la norma, la eficacia *pro futuro* de las sentencias de inconstitucionalidad para declarar la intangibilidad de los actos administrativos firmes aplicativos de leyes inconstitucionales, ha sido reiterada posteriormente por el TC en repetidas ocasiones, especialmente en el ámbito tributario, con base al principio de seguridad jurídica (48) y en evitación de los males mayores a los que llevaría una interpretación estricta del artículo 40 de la LOTC (49). Incluso ha llegado nuestro

(47) GARRORENA MORALES, Ángel, «Artículo 164. Condiciones y efectos...», *op. cit.* pág. 357 y 358.

(48) Sobre su significado *vid.* BERMEJO VERA, J. «El principio de seguridad jurídica», en VV.AA., *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, J.A SANTAMARÍA PASTOR (Director) La Ley 2010. Págs. 73-109. *Vid.* igualmente, en monográfico que la revista Documentación Administrativa dedicó al principio de seguridad jurídica en sus números 263-264 (2002).

(49) *Vid.* STC 146/1994, de 12 de mayo, relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del IRPF, en la que el Tribunal Constitucional señala: «En lo que toca a los efectos de esta Sentencia, según ya se dijo en la STC 45/1989, corresponde a este Tribunal precisar el alcance de la nulidad en lo que se refiere al pasado, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento y, a tal fin, debemos establecer que las situaciones consolidadas, sea mediante Sentencia firme (art. 40.1 LOTC) o por actuaciones administrativas firmes (art. 9.3 C.E) no son susceptibles de ser revividas como consecuencia de la nulidad que declaramos, la cual no podrá justificar una pretensión de devolución de ingresos indebidos». *Vid.* igualmente, entre otras: STC 179/1994, de 16 de junio; STC 195/1994, de 28 de junio; STC 105/2009, de 4 de mayo; STC 185/1995, de 5 de diciembre; STC 180/2000, de 29 de junio; STC 194/2000, de 19 de julio; STC 289/2000, de 30 de noviembre; STC 234/2001, de 13 de diciembre; STC 3/2003, de 16 de enero; STC 48/2004, de 25 de marzo; STC 193/2004, de 4 de noviembre; STC 189/2005, de 7 de julio; STC 179/2006, de 13 de junio; STC 295/2006, de 11 de octubre; STC 162/2009, de 29 de junio; STC 176/2011, de 8 de noviembre; STC 27/2012, de 1 de marzo; STC 161/2012, de 20 de septiembre; STC 196/2012, de 31 de octubre; STC 9/2013, de 28 de enero; STC 60/2013, de 13 de marzo; STC 86/2013, de 11 de abril; STC 93/2013, de 23 de abril; STC 131/2013, de 5 de junio; STC 219/2013, de 19 de diciembre; STC 40/2014, de 11 de marzo; STC 110/2014, de 26 de junio; STC 22/2015, de 16 de fe-

supremo interprete de la Constitución a afirmar en su STC 111/2016, de 9 de junio, por la que declaran inconstitucionales y nulos determinados preceptos de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en la redacción dada a los mismos por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, que «correspondiendo a este Tribunal precisar los efectos de la nulidad (STC 45/1989, de 20 de febrero), razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) imponen en este caso acotar todavía más esos efectos: la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición controvertida (Disposición Adicional Decimosexta de la LBRL) habrá de producir efectos *ex nunc*, a partir de la publicación de la presente Sentencia, sin que, por tanto, resulten afectados por ésta los presupuestos, planes y solicitudes ya aprobados por juntas de gobierno locales ni los actos sucesivos adoptados en aplicación de los anteriores, *hayan o no devenido firmes en la vía administrativa* (50)».

brero, STC 60/2015, de 18 de marzo; STC 272/2015, de 17 de diciembre; STC 25/2016, de 15 de febrero; STC 26/2016, de 18 de febrero; STC 140/2016, de 21 de julio y STC 164/2016, de 3 de octubre, en la que se declara que, «siguiendo la doctrina recogida —entre otras muchas— en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, 180/2000, de 29 de junio, FJ 7, 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la modulación de los efectos de nuestro pronunciamiento se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, como también hemos reconocido en el fundamento jurídico 7 de la STC 219/2013, de 19 de diciembre». Vid igualmente las más recientes y significativas STC 55/2017, de 11 de mayo, por la que se declara la nulidad varios preceptos de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; y STC 133/2017, de 16 de noviembre, por la que se declara inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y el título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, pronunciamiento de inconstitucionalidad que «no afectará a las adopciones que sean firmes en la fecha de publicación de esta Sentencia, pues el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, aconseja limitar los efectos de esta resolución a aquellos procesos de adopción que se encuentren en curso (los cuales deberán adecuarse a los dictados de las normas civiles del Derecho común y a las procesales de carácter estatal) además, lógicamente, de a los que se inicien con posterioridad a dicha publicación». Más recientemente, *vid.* la STC 61/2018, de 7 de junio, por la que se estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo en la que se concluye: «Debemos limitar los efectos de las anteriores declaraciones de inconstitucionalidad y nulidad de parte de los preceptos del Real Decreto-ley 5/2013, en el sentido de que no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas. Entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes (SSTC45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 180/2000, de 29 de junio, FJ 7; 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9; 27/2012, de 1 de marzo, FJ 10; 86/2013, de 11 de abril, FJ 5, y 206/2013, de 5 de diciembre, FJ 3)».

(50) La cursiva es nuestra.

4. Doctrina prospectiva y leyes urbanísticas

Como no podría ser de otro modo, esta «doctrina prospectiva» ha tenido aplicación en el ámbito urbanístico. Tras el silencio de las SSTC 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio, el TC analizó esta cuestión en su importante, a estos efectos, STC 54/2002, de 27 de febrero, en la que, tras declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, en la medida en que determinaba para los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización un deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico lucrativo o, en el supuesto de obras de rehabilitación, el 10 por 100 del incremento del aprovechamiento urbanístico, añadió (FJ 9) que:

«El principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En efecto, al igual que dijimos en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), 180/2000, de 29 de junio (FJ 7), sobre la Ley riojana 2/1993, de presupuestos, y 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 7), sobre Ley balear reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia *ex tunc* a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los Municipios vascos como por los particulares, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el art. 142 CE.» (51).

(51) En el mismo sentido se ha pronunciado la STC 365/2006, de 21 de diciembre, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 51.1.2 d) y e), 69.2 a) 1, 2 y 3, y b), y 71.3 de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, en la medida en que imponen deberes de cesión en suelo urbano consolidado contraviniendo con ello la condición básica establecida en el art. 14 LRSV.

Aplica igualmente esta doctrina la STC 51/2004, de 13 de abril, por la que se declaraba inconstitucional y, en consecuencia, nulo el adverbio «també» incluido en el inciso segundo de la disposición transitoria octava del Texto Refundido de la legislación vigente en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, en la medida en que añadía a la competencia municipal de iniciativa en materia de planeamiento, la de la Comisión de Urbanismo de Barcelona(52).

En parecidos términos se ha manifestado la STC 178/2004, de 21 de octubre (en la misma se declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, y posterior artículo 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril) y la STC 14/2007, de 18 de enero, en la que declara inconstitucional y nulo el inciso «o subsidiariamente el 0,2 metros cuadrados de superficie construida o de techo de uso residencial por cada metro cuadrado de suelo» del artículo 19 a) de la Ley del Parlamento Vasco 9/1989, en cuanto que establece una regla de valoración que únicamente corresponde regular al Estado, vulnerando con ello el orden de distribución de competencias al incidir en un ámbito competencial reservado al Estado por los arts. 149.1.1 y 149.1.18 CE, precisando (FJ 9) que «más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC y en aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica en el asunto que nos ocupa, esta declaración de inconstitucionalidad no podrá alcanzar a aquellos procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que haya recaído una resolución firme».

Es lo cierto, como ha quedado dicho más atrás, que la STC 61/1997, de 20 de marzo, que liquidó en su casi totalidad el TRLS de 1992, no estableció cuales eran sus efectos *pro pasado*, pero este hecho no evitó, sin embargo, que la doctrina entendiera como un resultado natural de la misma, no solo la necesaria pervivencia de las sentencias con valor de cosa juzgada, sino también la de las resoluciones administrativas firmes. Así.

(52) En la misma declara el TC que «el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) debe ser ponderado en esta decisión para impedir que una indiscriminada extensión del vicio de incompetencia que esta Sentencia declara a las modificaciones del Plan general metropolitano afectadas por él conduzca a una situación de inseguridad con respecto a las situaciones jurídicas y fácticas mencionadas que no podría justificarse siquiera con la invocación de la gravedad del vicio de inconstitucionalidad constatado. En consecuencia, procede declarar que con respecto a las modificaciones del Plan general metropolitano que procedan del ejercicio de la competencia de iniciativa autonómica atribuida con exceso en el ejercicio de la delegación legislativa y de forma contraria a la autonomía municipal y que hayan sido aprobadas definitivamente antes de la publicación de esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» la declaración de nulidad sólo tendrá efectos, en su caso, si contra ellas se hubiera formulado una impugnación directa o indirecta, que esté pendiente de resolución en la citada fecha y en la que se haya hecho valer el defecto de la incompetencia de la Administración autonómica. También tendrá efectos la declaración de nulidad, en su caso, si contra los acuerdos de aprobación definitiva de dichas modificaciones todavía pudiera interponerse recurso directo en la mencionada fecha».

BLASCO ESTEVE (53), distinguió dos supuestos: a) actos confirmados por sentencias firmes, respecto de los que no existe ninguna duda de su insusceptibilidad de revisión a la luz del artículo 40 de la LOTC; y b) los restantes actos firmes, respecto de los cuales, y pese a las dudas que puedan plantearse, aboga igualmente por su no revisión, con el argumento principal de que la aplicación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), «lleva a impedir la remoción de actos administrativos firmes en un caso como éste en que la tesis contraria comportaría unas consecuencias desorganizativas de enorme calibre en el orden práctico. Este argumento (continúa señalando) ya había sido destacado por la doctrina alemana (evitar el «caos») y había sido utilizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia Defrenne, de 8 de abril de 1976), así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia Marckx de 13 de junio de 1979)» (54).

5. ¿Admisión como regla general de los efectos prospectivos de las sentencias a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional?

Habrá que preguntarse si esta doctrina prospectiva del TC supone la inatacabilidad de los actos administrativos firmes aunque nada diga la sentencia. Así lo entiende PUNSET BLANCO (55) para quien «la insoslayable concurrencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad (a los que expresa o implícitamente alude el párrafo transcrito de la STC 45/1989) lleva a sostener que los actos administrativos firmes no sancionadores son inmunes a los pronunciamientos anulatorios del Tribunal, tanto si éste se manifiesta en tal sentido (lo que tendría un valor simplemente declarativo) como si no efectúa manifestación alguna al propósito».

En la misma línea GARRORENA MORALES (56) constata que el criterio hoy más común en la doctrina constitucionalista, (no es, sin embargo, el suyo), consiste en mantener que «en el modelo español los efectos *erga omnes* derivados del fallo de inconstitucionalidad no tienen carácter retroactivo ni llevan a revisar las situaciones producidas al amparo de la ley estimada inconstitucional, salvo que (...) se trate de una norma de carácter sancionador y se den las circunstancias a que se refiere el artículo 40.1

(53) BLASCO ESTEVE, A., «Efectos de la Sentencia constitucional sobre la Ley del Suelo respecto de planes urbanísticos y sus actos de ejecución», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 273, 1997, págs. 13-28.

(54) *Ibidem* págs. 25 y 26.

(55) PUNSET BLANCO, R., «Canon, carácter vinculante», *op. cit.*, pág. 98.

(56) GARRORENA MORALES, Á., «Artículo 164. Condiciones y efectos...», *op. cit.* pág. 360 y 361.

de la LOTC., única excepción de eficacia vuelta hacia el pasado». Nuestra doctrina, continua señalando, invierte así, de forma mayoritaria, la lectura de la LOTC que inicialmente hiciera y viene a parar en que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma no comporta su nulidad sino tan sólo su anulabilidad o cesación de vigencia, punto de arribo éste que, por lo demás, encaja bastante bien con el hecho de que ahora sea prácticamente el libre criterio del Tribunal el que determine o *constituya* el momento inicial de la causación de tales efectos».

Aquí sin embargo, y en sentido contrario, creemos más correcto mantener a la vista de nuestro Derecho positivo constitucional y conforme a la propia ortodoxia de la teoría de la nulidades, que la inatacabilidad de los actos administrativos firmes no es la regla sino que, por el contrario, exige que sea establecida expresamente en el propio fallo de la sentencia constitucional (57). En tanto eso no ocurra, habremos de estar a la literalidad del artículo 40 de la LOTC, para dejar únicamente subsistentes las sentencias firmes. En este sentido, hay que estar de acuerdo con ALONSO GARCÍA (58), cuando significa que «los artículos 39.1 y 40.1 LOTC pueden interpretarse en el sentido de que, no pudiendo en todo caso removerse situaciones consolidadas por sentencia firme (por imperativo del 40.1) (59), pueden removerse el resto de las situaciones, lo cual no impide que el TC pueda modular tal regla general siempre sobre la base de principios jurídicos que apoyen la limitación de la eficacia de la nulidad». En este sentido añade el citado autor, que «siendo la regla general la retroacción de los efectos de la nulidad (...), todas las limitaciones a esa retroactividad, no impedidas por la LOTC, tienen que motivarse jurídicamente sobre la base de principios generales o positivos incardi-

(57) Declara en este sentido la STS de 14 de mayo de 2003 (recurso 4152/2000) que: «la cuestión relativa a la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley, salvo cuando la propia sentencia se pronunciase expresamente sobre ello, ha sido objeto de polémica (...). Sin embargo, como esta Sala del Tribunal (Sección Sexta) ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, 20 de enero, 17 de febrero, 3 y 17 de marzo y 27 de octubre de 2001, (que) la interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional avala la tesis de la eficacia *ex tunc* de las sentencias de dicho Tribunal declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley, dado que en dicho precepto se excepciona exclusivamente la eficacia retroactiva respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión como consecuencia de dicha retroactividad». *Vid.* igualmente, STS de 10 de marzo de 2004 (recurso 2658/2001).

(58) ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal constitucional y la eficacia de sus sentencias anulatorias», en *Revista de Administración Pública*, número 119, mayo-agosto 1999, págs. 263 y 264.

(59) Como señala el propio ALONSO GARCÍA —*Ibidem*, pág. 255—, del artículo 40 LOTC «se extrae una consecuencia importante referente a la eficacia temporal: la anulación de una norma con rango de ley, con la salvedad apuntada en la segunda parte del párrafo recién citado, en ningún caso puede permitir revisar actos de aplicación resueltos por Sentencia firme. Esto es evidente. Lo que queda en el aire es lo que sucede con relación al resto de los actos de aplicación no incluidos en esa categoría de «resueltos por Sentencia firme»».

nados en el ordenamiento: facultad para precisar el alcance temporal de la nulidad declarada, pero siempre fundamentada jurídicamente en cada caso concreto» (60).

BOCANEGRA SIERRA (61), en el mismo sentido manifiesta que «la sanción de las Leyes que violan lo establecido en la Constitución es la de su nulidad de pleno Derecho, que se produce ipso iure con la consiguiente eficacia *ex tunc*, sin perjuicio de que en ocasiones pueda ser conveniente la renuncia a aplicar rígidamente esas consecuencias, del mismo modo que por razones de seguridad jurídica pueden limitarse también esos efectos de la nulidad». Y ello es así, porque la ineficacia *ex tunc* de las leyes inconstitucionales, «tiene también sus desventajas o sus inconvenientes, que exigen, en ocasiones, limitar la actuación retroactiva que lleva consigo, unas veces por medio de estas medidas fundadas en la seguridad jurídica, otras, como en el caso de las sentencias que declaran una norma «incompatible» con la Constitución, pero no nula, por medio de técnicas que impidan la producción de resultados innecesarios o perturbadores». (62) A este respecto, la STC 111/2014, de 26 de junio, ha dejado claro —tras afirmar que «los efectos de la anulación de una ley por sentencia no son siempre *ex nunc*, ni pueden equipararse a la derogación»— que corresponde al TC «ponderar en cada caso los efectos y el alcance del fallo atendiendo a las circunstancias concurrentes y a los valores y principios constitucionales en presencia».

Esta limitación de los efectos retroactivos no deriva pues de una supuesta regla general relativa a la reconstrucción de la teoría de las nuli-

(60) En el mismo sentido se ha pronunciado BELADÍEZ ROJO, M., «*Validez y eficacia de los actos administrativos...*», *op. cit.*, pág. 357, al concluir que la retroactividad de la sentencia no tiene carácter absoluto, pudiendo ser limitada por el Juez cuando así lo exija alguno de los principios constitucionales que amparen valores necesitados de una mayor protección que el de la estricta legalidad, si bien esta limitación se produce porque el caso concreto así lo exige, no porque la seguridad jurídica obligue con carácter general a limitar los efectos hacia el pasado que puedan producir esa sentencia.

(61) BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Colección Estudios, Madrid 1982, Págs. 241 y ss.

(62) A conclusiones semejantes llega DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al artículo 40» en VV.AA. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.* (no se menciona la página por haber sido consultada en formato electrónico): «la retroactividad propia del instituto de la nulidad ha admitido siempre excepciones para salvaguardar otros valores o intereses (protección de la apariencia —registral o no—, de la buena fe del tercero, del interés público, etc.)» consecuentemente, «no puede descartarse que también quepa admitir excepciones a la efectividad retroactiva de la declaración de nulidad propia de la inconstitucionalidad de la ley siempre que resulten justificadas. Tales excepciones podrían incorporarse a la propia LOTC, como de hecho se incorporan al primer inciso del art. 40.1 LOTC, pero no está vedado que sean producto de la aplicación de principios generales por el TC, e incluso, bajo determinadas circunstancias, por los órganos judiciales al resolver pretensiones que resulten condicionadas por los efectos de una Sentencia constitucional». Si bien añade que «pese a esta excepcional modulación de los efectos que la nulidad de la ley ha de producir en situaciones jurídicas consolidadas, la jurisprudencia constitucional ha partido siempre de la excepcionalidad de la limitación de los efectos a la retroactividad impuesta por el art. 40.1 LOTC».

dades y de sus efectos *ex tunc*, sino justamente de la necesidad de dar curso a un pragmatismo en evitación de daños mayores; son razones prácticas las que están, a la postre, en el sustrato de las decisiones del TC. Por ello, no podemos sino estar de acuerdo con la mejor doctrina constitucionalista (63) cuando postula, como ya ha quedado dicho más atrás, la inconveniencia de una aplicación rígida de «estrictas categorías dogmáticas», constatando en este campo el fenómeno del desbordamiento de las fórmulas legales por parte de los Tribunales Constitucionales. (64) El punto al que se ha llegado de esta forma, en salvaguarda de principios como el de seguridad jurídica, es a permitir, en contra de la propia configuración institucional de la nulidad de pleno Derecho, que el TC module los efectos en el tiempo de las nulidades derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, no a dar *en todo caso* efectos prospectivos a sus sentencias.

En definitiva, y como concluye GARRORENA (65), a partir de la STC 45/1989, «la retroactividad de los efectos de dicha declaración ya no es la regla; ha pasado a serlo (sin más excepción de eficacia hacia atrás imposible de eludir que la relativa al Derecho sancionador prevista por el art. 40.1 de la LOTC) la libre y prudencial determinación de tales efectos «prospectiva y pro futuro incluso, si así lo estima adecuado» realizada por el propio Tribunal». Equipara de esta forma el propio TC, sin habilitación legal alguna al respecto, sus facultades de moderación de los efectos temporales de las sentencias dictadas con ocasión de recursos de inconstitucionalidad de las Leyes, con las previstas por la LOTC para el caso de las sentencias que resuelven recursos de amparo o conflictos de competencia (66).

(63) *Vid.* FERNÁNDEZ SEGADO, F., en «Evolución de la justicia Constitucional...», *op. cit.*, pág. 1.321.

(64) Parece claro, en palabras de esta misma doctrina —*ibidem*, pág. 1321— «la necesidad de que el legislador no trate de sujetar de un modo absolutamente rígido al juez constitucional a la hora de discernir los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, dejándole siempre un cierto resquicio, un determinado margen de maniobra. El Tribunal debe siempre tener a su alcance la posibilidad de graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad a fin de poder acomodarlos a las consecuencias que extraiga de las ponderaciones que realice a la vista de los diferentes principios, bienes y valores constitucionales en presencia (...) (U)n Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias es algo que está fuera de toda duda».

(65) GARRORENA MORALES, Ángel, «Artículo 164. Condiciones y efectos...», *op. cit.* pág. 358.

(66) Para el primer caso, hay que recordar que el artículo 55 de la LOTC dispone que la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: «a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos». Para el segundo, el artículo 66 LOTC determina que «la sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma».

III. Sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad o que difieren en el tiempo sus efectos

1. Sentencias que disocian inconstitucionalidad y nulidad (67)

La anterior jurisprudencia caracterizada por basar su razonamiento en argumentos pragmáticos que alteran la ortodoxia de la teoría de las nulidades, ha llevado igualmente a nuestro TC a admitir, no solo la inatacabilidad de las resoluciones administrativas firmes dando efectos prospectivos a sus sentencias sino, también, la separación entre la declaración de inconstitucionalidad y la anulación del precepto conforme ocurre en la justicia constitucional alemana, desdoblamiento que se aplica de manera fundamental en los casos de *omisiones* del legislador (68).

Inicia este camino la ya mencionada STC 45/1989 (FJ 11), en la que, como se ha señalado, se declara por primera vez por nuestro TC que la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, pues quiebra los casos «en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su

(67) Pone de manifiesto GÓMEZ CORONA, E., «El control de constitucionalidad de la ley en España, análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-2008)», en *Revista de Derecho Político*, UNED, número 74, enero-abril 2009. Pág. 279, como la jurisprudencia constitucional ha acudido a este mecanismo en tres tipos de situaciones: inconstitucionalidad de preceptos contenidos en leyes de presupuestos que ya no están en vigor, la inconstitucionalidad de preceptos en que la tacha de ilegitimidad no estriba en su texto, por lo que la nulidad no puede remediar la situación de inconstitucionalidad y, en tercer lugar, los casos en que la declaración de nulidad puede provocar efectos perniciosos para la viabilidad del Estado desde un punto de vista económico.

(68) Señala a este respecto. GARRORENA MORALES, «Artículo 164. Condiciones y efectos...», *op. cit.* págs. 363 y 365, que «la costumbre de dictar este tipo de decisiones la introdujo el Tribunal Constitucional alemán antes incluso de que el artículo 31.2 de la BVerfGG, en su texto reformado de 1970, les diera reconocimiento legal al distinguir entre sentencias de *nulidad* y sentencias de simple *incompatibilidad* (*Unvereinbarkeit*). En nuestro Derecho, ningún precepto da cobertura todavía a tales «sentencias de mera inconstitucionalidad», e incluso parecería que el artículo 39.1 de la LOTC. las hace imposibles (.). Sin embargo, pasando por encima de la literalidad de dicha norma, la S.T.C. 45/1989 ha decidido incorporarlas a la práctica de nuestro Tribunal Constitucional. Lo ha hecho, como es lógico, refiriéndolas sobre todo a aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión del legislador en los que el clásico tratamiento anulatorio no resultaría de ninguna utilidad (...) y, en estricto cumplimiento de las reglas del tipo, lo ha hecho además remitiendo la solución del problema, como debe ser, a la libre capacidad de configuración del legislador («... únicamente al legislador le toca decidir...», «...sirviéndose para ello «añade» de su libertad de configuración normativa»). La S.T.C. 96/1996, por su parte, ha dado un paso más y le ha recordado al legislador que «... esa tarea... debe ser llevada a término dentro de un plazo de tiempo razonable». Y, finalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia del propio Tribunal han precisado que, hasta el momento en que esa intervención normativa se produzca, toda «sentencia de mera inconstitucionalidad» comporta asimismo un llamamiento provisional al juez ordinario para que, entre tanto, extraiga las consecuencias que proceda de la inconstitucionalidad declarada y las haga valer para el caso o los casos de los que esté conociendo; apelación añadida al juez que, en alguna ocasión, el Tribunal Constitucional ha hecho incluso expresa (S.T.C. 36/1991)».

omisión» (69). Acoge igualmente esta jurisprudencia la STC 96/1996, de 30 de mayo —se estiman parcialmente los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuanto desconoce las competencias en la materia de las Comunidades Autónomas del País Vasco y de Cataluña respecto de otras entidades de crédito distintas a las Cajas de Ahorro o a las Cooperativas de crédito (70)— en doctrina posteriormente repetida en la STC 235/1999, de 20 de diciembre (71).

(69) Como señala TC en la referida sentencia, el referido desdoblamiento «arranca de la constatación de que los preceptos de la Ley 44/1978 declarados inconstitucionales formaban parte de un sistema legal cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en términos compatibles con la Constitución». Siendo así, le cumple, al legislador, a partir de esta Sentencia, «llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados». Consecuentemente, declara exclusivamente, «la inconstitucionalidad del art. 4.2 de la citada Ley, en cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada». Sobre este tema *vid.* FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, J.J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría General. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 2008; GONZÁLEZ BELFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, 2000; DÍAZ REVORIO, F. J., «El control de inconstitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo», *Revista española de Derecho Constitucional*, número 61, enero-abril 2001; AHUMADA RUIZ, M.A., «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 8, enero-abril 1991. Más recientemente: FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, 2.º semestre 2008. Este artículo se ha publicado igualmente en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Evolución de la justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 1075 y ss.

(70) En la misma se señala (FJ 23): «La inconstitucionalidad del precepto, pues, debe ser remediada por el Legislador, en uso de su libertad de configuración normativa (...) Esta tarea legislativa que corresponde a las Cortes debe ser llevada a término dentro de un plazo de tiempo razonable».

(71) *Vid.* igualmente las STC 138/2005, de 26 de mayo (FJ 6); 273/2005, de 27 de octubre (FJ 9); STC 52/2006, de 16 de febrero (FJ 3); y STC 120/2010, de 24 de noviembre (FJ 6) en la que se señala: «como ya dijimos en la STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9 (con remisión a la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11) «no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando la razón de inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión», pues no se trata de suprimir o cancelar alguna de las partes de los preceptos cuestionados, sino al contrario, de ampliar su objeto, para incluir a aquéllos que han sido excluidos sin justificación ninguna. En conclusión, nos encontramos aquí, como también en las STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 3, «ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige, como dijimos en el fundamento jurídico 9 de la STC 273/2005, que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6) quien determine, en este caso, a la mayor brevedad, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ahora resulta vulnerado». Igual jurisprudencia se desprende de la STC 131/2010, de 2 de diciembre (FJ 6) que afirma que: «no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 6)». En el mismo sentido, STC 132/2010, de 2 de diciembre (FJ 3).

Sin embargo, no son únicamente los supuestos de *omisiones* —en los que el TC llama al legislador ordinario a ejercer sus potestades— los que justifican la disociación entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad. Como señala DÍAZ REVORIO (72), entre los supuestos en los que el TC ha procedido a la declaración de inconstitucionalidad, sin acompañarla de la nulidad, están aquéllos en los que ha entendido que la declaración de nulidad provocaría una situación más perjudicial que la existente dejando la norma en vigor, teniendo en cuenta los perjuicios que provocaría a los intereses generales la anulación de preceptos de importante alcance, que además ya han agotado sus efectos. Es paradigmática en este sentido la STC 13/1992, de 6 de febrero (FJ 17), en la que tras declararse inconstitucionales, por invadir las competencias que corresponden a la Generalidad de Cataluña, las partidas presupuestarias correspondientes al estado de gastos de los Presupuestos Generales del Estado para 1988, puntualiza en lo que se refiere a sus efectos en el tiempo, que «la anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña, a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas, y particularmente a la política económica y financiera del Estado»; además, «dichas partidas presupuestarias se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos». Siendo así, y como ya se hiciera en la STC 75/1989, «la pretensión de la Generalidad de Cataluña puede estimarse satisfecha mediante la declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas presupuestarias que han invadido sus competencias, sin necesidad de anular los citados preceptos presupuestarios ni menos todavía las subvenciones ya concedidas al amparo de los mismos. Por todo ello, el alcance de los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad acordada se limita a los futuros ejercicios presupuestarios posteriores a la fecha de publicación de esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”». (73)

Aplicación de esta doctrina la ha realizado igualmente la STC 150/2012, de 5 de julio, por la que se declararon inconstitucionales, por vulnerar competencias de la Comunidad Autónoma recurrente, determinados artículos y las disposiciones finales segunda y tercera del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre. Pues bien, se reconoce en esta sentencia que la anulación podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña,

(72) *Vid.* DÍAZ REVORIO, F. J., «El control de inconstitucionalidad de las omisiones...», *op. cit.*, pág. 117.

(73) En el mismo sentido SSTC 16/1996 (FJ 8) y 68/1996 (FJ 14), en la que se dice que «como ya hemos resuelto en otros supuestos similares (SSTC 13/1992, fundamento jurídico 17 y 16/1996, fundamento jurídico 8.º), la pretensión de la Comunidad Autónoma recurrente puede entenderse satisfecha mediante la sola declaración de inconstitucionalidad de aquellas partidas que han invadido sus competencias, toda vez que la anulación de las mismas podría irrogar graves perjuicios a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas».

a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas, y particularmente a la política económica y financiera de los Ayuntamientos. Junto con lo anterior, «las subvenciones se refieren a un ejercicio económico ya cerrado y han agotado sus efectos». Siendo así, señala el TC, «nuestro pronunciamiento, que debe incluir la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad, ha de realizarse con respeto, en todo caso, de las ayudas que ya hayan sido concedidas». El alcance no anulatorio de la mencionada sentencia de inconstitucionalidad es posteriormente confirmado por el ATC 120/2015, de 7 de julio, en el que se aclara que la STC 150/2012, «si bien declaró la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del Real Decreto-ley impugnado, no acordó su nulidad, pues «su anulación podría suponer graves perjuicios (...)» El Tribunal en aquella Sentencia no hizo, como si ocurre en otras ocasiones en que apreció la inconstitucionalidad de preceptos que atribuían al Estado poderes de gestión de ciertas ayudas (por todas, SSTC 173/2012, de 15 de octubre, y 243/2012, de 17 de diciembre) un pronunciamiento de nulidad de la norma impugnada, seguido de una modulación de los efectos de esta nulidad orientada a conservar los efectos jurídicos de ciertos actos aplicativos de aquélla. Se limitó, por el contrario, a afirmar, tanto en los fundamentos jurídicos 16 y 17 como en el fallo, que tales preceptos eran inconstitucionales, señalando expresamente el objeto para “precisar el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 13/2009”». En consecuencia, «el pronunciamiento de inconstitucionalidad hecho en la STC 150/2012 tiene un carácter meramente declarativo, en el sentido que establece quien es el titular de la competencia implicada, pero sin incidir en la situación concreta que conforma el sustrato de aquel proceso constitucional, no alterando para nada el sujeto que ha de ejercerla por lo que hace a las actuaciones pendientes relativas a las subvenciones ya concedidas, que son expresamente respetadas» (74).

MAS BADÍA (75), por su parte, ha estudiado detenidamente el desdoblamiento inconstitucionalidad-nulidad en el caso de los conflictos

(74) Por lo demás, declaraciones de este tipo se han realizado por el Tribunal Constitucional igualmente con ocasión del enjuiciamiento de conflictos positivos de competencia; *vid.* a este respecto la STC 95/2002, de 25 de abril (FJ 22), «ha de tenerse en cuenta que tanto el Acuerdo tripartito suscrito el 22 de diciembre de 1992, como la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado para 1993, ya han «agotado sus efectos, y que se podría estar afectando a situaciones consolidadas» (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 13). Con base en esta relevante circunstancia, y al igual que decidimos en otros casos semejantes (SSTC 75/1989, de 21 de abril, 13/1992, de 6 de febrero, 79/1992, de 28 de mayo, 186/1999, de 14 de octubre, 98/2001, de 5 de abril, y 188/2001, de 20 de septiembre), procede entender que la pretensión autonómica puede estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular los preceptos objeto de impugnación».

(75) MAS BADÍA, M. D., «El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles. especial referencia a las valencianas», en *Derecho Privado y Constitución*, número 31, enero/diciembre 2017, págs. 317-386, págs. 336-338.

de competencia, supuesto en el que el TC ha consolidado una doctrina que distingue entre aquellos supuestos en los que la disposición viciada de incompetencia ha agotado ya sus efectos (76) y aquellos otros en que tal disposición todavía sería susceptible de seguir produciéndolos. En la primera hipótesis, la pretensión del recurrente queda «satisfecha mediante la declaración de la titularidad de la competencia controvertida sin necesidad de que haya de procederse a la anulación de los preceptos correspondientes» (STC 75/1989). Solo en el segundo supuesto, el TC declara la nulidad de pleno derecho de los preceptos viciados de incompetencia para evitar que sigan aplicándose en lo sucesivo (pro futuro). Pero mantiene la eficacia jurídica de las resoluciones que aplicaron en el pasado la disposición conflictiva (las subvenciones ya concedidas), con el fin de «conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad» de la disposición impugnada con base en el art. 66 LOTC.

2. Sentencias que posponen los efectos de la declaración de nulidad

Y junto con lo anterior, la ponderación de los intereses en juego ha llevado igualmente a nuestro TC, como ocurre en el sistema austriaco, a diferir en el tiempo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, en el caso español; sin previsión legal alguna al respecto. Ello se ha admitido porque, en ciertas hipótesis, señala DÍAZ REVORIO (77), «puede resultar conveniente no abandonar por completo la sanción de nulidad de la ley, sino tan solo retrasar ese efecto el tiempo suficiente para que el legislador proceda a aprobar una nueva regulación normativa. De ese modo, el tiempo de retraso en la aplicación de la nulidad es, en definitiva, el plazo del que dispone el legislador para la aprobación del nuevo precepto legal».

En efecto, aunque inicialmente y como se ha dicho más atrás, nuestro TC no admitió en la precitada sentencia 45/1989 esta posibilidad, cosa que, por cierto fue criticada por la doctrina (78), con posterioridad la ha aceptado cuando ello ha sido preciso en salvaguarda de valores dignos de protección. Este es precisamente el mecanismo que ha utilizado en su sentencia 195/1998, de 1 de octubre, que resuelve el recurso de inconsti-

(76) Por ejemplo, regulaba la concesión de determinadas subvenciones para una anualidad que ya ha transcurrido, sin que puedan solicitarse nuevas ayudas cubiertas por la norma.

(77) DÍAZ REVORIO, «Tipología y efectos...», *Op. cit.* Pág. 311.

(78) Vid. ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal constitucional...», pág. 268, autor que señalaba que «no hay precepto alguno en la Constitución ni en la LOTC que le impida ponderar en toda su extensión temporal la eficacia de una nulidad por él declarada».

tucionalidad contra la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja (79), en cuyo FJ 5 se explica que:

«...en los procesos constitucionales como el presente en los que se dirimen conflictos competenciales entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el objeto primordial de la Sentencia radica en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida. Por ello, una vez alcanzada esta conclusión fundamental, deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia: en el caso aquí enjuiciado, la protección, conservación, restauración y mejora del espacio natural de las Marismas de Santoña. Desde la perspectiva constitucional no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida. Se trata, además, de unos perjuicios ajenos, e incluso abiertamente contrarios, a las pretensiones deducidas en este proceso por quien ha planteado el presente recurso de inconstitucionalidad (...) Por ello, en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta Sentencia le reconocemos, la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas. Se trata, además, de intereses y perjuicios que trascienden el plano nacional, como lo demuestra el contenido de la Sentencia, de 2 de agosto de 1993, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial y no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de dicha zona. Para evitar estas consecuencias, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la perti-

(79) Comenta esta sentencia AGUDO GONZÁLEZ, J., «Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», en *Revista de Derecho Urbanístico* número. 178, 2000, págs. 87-114.

nente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente» (80).

En similar sentido se pronuncia la STC 13/2015, de 5 de febrero (FJ 5), por la que se declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimoquinta; la disposición transitoria segunda; la disposición derogatoria única, apartado tercero, y las disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, si bien añade que «la nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 LOTC, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, debe ser matizada en este caso concreto ya que todas estas disposiciones se refieren al régimen de transferencias hídricas a través del acueducto Tajo-Segura, cuya trascendencia está fuera de toda duda de suerte que la anulación de las normas antes mencionadas es susceptible de generar graves perjuicios a los intereses generales. Por tanto, para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Aragón, y, por otro, los propios intereses de las restantes Comunidades Autónomas afectadas por el trasvase y del resto de los destinatarios de la norma que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos, la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año, a partir de la publicación de esta Sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá proceder a sustituir las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento del informe previo emitido por la Comunidad Autónoma de Aragón (en el mismo sentido, STC 164/2013, de 26 de septiembre, FJ 7, y 164/2014, de 7 de octubre, FJ 3, en ambos casos por referencia a la participación del Parlamento de Canarias)». Vuelve a operar pues el TC, por superiores razones de interés público, al margen de la propia literalidad de las previsiones de la LOTC.

IV. Conclusión: la necesaria modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional

Llegado este punto, ninguna razón encontramos para operar de manera distinta en sede constitucional y en contenciosa. Por ello, nos parece muy positiva la doctrina que se contiene en la STS de 22 de abril de 2014 (recurso: 73/2013), en relación con el Real Decreto 1422/2012, de 5 de oc-

(80) Esta doctrina ha sido posteriormente reiterada en las SSTC 194/2004, de 4 de noviembre; 35/2005, de 17 de febrero; 36/2005, de 17 de febrero; 81/2005, de 6 de abril; y 100/2005, de 20 de abril.

tubre, que establece las servidumbres aeronáuticas del Aeropuerto de Lleida-Alguaire, en la que se concluye por el Ato Tribunal, suspendiendo los efectos de su declaración de nulidad, que:

«La declaración de nulidad de este último Real Decreto, debida al motivo formal ya expuesto, ha de ir acompañada de una limitación temporal —y excepcional— de la eficacia de nuestra sentencia, limitación que imponen razones imperiosas ligadas precisamente a la seguridad de la navegación aérea. En efecto, una vez comprobado que el régimen sustantivo de las servidumbres impuestas y de sus mecanismos de control (tanto para los actos como para los planes urbanísticos o de uso del suelo) es conforme a Derecho, la declaración de nulidad del Real Decreto 1422/2012 basada exclusivamente en motivos formales no puede tener como efecto inmediato que la navegación aérea con origen o destino en el aeropuerto de Lérida quede desprovista de las indispensables garantías de seguridad en atención a las cuales se prevén aquellas servidumbres (y su régimen de control preventivo). Aun cuando los artículos 71 y 72 de la Ley Jurisdiccional no contemplan de modo expreso la limitación de los efectos de las sentencias que acojan pretensiones de nulidad de los actos administrativos, la Sala estima que ante circunstancias excepcionales, y por razones muy cualificadas que atañen a la seguridad y a la vida de las personas, nada obsta a que se mantenga temporalmente la eficacia del acto anulado, en tanto es subsanado el defecto formal determinante de la nulidad de aquellos actos» (81).

Y de la misma forma no podemos sino estar de acuerdo con ALEGRE ÁVILA (82) cuando considera que, para atemperar la inexcusable gravedad de la anulación judicial del Plan, lo procedente es, sin perjuicio de la declaración de la correspondiente invalidez, «mantener la vigencia de la revisión aprobada y conceder a la Administración o Administraciones implicadas un

(81) Lo cierto es que el TS (Sala de lo Civil), con ocasión de la anulación de las cláusulas suelo previstas en los contratos de préstamo hipotecario, y ante el peligro de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, no ha dudado en dar efectos *pro futuro* a sus resoluciones. *Vid.* STS —sala Primera, de lo Civil— de 9 mayo 2013 (recurso. 485/2012), en doctrina que luego ha reiterado en su STS de 25 de marzo de 2015 (recurso 138/2014). Por su parte, Nuria RUIZ PALAZUELOS —«La anulación y los poderes del Juez», *Op. cit.* pág. 209— pone de manifiesto como en Francia, el Conseil d'État, a pesar de pronunciarse favorablemente sobre la nulidad y de afirmar que en principio el acto nulo «est réputé d'être jamais intervenu», considera al mismo tiempo que, cuando las consecuencias de la retroactividad resultan «manifiestamente excesivas», se pueden modular los efectos temporales de esa anulación.

(82) ALEGRE ÁVILA, J.M., «De planes urbanísticos y de anulaciones judiciales», en *Práctica Urbanística*, número 144, 2017.

plazo para subsanar las deficiencias observadas, de modo similar a como en ocasiones opera el Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de una ley, en las que para evitar el inevitable vacío de resultados de la anulación de la ley inconstitucional, aquél matiza o modula el alcance de la declaración de inconstitucionalidad confiriendo al legislador un plazo para proceder a la sustitución de la ley declarada inconstitucional». Efectivamente, «si el Tribunal Constitucional ha entendido que esta praxis no le está vedada por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los tribunales de lo contencioso-administrativa pueden con escrupuloso respeto al sentido de su jurisdicción, de acuerdo a las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, arbitrar una solución similar para casos como el aquí considerado».

En el mismo sentido se ha pronunciado, en fin, GONZÁLEZ SANFIEL (83) y manifestaciones similares han efectuado, con distintos matices, AGOUÉS MENDIZABAL (84) o DEL SAZ (85). Aquí mantenemos que, aun en

(83) Vid. «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), INAP, Madrid, 2017, Pág. 430 y ss. Del mismo autor: «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto», en *D.A.*, número 5, enero-diciembre 2018, págs. 46-68. Afirma SANFIEL que «así como el juez constitucional o comunitario puede limitar los efectos de sus sentencias con carácter *ex nunc*, pese a que la ley sea contraria a la Constitución o el acto jurídico enjuiciado contrario al Derecho de la Unión Europea, el juez administrativo podría otorgar eficacia *ex nunc* a su declaración de nulidad de los planes. De esta manera, el efecto de aquella declaración lo sería hacia el futuro, respetando y no afectando así a las situaciones jurídicas consolidadas bajo la aplicación del plan anulado (...) El juez puede tener la capacidad de modular los efectos de la sentencia, imponiendo los efectos *ex tunc* o *ex nunc* sin apriorismos dogmáticos previos. Puede encauzar la actividad a desplegar por la Administración con posterioridad a constatar la ilegalidad de la actuación, lo que será en esta materia elaborar un nuevo plan. Puede, en fin, dejar subsistentes los efectos del plan hasta tanto no sea sustituido por otro nuevo plan, evitando de entrada ya la reviviscencia del planeamiento anterior que tantos problemas de ajuste práctico va a desencadenar y que, en muchos casos, obedecerá a una situación transitoria a superar con la elaboración del nuevo planeamiento».

(84) AGOUÉS MENDIZABAL, C., «La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos», en VV.AA., *«El alcance de la invalidez de la actuación administrativa...»*, *Op. cit.* Pág. 407, para quien, «el juez antes de proceder a la anulación del reglamento deberá evaluar las consecuencias de la retroactividad sobre el interés público que se ha de proteger en el caso concreto, así como sobre las situaciones jurídicas de los particulares afectados que han obrado al amparo de una norma aparentemente válida; en realidad, se trata de una forma de control de la proporcionalidad. La sanción de nulidad puede resultar en ocasiones excesiva y, en estos casos, el juez deberá tener en cuenta, junto al principio de legalidad, la existencia de otros principios (especialmente, los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y conservación) que le permitirán ponderar las consecuencias que, en su caso, produciría la declaración de nulidad del reglamento».

(85) DEL SAZ CORDERO, S., —«¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? la anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», *RVAP*, n.º 99-100, 2014, pág. 1158— que, al hilo de la anulación del PGOUM de 1997 por un defecto en la motivación de la Memoria, señala que «si las sentencias anulatorias hubieran contemplado la posibilidad, perfectamente normal en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, de declarar la nulidad condicionada a que la Administración subsanara, en debida forma, esto es, con información pública, la falta de motivación, pudiendo así valorar, en su caso, el acierto de la disposición impugnada y las vulneraciones sus-

ausencia de previsión legal al respecto, no le está vedado al juez contencioso-administrativo una cierta capacidad de arbitrio que le permita moderar los efectos *ex tunc* de las declaraciones de nulidad de los planes urbanísticos. No cabe sobre este particular, y por miedo a un análisis erróneo, confundir el arbitrio con arbitrariedad (86). Lo que planteamos, en suma, es que, en determinados supuestos de anulación del planeamiento urbanístico, esta doctrina constitucional, tan juiciosa por otro lado, pueda permitir de forma natural a los Tribunales sentenciadores, mediante la aplicación de sus mismos presupuestos lógicos y más allá de la literalidad de los artículos de la LJCA y de la propia configuración institucional de la invalidez de máximo grado, modular justificadamente los efectos temporales de la nulidad del plan a fin de poder dar carácter *ex nunc* a la misma en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como la naturaleza del vicio (formal o sustantivo), las consecuencias que para la gestión urbanística del municipio ocasiona dicha anulación (no tiene por ejemplo sentido anular un plan por un simple vicio de forma, y poner en peligro todo el sistema de obtención de dotaciones en suelo urbano consolidado), o los efectos que produce la nulidad en sus destinatarios y en las relaciones jurídicas surgidas al abrigo de la apariencia de validez del plan anulado. Se trata, en definitiva, de evitar el caos tomando en consideración aspectos como la consolidación de la urbanización o la edificación, el tiempo transcurrido desde la aprobación del plan, los valores ambientales implicados por la anulación del plan, etc. Es lo que, insistimos, viene haciendo nuestro TC sin previsión legal al respecto, siendo que ninguna razón justifica operar de forma distinta cuando lo que se anula es una Ley y cuando lo invalidado es un reglamento.

El caso de la declaración judicial de la nulidad del PGOU de Madrid de 1997 ha sido a este respecto paradigmático de un devenir procesal que no ha llevado más que a generar una total incertidumbre durante casi dos décadas en operadores urbanísticos y vecinos de ámbitos en los que estaba previsto la construcción de más de 100.000 viviendas; y

tantivas denunciadas; si, después, con motivo de la anulación de los planes en los que no se denunciaba vulneración sustantiva alguna, el Juez hubiera valorado la suficiencia de la motivación aportada en el documento complementario a la Memoria y comprobado la situación fáctica de ese concreto sector; si, además, se hubiera tenido en cuenta el Plan General aprobado en debida forma, y si, finalmente, se hubiera tenido en cuenta la situación jurídica y fáctica existente en el momento de anular el acto de ejecución del planeamiento que es la reparcelación, no sólo se habrían ahorrado los esfuerzos absolutamente infructuosos que han debido realizar las administraciones afectadas y las centenas de horas en que ha incurrido la Administración de Justicia, y los afectados por la anulación del planeamiento, sino también y sobre todo la inseguridad jurídica generada. Si, en efecto, existían valores medioambientales que proteger no han resultado protegidos de esta forma, pues los catorce años de conflicto judicial sólo han servido para que la realidad haya terminado por imponerse».

(86) Vid. NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

en los que, al final, el Ayuntamiento y Comunidad de Madrid no han tenido más remedio que reproducir la ordenación invalidada a fin de reconocer la situación existente al final del periplo judicial. Los hechos han sido de sobra comentados, por lo que no vamos a detenernos en ellos (87). Simplemente indicar que la anulación del PGOU se basó en un defecto puramente formal: la falta de motivación en la Memoria del cambio de clasificación, de no urbanizable de protección a urbanizable, del suelo de la estrategia del sudeste del municipio, pero sin que el recurrente, ni los interesados posteriormente personados en los distintos procedimientos, acreditasen en qué medida esa «desclasificación» era errónea desde el punto de vista sustantivo o ambiental (más allá de la simple alegación del defecto de motivación) y sin que se paralizara la ejecución del Plan. En este caso, ¿no podría haber declarado el Tribunal *a quo* la nulidad del Plan suspendiendo, no obstante, los efectos de la misma, y los del propio Plan, hasta que por parte de la Administración se hubiese subsanado adecuadamente la Memoria corroborado dicho cumplimiento ante el Tribunal *a quo*? La situación de pendencia habría terminado *ipso facto*, pues las Administraciones públicas implicadas hubiesen debido aprobar inmediatamente la subsanación, no solo porque así lo requería el Tribunal, sino también porque la propia presión de los afectados por la anulación habría llevado a los responsables políticos a actuar de manera inmediata.

En otros casos, ¿qué sentido tiene declarar la nulidad de un plan arrasando la de sus actos de aplicación cuando sus previsiones se han ejecutado completamente años atrás habiéndose urbanizado y edificado en el ámbito en cuestión? ¿Es reversible la situación? Evidentemente no. Y si ello es así, ¿por qué se declara nulo el Plan urbanístico si la nueva ordenación no va sino poder reflejar la situación existente en ese momento reiterando, en su mayor parte, sus determinaciones a resultas de la caracterización jurisprudencial del suelo urbano consolidado como un «hecho fáctico»? En estos supuestos, lo lógico parece ser que la ilegalidad del plan no vaya ligada a su nulidad. La propia literalidad del artículo 71.1.a) de la LJCA, al disponer que cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo declarará no ser conforme a Derecho y, *en su caso*, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido, parece permitir precisamente esto: que la ilegalidad del plan no

(87) Sobre este tema *vid.* entre otros, FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «Avatares jurisdiccionales en relación con la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid», en *Práctica urbanística*, n.º 119, 2012; MARTÍN GARCÍA-MATOS, C., «Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», en *Revista de Urbanismo y Edificación* n.º. 27, 2013; y CASANOVA GÓMEZ, C., «La restauración del PGOU, tras su anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua interinidad del Planeamiento General de nuestro país», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 287, 2014.

tenga como necesaria consecuencia su anulación. No hay que confundir en este sentido entre ilegalidad e invalidez. La ilegalidad es, como ha señalado NIETO, el resultado de una contradicción entre la norma y el acto que ejecuta la misma. La validez o invalidez es el resultado de una valoración porque el ordenamiento jurídico no califica, sin más y siempre, de inválidos a los actos administrativos ilegales, dado que admite ilegalidades no invalidantes, bien porque la irregularidad es leve, bien porque el acto está protegido enérgicamente por la norma haciéndolo inmune incluso a las irregularidades graves. En definitiva «nos encontramos ante dos juicios sucesivos; un juicio de ilegalidad, primero que es el resultado de una constatación; y un segundo y posterior juicio de invalidez, que es el resultado de una valoración (o calificación) jurídica sobre el alcance del hecho mismo de la ilegalidad» (88). Aplicado esto aquí podría el Tribunal competente, previa la valoración de las circunstancias de cada caso, no anular el Plan ya ejecutado. De esta forma quedarían a salvo los actos administrativos que lo hubiesen ejecutado, fuesen firmes o no, pues ningún sentido tiene anularlos cuando ya se han urbanizado y transformado los terrenos sin marcha atrás; y ello, sin perjuicio de que el Plan debiese de dejar de aplicarse *pro futuro* en espera de que las Administraciones competentes aprobasen una nueva ordenación que recogiese la situación de los terrenos existente en ese momento.

A la vista de lo expuesto resulta pues indispensable, como señala el profesor FERNÁNDEZ TORRES (89), «que Jueces y Magistrados se comprometan mucho más, lo que requiere ante todo que revisen su posición de meros censores, inflexibles, que les conduce a abrazar un extraordinario rigorismo formal indiferentes a sus resultados prácticos (en especial, en el campo del Derecho urbanístico), por muy gravosos que sean para terceras personas, e incluso para el propio interés público, y la sustituyan por la de colaboradores en aras de la regularización de lo que sea razonablemente subsanable, la conservación de trámites y la limitación

(88) NIETO, A., «Estudio Preliminar», en BELADÍEZ ROJO, «Validez y eficacia de los actos administrativos...», *op. cit.*, pág. 11. En el mismo sentido se han pronunciado INIESTA DELGADO, J.J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. —«Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actual configuración», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, mayo-agosto 2000, pág. 163 y ss.— poniendo de manifiesto que declaración de inconstitucionalidad y declaración de nulidad no son el mismo pronunciamiento, del mismo modo que no son el mismo pronunciamiento la declaración de ilegalidad y la declaración de nulidad de una norma reglamentaria. Antes al contrario, se trata de pronunciamientos distintos que el juez lleva a cabo en una misma sentencia, aunque uno sea dependiente del otro y ello sin perjuicio de que declaración de no siempre vayan unidos. Finalmente la propia BELADÍEZ ROJO, M., —«Validez y eficacia de los actos administrativos...», *op. cit.*, pág. 11— diferencia entre ilegalidad y validez o exigencia.

(89) FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *XIV Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*, dedicado a los 20 años de la ley de lo contencioso-administrativo, 8 de febrero de 2019, pág. 24.

del alcance de la invalidez de los planes y los actos posteriores al anulado». En el mismo sentido, se ha pronunciado T.R. FERNÁNDEZ (90) y lo ha dejado dicho el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA (91), parafraseando a OTTO BACHOF, «porque las sentencias anulatorias de una Ley pueden ocasionar catástrofes, no sólo para el caso concreto, sino para un invisible número de casos; cuando esas Sentencias son «políticamente equivocadas» (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado), la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera». Siendo así «¿puede, le es permitido o debe declarar ineficaz la ejecución de una Ley aplicada incómunemente durante largos años declarando una nulidad que privara de soporte a innumerables actos jurídicos, o quizá derribar a sectores enteros administrativos (...) (92)? ¿No convertiría de hecho el *summus ius* en *summa iniuria*, sin utilidad para nadie y daño para muchos o para la entera comunidad?» Evidentemente, añadimos nosotros, sí.

Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J., «Inconstitucionalidad y nulidad de leyes. Cuestiones competenciales, eficacia del derecho comunitario y protección del medio ambiente. Comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional 195/1998, de 1 de octubre. El asunto de las marismas de Santoña», en *Revista de Derecho Urbanístico* número. 178, 2000.
- AGOUÉS MENDIZABAL, C., «La modulación de los efectos de la nulidad de los reglamentos», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), INAP, Madrid, 2017.
- ALEGRE ÁVILA, J. M., «Once proposiciones sobre la idea de plan o de cuando el mito se hace realidad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 182, 2017.
- , «De planes urbanísticos y de anulaciones judiciales», en *Práctica Urbanística*, número 144, 2017.
- ALONSO GARCÍA, R., «El Tribunal constitucional y la eficacia de sus sentencias anulatorias», en *Revista de Administración Pública*, número 119, mayo-agosto 1999.
- ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85, enero-abril 2009.

(90) FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., «El contencioso urbanístico...», *op. cit.*, pág. 158.

(91) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Un paso importante...», *op. cit.*, págs. 13 y 14.

(92) En la mayoría de los casos a raíz de una infracción tardíamente descubierta.

- BAÑO LEÓN, J. M., «El plan urbanístico en ruina (un esbozo de reconstrucción)», en *Práctica Urbanística*, n.º 144.
- , «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en Judith Gifreu i Font, Martín Martín Bassols Coma y Angel Menéndez Rexach (directores), *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP, Madrid, 2016.
- , «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, enero-febrero 2017, págs. 43-50; y «*Derecho urbanístico común*», Iustel, Madrid, 2009.
- BASSOLS COMA, M., «La asimilación de los planes de urbanismo a normas reglamentarias y problemática jurídica de su anulación» en VV.AA., *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico* (SORIA MARTÍNEZ, Gabriel y BASSOLS COMA, Martín, coordinadores), Thomson Reuters Aranzadi 2017.
- BELADÍEZ ROJO, M, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1994.
- BERMEJO VERA, J., «El principio de seguridad jurídica», en VV.AA., *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, J.A SANTAMARÍA PASTOR (Director) La Ley 2010. Págs. 73-109.
- BLASCO ESTEVE, A., «Efectos de la Sentencia constitucional sobre la Ley del Suelo respecto de planes urbanísticos y sus actos de ejecución», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 273, 1997.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Colección Estudios, Madrid 1982.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A., «Nulidad de la norma tributaria y devolución de los ingresos indebidos», en *Anuario de Facultade de Dereito*, número 1, 1997.
- CALVO ROJAS, E., «Los planes urbanísticos como disposiciones de carácter general. Problemas que suscita la declaración de nulidad de los instrumentos de planeamiento. Suspensión cautelar de la efectividad de los planes impugnados en vía jurisdiccional» en VV.AA., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Editorial Aranzadi Vol. 1, 2012.
- CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2004.
- , «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2017.
- , «Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo», en *Documentación Administrativa*, Nueva Época, número 5, enero-diciembre 2018, págs. 7-29.
- CASANOVA GÓMEZ, C., «La restauración del PGOUM, tras su anulación parcial por resoluciones judiciales o la perpetua interinidad del Planeamiento General de nuestro país», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 287, 2014.

- DE LA CUEVA ALEU, I., «Comentario al artículo 39», en VV.AA. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Director-Coordinador, Juan José GONZÁLEZ RIVAS, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, enero 2010.
- DEL SAZ CORDERO, S., «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? la anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014.
- DÍAZ REVORIO, F.J., «Tipología y efectos de las sentencias del tribunal constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional español», *Biblioteca Jurídica Virtual de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, www.juridicas.unam.mx (2019), artículo previamente publicado en VV.AA, *La Reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, P. Pérez Tremps (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia 2007.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanc, Valencia 2002.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas», en *Evolución de la Justicia Constitucional*, Dykinson, Madrid. 2013, pág. 1.300 y ss. Este artículo se publicó previamente en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, Madrid, 2008.
- , «El Tribunal Constitucional como legislador positivo», en *Revista Pensamiento Constitucional*, número 15, 2011.
- , «El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número. 10, 2008,
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Civitas, Cizur Menor 2016.
- , «La propiedad urbanística del suelo, el vuelo y el subsuelo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, número 41, 1995.
- , «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, n.º 203, 2017
- , «Proceso contencioso-administrativo y urbanismo: semejanzas y diferencias de los casos francés y español», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, número 29, 2013.
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R., «Eficacia de las sentencias en lo contencioso-administrativo», en *XIV Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA)*, dedicado a los 20 años de la ley de lo contencioso-administrativo, 8 de febrero de 2019.

- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «Avatares jurisdiccionales en relación con la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid», en *Práctica urbanística*, n.º 119, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Ley del suelo y el futuro del urbanismo», en *Anuario de derecho civil*, volumen. 11, número 2, 1958.
- , «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», en *Revista de Administración Pública*, número 29, 1959.
 - , «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril 1981.
 - , «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 61, 1989.
 - , *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, 3.ª edición, Madrid 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, décimo octava edición, Civitas 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1979.
- GARCÍA LUENGO, J., «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales: A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999», en *Revista de Administración Pública*, número 154, 2001.
- MARTÍN GARCÍA-MATOS, C., «Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012», en *Revista de Urbanismo y Edificación* n.º. 27, 2013.
- GARCÍA MORAGO, H., «Observaciones sobre la proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 326, 2018.
- GARRORENA MORALES, A., «Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en VV.AA., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Óscar Alzaga Villaamil (Dir.). T. XII, — Artículos 159 al final —, Edersa 2006.
- , «La sentencia constitucional», en *Revista de Derecho Político*, n.º 11, otoño 1981.
- GÓMEZ CORONA, E., «El control de constitucionalidad de la ley en España, análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-2008)», en *Revista de Derecho Político*, UNED, número 74, enero-abril 2009.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A., «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto», en *Documentación Administrativa*, nueva época, número 5, enero-diciembre 2018.
- , «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en VV.AA., *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, LÓPEZ RAMÓN, F. y VILLAR ROJAS, F. (coord.), INAP, Madrid, 2017.

- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales», en *Revista de Administración Pública*, número 178, enero-abril 2009.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Propuestas de reformas normativas para evitar los actuales efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico», en VV.AA., *Nulidad del planeamiento y ejecución de sentencias*, AGUDO GÓNZALEZ, J. (coordinador), Centro de Estudios Urbanísticos, Territoriales y Ambientales «Pablo Olavide», Bosch Editor, Barcelona 2018,
- , «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número. 301, noviembre 2015.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 66. Tribunal Constitucional Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.
- INIESTA DELGADO, J.J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., «Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actual configuración», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59, mayo-agosto 2000.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «La calificación de los vicios de los reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, número 205, 2018.
- MAS BADÍA, M. D., «El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles, especial referencia a las valencianas», en *Derecho Privado y Constitución*, número 31, enero/diciembre 2017.
- NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- PAREJO ALFONSO, L., «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza», en *Práctica Urbanística*, n.º 144, 2017.
- PUNSET BLANCO, R., «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (Algunas reflexiones a la luz de la ponencia de J. Jiménez Campo)», en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley: actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Cuadernos y Debates n.º 66. Tribunal Constitucional Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.
- REBOLLO PUIG, M., «Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial su retroactividad», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, número 100 (Ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas).
- RUBIO LLORENTE, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, Enero/Abril 1988,
- RUÍZ PALAZUELOS, N., «La anulación y los poderes del Juez: las enseñanzas del caso francés», en *Revista de Administración Pública*, número 208, 2019.

- SEGOVIA MARCO, A. «Nueva propuesta para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *El Derecho.com*, Lefebvre-El Derecho, Tribuna 23-10-2018.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», en *Revista de Administración Pública*, número 195, septiembre-diciembre 2014.
- , «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», en *Práctica Urbanística* n.º 141, julio-agosto 2016.
- , *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.
- SUAY RINCÓN, J., «La «afectación» de la anulación de los Planes de Urbanismo a sus actos de ejecución», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 324, 2018.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Reflexiones sobre la proposición de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 328, 2019.
- TORNOS MÁS, J., «La inconstitucionalidad de las leyes», *Actas de las III Jornadas de órganos asesores y consultivos*, Generalidad de Cataluña, 2000.
- WIEDMANN, A., «Non-retroactive or prospective ruling by the Court of Justice of the European Communities in preliminary rulings according to Article 234 EC», *The European Legal Forum* (E) 5/6-2006, 197-203.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J., «Aspectos constitucionales del régimen de tributación conjunta en el IRPF (comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero)», en *Revista española de Derecho Constitucional*, año 9, 1989.



El control de la administración por la jurisdicción penal

The control on the administration by the criminal jurisdiction

MANUEL REBOLLO PUIG (1)

Universidad de Córdoba
ad1repum@uco.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.04>

LABURPENA: Zigor-arloko jurisdikzioa zabal irekita dago Administrazioa kontrolatzeko. Agintari nahiz funtzionarioei zigorrak jarri ez ezik, Administrazioaren erantzukizun zibila deklaratzeko du, eta haren egintzak deuseztatu ere egiten ditu. Hori guztia, akzio penala egikaritzeko legitimazio zabalarekin, iragazkirik gabe, eta administrazioarekiko auzien jurisdikzioaren lankidetzarako aukerarik gabe. Ondorioztatzen den sistemak alderdi onak ditu, baina arrisku handiak ere bai, eta moderatu edo neurritu behar dira.

HITZ GAKOAK: Administrazioaren kontrola. Zigor-arloko jurisdikzioa. Arazo prejudiziala. Herri-akzioa.

ABSTRACT: Criminal jurisdiction is widely open to the control to Public Administration. Not only does it impose penalties on the authorities or officials, it also declares the civil liability of the Administration, and even annuls its acts. Moreover, there is an extensive legal standing to bring a criminal action, without filters or possible collaboration with the administrative jurisdiction. The resulting system has positive aspects, but also high risks that should be milderred.

KEYWORDS: Control of the Administration. Criminal Jurisdiction. Preliminary ruling. Popular action.

RESUMEN: La jurisdicción penal está ampliamente abierta al control de la Administración. No sólo impone penas a las autoridades o funcionarios sino que además declara la responsabilidad civil de la Administración y hasta anula sus actos. Todo ello con extensa legitimación para ejercer la acción penal, sin filtros

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad PGC2018-093760-B-I00. Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Se expuso inicialmente en el «Seminario García de Enterría» que impulsa y dirige ahora el Prof. Germán Fernández Farreres. Justicia y gratitud me obligan a reconocer aquí que las observaciones y sugerencias que realizaron quienes amablemente asistieron, junto con las de mis compañeros de Córdoba, han sido muy tenidas en cuenta en la redacción final y que a ellos se debe lo que de bueno pueda haber en este artículo.

ni posible colaboración de la jurisdicción contencioso-administrativa. El sistema resultante tiene aspectos positivos pero también riesgos elevados que deben moderarse.

PALABRAS CLAVE: Control de la Administración. Jurisdicción Penal. Cuestión prejudicial. Acción popular.

Trabajo recibido el 17 de julio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Objeto del estudio.—II. La jurisdicción penal está abierta de par en par.—III. La desaparición de los frenos a la actuación penal que en otro tiempo existieron.—IV. El juez penal también enjuicia a la Administración: declara su responsabilidad civil y hasta anula sus actos.—V. Las cuestiones prejudiciales devolutivas y su actual inviabilidad.—VI. La débil alternativa de la prueba pericial jurídica.—VII. El tardío remedio del recurso extraordinario de revisión.—VIII. Alicientes para acudir a la jurisdicción penal en vez de a la contencioso-administrativa.—IX. Un sistema con elementos positivos pero también con demasiados efectos secundarios.—X. Algunas propuestas para reducir los excesos.—XI. Bibliografía.

I. Objeto del estudio

Cada vez con más frecuencia la jurisdicción penal tiene que aplicar normas de Derecho Administrativo. Así sucede en dos grandes géneros de supuestos.

De un lado, en aquéllos en los que para dilucidar si los particulares han incurrido en delito y, por tanto, si procede imponerles una pena, tiene que resolver si ha incumplido una norma administrativa o, a veces, un acto administrativo. Los casos prototípicos los ofrecen las numerosas normas penales en blanco que han de integrarse con normas administrativas (por ejemplo, art. 360 CP o, aunque con una redacción que muestra menos claramente su remisión a normas administrativas, art. 319 CP).

De otro, el juez penal aplica normas de Derecho Administrativo en aquéllos procesos en que se trata de determinar si procede castigar a autoridades o funcionarios por lo que han hecho en sus actuaciones como tales: habrán incurrido o no en delito según hayan actuado o no conforme a las normas de Derecho Administrativo a las que debían haberse sujetado. El ejemplo paradigmático es el del delito de prevaricación.

Ni en aquellos supuestos ni en estos bastará que se hayan infringido normas de Derecho Administrativo sino que habrán de concurrir otros elementos: una extrema antijuridicidad, una intensa culpabilidad... Pero en todo caso el juicio penal necesitará indefectiblemente como premisa decidir sobre la vulneración o no de normas de Derecho Administrativo (2); y

(2) En realidad, las normas administrativas pueden aportar no sólo elementos para decidir si la conducta enjuiciada es subsumible en el tipo. También puede tratarse de resolver sobre la antijuridicidad de la conducta. Y en ese terreno puede, incluso, que lo que eventualmente aporte el Derecho Administrativo sea una eximente; en concreto, una causa de justificación, como la prevista en el art. 20.7.º CP —«el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo»— porque el deber o el derecho puede tener como base una norma administrativa y porque el oficio o cargo del que ahí se habla puede ser un oficio o cargo público que sea precisamente el que dé soporte a la eximente porque excluirá la antijuridicidad de la conducta. Por ejemplo, puede que un inspector administrativo realice el tipo de la entrada en establecimiento mercantil

en algunos casos, incluso, será necesario esclarecer si las normas administrativas en cuestión son legales o ilegales, válidas o inválidas.

Ambos géneros de supuestos presentan algunos aspectos comunes (entre ellos, destacadamente el tratamiento de cuestiones prejudiciales administrativas en el proceso penal) pero también notables diferencias. Diferencias esenciales porque en el primer género la jurisdicción penal no controla la legalidad de la actuación administrativa (3) sino que la respalda frente a los particulares que no observan sus mandatos. En el segundo género de supuestos, por el contrario, el juez penal controla a la Administración (aunque sea enjuiciando a sus autoridades y empleados). Sobre esa diversidad esencial, que lo cambia todo, surgen otras muchas diferencias.

Partiendo de esas diferencias, aquí nos vamos a ceñir al segundo género de supuestos, esto es, a aquéllos en los que el proceso penal versa sobre la imposición de penas a autoridades y funcionarios por su actuación como tales y en los que, por tanto, aunque no sea el objeto directo de tal proceso, se realiza cierto control de la actividad administrativa.

II. La jurisdicción penal está abierta de par en par

Para este peculiar control de la Administración la jurisdicción penal está abierta de par en par. Más en España que en otros países. Es así por razones sustantivas (la amplitud de los delitos en los que pueden incurrir las autoridades y funcionarios) y por razones procesales (sobre todo, aunque no únicamente, por la consagración de la acción popular penal).

contra la voluntad de su titular y sin autorización judicial, pero que su conducta no sea antijurídica porque precisamente tenga atribuida por ley la potestad para entrar en lugares cerrados al público que no tengan la consideración constitucional de domicilio; el juez penal tendrá que resolver si esa entrada está entre las facultades del funcionario.

(3) Con todo, eventual y tangencialmente sí que pueden controlar la legalidad y validez de la norma administrativa incumplida por el particular. Eso sucederá, por ejemplo, si se cuestiona la legalidad y validez de algún reglamento, sea como argumento para la acusación y condena o sea para la defensa y absolución. Entonces, el juez penal, conforme al art. 6 LOPJ deberá inaplicar el reglamento considerado ilegal e inválido y, en la medida que lo haga, también estará controlando indirectamente la legalidad de la actuación administrativa. Más dudosa es la solución cuando lo controvertido sea la legalidad y validez de un acto administrativo que el particular haya incumplido o que le ofrezca una causa de justificación; por ejemplo, una autorización administrativa que le permitía realizar lo que hizo y cuya validez se discute. Ante ello, la solución no se puede basar, desde luego, en la regla del art. 12.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales según el cual las autorizaciones «no podrán ser invocadas para excluir o disminuir la responsabilidad (...) penal en la que hubieren incurrido los beneficiarios en el ejercicio de sus actividades». Situado este precepto exactamente después del salvo *iure tertii*, debe entenderse que lo que proclama es que contar con una autorización no exime de responsabilidad penal por los daños que se causen a terceros en sus derechos privados, no que no exima de responsabilidad en muchos otros casos. Sea como fuere, esto queda al margen de lo que aquí se abordará.

Desde luego lo está para numerosos delitos que enjuician la *actividad material de la Administración* o, más exactamente, de su personal. Delitos como los de allanamiento de morada, detenciones ilegales, torturas, entre otros muchos, pertenecen a esta categoría. En estos y otros específicos de los funcionarios (desobediencia a órdenes del superior, tráfico de influencias, actividades prohibidas a funcionarios públicos, etc.) es más fácilmente diferenciable la actividad de la persona física acusada y la de la Administración(4). Más aún, en buena medida es el mismo buen funcionamiento de la Administración lo protegido por muchos de estos delitos de manera que en cierto modo es ella la perjudicada, no de ningún modo la autora de la acción típica. Pero también está abierta para enjuiciar la *actividad jurídica de la Administración*, es decir, la que se produce con la emisión de actos administrativos, celebración de contratos y convenios o la aprobación de normas reglamentarias(5). Esto último es lo que nos interesa sobre todo porque ahí es más intensa y compleja la aplicación de normas de Derecho Administrativo y el solapamiento con la jurisdicción contencioso-administrativa. Y también a este respecto la extensión de lo que puede entrar en la jurisdicción penal es sobresaliente.

Lo es fundamentalmente y en primer lugar por los muchos y amplios delitos que pueden cometerse en esta actividad jurídica: el delito de prevaricación y todas sus variantes (arts. 404, 405, 320, 322, 329... CP) más otros como los de los arts. 437, 506, 541...CP. Reproduzcamos siquiera tres de por sí significativos:

Art. 404. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.

Art. 506. La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

(4) Es clásica la teoría según la cual si la actividad jurídica es siempre imputable directamente a la Administración, la actividad material y técnica es primeramente imputable a la persona física que la realiza. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 18.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2017, págs. 868-869.

(5) Un repaso de los principales delitos que pueden cometer las autoridades y funcionarios puede verse en MESTRE DELGADO, Esteban y MARTÍNEZ GALINDO, Gema, «Responsabilidad penal de alcaldes y concejales», en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, I, 3.ª ed., 2011, lustel, Madrid, págs. 1195-1272.

Art. 541. La autoridad o funcionario público que expropié a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

De entre todos, el estelar es el delito de prevaricación del art. 404, delito desconocido en otros ordenamientos y que en España, además de haber justificado condenas en muchos casos, permite aun más fácilmente su invocación en querellas para, como mínimo, aunque acabe en absolución, dar acceso a un proceso penal. Añádase que algunas de las prevaricaciones especiales (como la de los arts. 320, 322 y 329 CP) se pueden cometer, no ya al dictar resolución, sino también al emitir informes o por pura omisión. O que en algunos de los delitos (como los de los transcritos arts. 506 y 541) no se exige que sea «a sabiendas»: pese a ello, conforme al art. 12 CP, hay que entender que estos delitos no se pueden cometer por mera imprudencia; pero en cualquier caso no hay exigencia del dolo específico o reforzado que comporta la inclusión en el tipo de la expresión «a sabiendas».

Súmese a lo anterior la amplitud con la que nuestro Derecho permite el ejercicio de la acción penal. Frente a los sistemas en los que el fiscal tiene el monopolio de ejercicio de la acción penal y frente a aquellos otros en que sólo los particulares pueden hacerlo, en España se reconoce a todos y ni siquiera sólo a los particulares ofendidos por el delito sino a cualquier ciudadano español sin demostrar ningún perjuicio por el supuesto delito mediante la llamada acción popular (arts. 101 y 270 LECr). Así que no sólo la puerta está abierta de par en par sino que cualquiera puede franquearla sin mayores problemas mediante querellas que fácilmente pondrán en marcha el proceso penal, lo que tratándose de acusar a autoridades y funcionarios da posibilidades y tentaciones enormes.

III. La desaparición de los frenos a la actuación del juez penal que en otro tiempo existieron

Si la amplitud de delitos en los que puede incurrirse en la actividad jurídica de la Administración y la amplia legitimación para ejercer la acción penal abren anchas puertas a la jurisdicción penal, nada de ello queda compensado por los frenos que otrora existieron. Ahora no hay ni exigencia de autorización administrativa, ni posibilidad de conflictos de jurisdicción ni de cuestiones de competencia que pongan palos en la rueda de la justicia penal.

Así, por lo pronto, nunca hace falta, a diferencia de lo que sucedía antaño, una previa autorización administrativa. El Prof. PARADA ex-

plicó magistralmente que esta figura de origen francés⁽⁶⁾ se recibió en España con el beneplácito de la doctrina administrativa por considerarse una pieza imprescindible para garantizar la separación radical entre Poder Ejecutivo y Judicial y para completar el sometimiento de la Administración a una jurisdicción no judicial (la contencioso-administrativa ejercida por órganos administrativos), tal y como quisieron los revolucionarios franceses⁽⁷⁾. Bástenos aquí recordar que la Constitución Española de 1876 (la vigente cuando se aprobó la LECr) decía en su art. 77: «Una ley especial determinará los casos en que haya de exi-

(6) Sin remontarnos más lejos, estaba en el art. 75 de la Constitución del año VIII: «Los agentes del Gobierno, excluidos los ministros, no podrán ser perseguidos por hechos relativos al ejercicio de sus funciones sino en virtud de una decisión del Consejo de Estado. En este caso, la persecución tiene lugar ante los tribunales ordinarios». La excepción relativa a los ministros se justificaba, no porque estos quedasen expuestos a los jueces penales, sino porque tenían una mayor protección frente a ellos de modo que sólo podían ser enjuiciados por el Senado conforme a un sistema de *émpeachment*: «Los ministros pueden ser acusados por la Cámara de diputados por crímenes cometidos en el ejercicio de sus funciones. En este caso son juzgados por el Senado». Todo ello tenía su raíz en la solución inicial aún más radical que plasmaba la célebre Ley de 1790: «Las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de ninguna manera las actuaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». Pero la necesidad de autorización del Consejo de Estado se suprimió en 1870, aunque la efectividad de esa derogación fue relativa. Sobre todo ello, PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», en *Revista de Administración Pública*, n.º 31 (1960), págs. 99-108.

(7) Explica PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal...», *cit.*, págs. 121-130, que en España se consagró en la Constitución de Bayona, art. 58: corresponde al Consejo de Estado conocer de «la citación a juicio de los agentes o empleados de la Administración pública». En la Constitución de Cádiz se rechazó esta institución. La autorización se instauró por la Ley de 2 de abril de 1845 para el gobierno de las provincias. Encontró confirmación en la Ley de Ayuntamientos de 1856 (arts. 254 y 263) aunque con notables excepciones (art. 255). Una Real Orden de 27 de marzo de 1850 y un Real Decreto de 29 de abril de 1857 completaron el régimen. La suprimió la Constitución de 1869, art. 30: «En ningún caso será necesaria la previa autorización para procesar a los funcionarios públicos, cualquiera que sea el delito que cometieren». Por lo que se refiere a su justificación doctrinal Colmeiro en 1858 ofrecía dos argumentos. De un lado invocaba que el funcionario está sometido al Ministro: si actuó conforme a esa sujeción, lo que debe haber en su caso es la responsabilidad política del Ministro; si no respetó esa subordinación, entonces el Ministro lo abandonará a los Tribunales para que lo juzguen y castiguen. Así, la autorización previa es «un medio de conservar la unidad de la Administración y la responsabilidad del Gobierno». De otro lado alegaba la independencia de los poderes: «Si se concediese al poder judicial sin limitación alguna la facultad de encausar a los agentes administrativos, conocería indirectamente de los actos de la administración, turbando la armonía constitucional y destruyendo el principio de la recíproca independencia de poderes». Y ya con esto Colmeiro se iba arriba y sostenía que la autorización administrativa debía exigirse también para pedir la responsabilidad civil de los funcionarios; que «debe extenderse al funcionario, aun después de volver a la vida privada, con respecto a los actos de su vida pública»; y que no cabía al funcionario renunciar a la autorización pues no se está ante «un privilegio personal sino (ante) una garantía de orden público»; «no protege al empleado, sino al empleo». En suma, como ha explicado NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1999, pág. 74, la autorización tenía «una explicación constitucional y política muy lógica que no es lícito desconocer»

girse autorización previa para procesar, ante los tribunales ordinarios, a las autoridades o a sus agentes». Por eso el art. 666 LECr (no derogado expresamente) sigue diciendo que serán objeto de «artículos de previo pronunciamiento las cuestiones o excepciones siguientes:... 5.ª La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria con arreglo a la Constitución y a las Leyes especiales». Lo cierto es que, si alguna vez fue efectiva esta exigencia, luego no quedaron más vestigios que el del obsoleto art. 666.5.ª LECr. Y, por si alguna duda perviviera, se dispó en 1957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (8).

El sistema de conflictos de jurisdicción suministró un instrumento que ocasionalmente operaba como sucedáneo a la de exigencia de autorización. Decía el art. 15 de la Ley de Conflictos de Jurisdicción de 1948:

«Excepto en juicios criminales, no será lícito a las autoridades administrativas invocar como fundamento de la inhibitoria cuestiones previas de ninguna especie... Resuelta que sea la cuestión previa administrativa por la Autoridad a quien corresponda, se devolverán los autos sin dilación alguna al Juez o Tribunal competente para que proceda con arreglo a derecho, declarando no haber lugar a la continuación del juicio si la decisión administrativa envolviera falta de legitimidad del procedimiento, y continuando, en el caso contrario, en el estado en que quedó al entablarse el conflicto».

Nótese: «excepto en juicios criminales». En estos sí era posible a la autoridad administrativa plantear inhibitoria basada en una previa cuestión administrativa, esto es, una cuestión que debía ser resuelta necesariamente por una autoridad administrativa antes de entrar en el fondo del asunto penal (9). Para comprender que esto era un freno a la actua-

(8) Su art. 44 era del siguiente inequívoco tenor: «1. La responsabilidad de orden penal de las autoridades y funcionarios podrá exigirse ante los Tribunales de Justicia competentes. 2. *En ningún caso será requisito indispensable para la apertura y validez del procedimiento judicial el consentimiento previo de la autoridad administrativa*». Tampoco en la Ley de Régimen Local de 1955 se exigía autorización administrativa sino que clara y ampliamente se consagraba lo contrario. Decía su art. 415: «Las responsabilidades de orden penal en que incurran las autoridades o Corporaciones locales será exigida (...) bien de oficio, a instancia del Fiscal (...) o bien por acción privada, que será popular y se podrá utilizar por todos los españoles...». Como ya eso ni se plantea, más inexpressivamente lo refleja ahora el actual art. 37.1 Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: «La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».

(9) *Vid. MORCILLO MORENO, Juana, Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007, págs. 114-120.

ción de los jueces penales en manos de la Administración, lo mejor es un ejemplo que suministra Parada, el que fue resuelto por Decreto de 25 de febrero de 1960: un Ingeniero del Patrimonio Forestal sancionó a un particular por pastoreo ilegal en un monte que el Ingeniero consideraba público; que sancionado, que mantenía ser el propietario del monte en cuestión, denunció al Ingeniero por delito de coacción; el Juzgado de Instrucción procesó al funcionario por delito de coacción; ante el procesamiento, el Gobernador Civil requirió al Juzgado de inhibición conforme al transcrito art. 15; y el Decreto resolvió el conflicto en favor de la Administración por entender que hay una cuestión previa administrativa que «consiste en determinar si el Ingeniero contaba con la autorización legal suficiente para obrar en la forma en que lo hizo (...) puesto que si estuviera legítimamente autorizado no podría (...) ser reo del delito de coacciones» (10).

De este uso del conflicto de jurisdicción tampoco queda ni rastro (11). Lo de menos es que el art. 12 de la vigente Ley Orgánica 2/1987 de Conflictos de Jurisdicción diga que «cuando el requerimiento se dirija a un órgano jurisdiccional del orden penal (...) no se suspenderá el procedimiento, sino, en su caso, hasta el momento de dictar sentencia...» (12). Lo que niega el planteamiento exitoso del conflicto de jurisdicción en estos supuestos y con ese fin es la desaparición completa de la base sobre la que se asentaba: la creencia de que la Administración tenía que pronunciarse previa y hasta vinculantemente sobre la legalidad de la actuación de sus autoridades y funcionarios. Sigue siendo verdad, por seguir con el mismo ejemplo, que el ingeniero no cometería delito de coacciones si estaba ejerciendo las potestades de la Administración, igual que tampoco incurriría en el delito de realización arbitra-

(10) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal...», *cit.*, págs. 142-148 donde además se comprueba que soluciones similares se aplicaron ante actuaciones judiciales penales contra autoridades y funcionarios por delitos tales como prevaricación, alteración de lindes, allanamiento de morada, desobediencia, detención ilegal (de un juez por un alcalde), atentado (de un alcalde contra un juez), usurpación de atribuciones...

(11) *Vid.* GONZÁLEZ RUS, Juan José «Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, págs. 109-110; LOZANO CUTANDA, Blanca, «Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración», en *Revista de Administración Pública*, n.º 118 (1989), sobre todo págs. 204-207; y MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales...*, *cit.*, págs. 121-123. Sí subsiste, por el contrario, en Francia, como corresponde a su sistema de jurisdicción contencioso-administrativa no judicial. *Vid.* sobre esta pervivencia PARADA VÁZQUEZ, Ramón y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Derecho de la función pública*, Civitas, Cizur Menor, 2017, pág. 490.

(12) Esto tiene respaldo punitivo en el art. 509 CP que tipifica continuar el procedimiento, tras requerimiento de inhibición, sin esperar a que se resuelva el conflicto jurisdiccional «salvo en los casos permitidos por la Ley».

ria del propio derecho al gozar la Administración de autotutela. Incluso aunque la conducta fuese típica, no sería antijurídica; como mínimo se estaría ante la eximente del art. 20.7.^a CP. Pero lo que ya evidentemente no es cierto es que sobre ello haya de pronunciarse antes la Administración como si ésta tuviera la exclusiva para «definir la legalidad de sus actuaciones» (13). Eso ahora lo puede enjuiciar el juez penal sin ningún pronunciamiento previo de la Administración (14).

Por supuesto que el hecho de que la Administración pueda sancionar disciplinariamente a la autoridad y funcionario por los mismos hechos constitutivos de delito no le permite de ningún modo reclamar para sí el conocimiento del asunto: además de que en general se consideran compatibles las penas y las sanciones disciplinarias sin que a ello se oponga el *non bis in idem* (15), en todo caso se parte de la preferente actuación del juez penal de modo que sólo tras su resolución firme puede proceder la Administración (16). Así que cualquier intento por la Administración de suscitar un conflicto de jurisdicción al juez penal con este sustento está destinado al fracaso estrepitoso.

Tampoco los otros jueces, incluidos por supuesto los contencioso-administrativos, pueden frenar al juez penal mediante conflicto de competencia. Dice el art. 44 LOPJ:

«El orden jurisdiccional penal es siempre preferente. Ningún juez o tribunal podrá plantear conflicto de competencia a los órganos de dicho orden jurisdiccional».

(13) Es esa supuesta e infundada exclusividad la que, en realidad, justificó en otros momentos el uso abusivo del conflicto de jurisdicción para cerrar el paso a la jurisdicción penal, como explica el propio PARADA VÁZQUEZ, «La responsabilidad criminal...», *cit.*, pág. 140.

(14) Botón de muestra de esta situación tan distinta de la preconstitucional ofrece la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 19 de diciembre de 1997 (Ar. 1033 de 1998). En este caso dos funcionarios fueron condenados como autores de una falta de coacciones por retirar con la grúa un coche estacionado en un puerto sin el tique de aparcamiento. En el juicio de faltas los defensores trataron que se planteara cuestión prejudicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En la sentencia penal condenatoria se razonaba que no procedía porque «se trataba de una cuestión atribuida a la jurisdicción penal». Estando la sentencia penal pendiente de apelación, el Gobernador Civil requirió de inhibición al Juzgado que mantuvo su competencia de modo que quedó entablado el conflicto de jurisdicción. Y el Tribunal de Conflictos resolvió en favor del Juzgado. Ello porque realmente la Administración no reclamaba para sí la competencia sino para la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que «no se trata en este caso de un verdadero conflicto de jurisdicción». En la situación preconstitucional la Administración habría reclamado para sí el asunto (como en el caso del Ingeniero de Montes antes referenciado). Ahora no osa reclamarlo para sí porque ninguna justificación tendría tal pretensión. Y, siendo así, el conflicto de jurisdicción no tiene sentido.

(15) *Vid.* REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 424-446.

(16) Véanse los arts. 94.3 del Estatuto Básico del Empleado Público; 30.6 de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno; y, con alguna variante, 8.3 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Al contrario, son los demás jueces y tribunales los que deben detener su actuación ante la del juez penal, como preceptúa el art. 114.1.º LECr:

«Promovido juicio criminal en averiguación de un delito (...) no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndose si le hubiese en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal».

Y, finalmente, claro está, no quedan nada más que restos arqueológicos del antiguo delito, tan esencial al pensamiento de los revolucionarios franceses, de los jueces que se entrometieran en los asuntos administrativos. El art. 507 CP sigue tipificando la conducta del «Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas o impidiera su legítimo ejercicio por quien las ostentare». Pero en el contexto actual ese precepto, que está inédito, aun suponiendo que todavía realmente signifique algo, no servirá para atenazar ni aplacar al juez penal que pretenda sentar en el banquillo a una autoridad o funcionario por lo actuado en el ejercicio de sus funciones.

Lo único que queda como supuesta protección de algunas autoridades y funcionarios son los aforamientos que, parezcan bien o mal o demasiados, no son realmente ningún dique al enjuiciamiento penal sino que suscitan un mero problema de distribución de competencias entre los órganos del orden judicial penal y por ello, a la postre, diverso y mucho menor. Tan diverso y menor que aquí podemos y debemos prescindir de ello.

En suma, tenemos una jurisdicción penal completamente abierta al control de las actuaciones administrativas que puede poner en marcha cualquiera y sin frenos ni cortapisas.

IV. El juez penal también enjuicia a la administración: declara su responsabilidad civil y hasta anula sus actos

Formalmente el juez penal no enjuicia a la Administración sino a la persona física de la concreta autoridad o funcionario que haya realizado la acción típica aunque lo haya hecho en el ejercicio de su cargo público y al servicio de la Administración. Incluso ahora que nuestro CP admite la responsabilidad de las personas jurídicas, quedan a salvo de tal régimen las Administraciones públicas según su art. 31 quinquies.

Pero no se libran las Administraciones de su posible declaración como responsables civiles subsidiarios cada vez que sea condenado penalmente una autoridad, funcionario o empleado público en el ejercicio

de su cargo, tal y como establece el art. 121 CP (17). Así que ahí estará la Administración como parte en el proceso penal y eventualmente como condenada por la sentencia, no a pena alguna, pero sí a pagar indemnizaciones en ocasiones de elevadísima cuantía.

Y hay más y muy relevante: la jurisdicción penal se ha arrogado competencia para, además, anular actos administrativos.

No aparece el fundamento legal para tal contenido de las sentencias penales. No hay duda de que esos actos administrativos pueden estar incurso en la causa de nulidad que actualmente recoge el art. 47.1.d) LPAC, como lo hacían las leyes predecesoras: «los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta». Y lo mismo cabría decir de un reglamento si se condena por el delito del art. 506 CP. Lo discutible es que esa nulidad pueda ser declarada por los jueces y tribunales penales. En los preceptos del CP dedicados a la prevaricación, cohecho, expropiaciones ilegales, reglamentos ilegales... no hay ninguna alusión a tales declaraciones de nulidad (18). Tampoco la LECr las contiene. Más bien, del art. 3 LECr puede inferirse lo contrario en tanto que sólo permite a los jueces penales adentrarse en cuestiones administrativas «para sólo el efecto de la represión», no para ningún otro como sería el de la nulidad del acto (19).

(17) A este respecto es capital la obra de CASINO RUBIO, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

(18) Lo que sí hay en el CP son algunos artículos que permiten al juez penal ordenar el restablecimiento de la legalidad y, en concreto, la reposición de la realidad a su estado originario (arts. 319.3, que habla concretamente de la demolición; 321.2.º que habla de la reconstrucción o restauración; y 323.3 que se refiere a las «medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado»). O sea, el juez penal impone medidas que no son penas; pero, aun así, no se prevé que anule actos administrativos. Podría argumentarse algo así como esto: si el CP sí que establece que el juez penal puede ordenar la demolición, la reconstrucción o la restauración es que está dando por hecho que puede anular los actos administrativos que permitieron hacer lo que ahora se ordena deshacer. En esa línea AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción* Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 143. A lo que cabe objetar lo siguiente: ninguno de los preceptos que prevén que la sentencia penal ordene la demolición, la reconstrucción o la restauración se refieren a delitos en los que haya debido mediar un acto administrativo (por tanto, no se refieren a ninguna de las modalidades de prevaricación) sino a los delitos cometidos por particulares que normalmente no contarán con ninguna autorización administrativa. Por ejemplo, en los dos delitos urbanísticos, los de los arts. 319 y 320, la facultad de ordenar la demolición está en el 319, o sea, en el que no se parte de la existencia de un acto administrativo, no en el 320, el de la prevaricación urbanística. De ello cabe inferir que el legislador no quiso dar al juez penal la facultad de ordenar reposiciones de la realidad física alterada en virtud de actos administrativos, aunque estos sean delictivos. Y si no quiso dar al juez penal esas facultades cuando media un acto administrativo menos aun parece estar en la voluntad de la ley dársela para anular actos administrativos.

(19) Lo destacan certeramente GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, I, cit., pág. 675; y MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, XII, 4.ª ed., BOE, Madrid, 2015, pág. 198. Pero conste que en algunos momentos sí hubo preceptos que expresamente otorgaban esa competencia al juez penal. Así, el art. 198 de la Ley Orgánica Municipal de 1876 establecía que los jueces penales debían anular el repartimiento de impuestos (osea, un acto administrativo) al mismo tiempo que condenasen a los Alcaldes y Concejales que hubieran cometido el fraude.

Pero lo cierto es que los tribunales penales declaran la nulidad de actos (y contratos) administrativos (20). Lo hacen como si fuera una vertiente de la responsabilidad civil derivada del delito (21). Hay excepcio-

(20) Es referencia capital la STS, Sala 2.^a, de 18 de enero de 1994, que resolvió el recurso de casación 2459/1992 (Ar. 6482 de 1997). Como la sentencia recurrida había anulado actos administrativos se pregunta «¿Fue correcta la declaración de nulidad de determinados actos que ahora se impugna? Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva». Y después dice: «La decisión fue correcta (...) porque un Tribunal penal no puede, en absoluto, dejar de pronunciarse sobre una petición que procesal y correctamente se le formula, ni puede ceder esta decisión en favor de otra jurisdicción, que no actúa de oficio, sino a petición de los interesados, incluida la Administración, de donde podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos». Más recientemente es ilustrativa la STS, Sala 2.^a, 531/2013, de 5 de junio (Ar. 5941) que anuló una sanción administrativa basada en una denuncia falsa formulada por la enemistad entre el agente y el denunciado: «... es claro que al haber sido impuesta la sanción administrativa en virtud de un boletín de denuncia cuya confección integra un delito de falsedad en documento oficial, resulta incuestionable que el acto de la denuncia es nulo por ser delictivo y la sanción administrativa impuesta también deviene nula al ser una consecuencia directa del delito». Un panorama de esta jurisprudencia puede verse en la obra colectiva dirigida por BAUZÁ MARTORELL, Felio José (Dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Hospitalet, 2017. De entre los estudios allí incluidos, BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», págs. 99 y ss.; AYMERICH CANO, Carlos, «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en págs. 164-167; y BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», págs. 196-197. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, 2009, pág. 133, tras recordar alguna STS, Sala de lo Penal, que anuló actos administrativos, afirma: «con esta premisa (...) la competencia de los tribunales penales para declarar la nulidad del acto administrativo «no parece ofrecer duda». El mismo autor defendió esa anulación por la sentencia penal en «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal. Problemas de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 80 (2005), págs. 130-131.

(21) Ello aunque se reconozca que encaja mal. Dice el Fiscal FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «Revisión del acto administrativo por la jurisdicción penal», pág. 3: «El juez penal puede y, es más, debe, si así se lo piden, declarar nulos aquellos actos administrativos dictados incurriendo en un delito (véase prevaricación) o que se hayan dictado como consecuencia de un delito (véase delito de cohecho o falsedad). Esta facultad debemos considerarla como un atípico pronunciamiento civil pues (...) no nos quedará más remedio que usar el siempre socorrido cajón de sastre de la responsabilidad civil para dar forma a una petición necesaria y coherente como es expulsar del mundo jurídico el acto administrativo fruto de un delito...». No obstante, en pág. 9, reconoce que es una facultad del juez penal «aparentemente extravagante y extraña» que debería existir «pero con la debida habilitación legal». Actualmente, dice en pág. 13, no queda «más remedio que intentar encajarlo, aunque sea a martillazos, en la responsabilidad civil derivada del delito» para lo que «no existe suficiente apoyatura legal». AYMERICH CANO, Carlos, en *Un problema pendiente...*, cit., págs. 120-124 y 147-152, y en «Sentencia penal y contrato administrativo...», cit., págs. 163-169, pone de relieve los problemas que genera esa inclusión de la nulidad en la responsabilidad derivada del delito. Alternativamente el mismo AYMERICH ha propuesto su encaje como forma o consecuencia de comiso con una construcción sugerente pero acrobática. La idea la apuntó ya en *Un problema pendiente...*, cit., págs. 159-162, y ha insistido en ella recientemente en «Corrupción, nulidad y decomiso de contratos. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala segunda) de 8 de junio (Caso Nóos) y de 11 de noviembre de 2018», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 113 (2019), págs. 378-382; también en su muy similar artículo «Sobre la nulidad y el decomiso de los contratos públicos viciados por corrupción. A propósito de la STS (Sala Segunda) de 8 de junio de 2018 (caso Nóos)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50 (2019).

nes(22); entre ellas, es destacable la STS 277/2018, de 8 de junio (23). Pero normal es que se declare esa nulidad de actos (y contratos) administrativos en la sentencia penal y es una práctica que, aunque se considere ilegal, resulta difícil combatir(24).

Además de su dudoso fundamento, el que las sentencias penales declaren la nulidad de actos administrativos genera problemas adicionales, sobre todo porque a veces los beneficiarios del acto anulado o la Administración que lo dictó o los terceros afectados (por ejemplo, los adquirentes de los edificios construidos al amparo del acto administrativo de-

(22) Entre las numerosas sentencias dictadas por Juzgados de los Penal de Málaga en relación con actos urbanísticos ilegales (la mayoría del Ayuntamiento de Marbella), aunque muchas declaran la nulidad sin grandes explicaciones (es más, son con frecuencia sentencias dictadas de conformidad con el acusado y por ello poco motivadas), las hay también que no lo hacen; de ordinario, según explican, por no haber sido emplazados los beneficiarios del acto administrativo. Incluso hay algún caso en que el fallo, en vez de declarar la nulidad, condena a la Administración a tramitar un procedimiento de revisión de oficio. Así, SAP de Málaga 278/17, de 4 de julio de 2017, que dice en su fallo: «Librese oficio al Ayuntamiento a fin de que, vista la grave apariencia de ilegalidad de la licencia de obras y de primera ocupación que fuesen otorgadas a la mercantil... inicie revisión de oficio de esos actos por la vía del art. 106 Ley 39/2015 (...) al concurrir causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.d) Ley 30/91 ó 47.1.d) Ley 39/2015». Pero entre todas las excepciones, sobresale la STSJ, Sala de lo Civil y Penal, de Valencia 16/2012, de 30 de noviembre, en la que, aunque condena por prevaricación y falsedad, rechazó la anulación de los contratos administrativos porque ello supondría invadir las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su Fundamento de Derecho 8.º lo razona concienzudamente. Merece destacarse que, entre otras cosas, apunta que esa declaración de nulidad deberá hacerse «a través de un proceso desarrollado con todas las garantías» y que ello no se daría en el proceso penal (esta sentencia fue confirmada por STS 743/2013, de 11 de octubre, pero sin entrar en lo atinente al extremo que nos ocupa). Ante ello, y algunas otras sentencias, BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «La injerencia penal en la invalidez administrativa», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, y VILLAR ROJAS, Francisco (Dirs.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017, pág. 120, entrevistó ya una tímida rectificación.

(23) Es la sentencia del caso Nóos que confirmó en este punto (no en otros) lo resuelto por la STSJ de Baleares 13/2007, de 17 de febrero. Su meticuloso fundamento de Derecho 15.º, aborda desde diferentes perspectivas la cuestión que nos ocupa. La que más nos interesa es que parte de afirmar que «nuestro ordenamiento empodera al juez penal para resolver determinadas consecuencias civiles derivadas de un delito; aunque no todas. Solo aquellas que están ligadas directamente a la comisión del delito, que son consecuencia de él; y siempre que exista un título legal habilitante que atribuya esa competencia al juez penal. No cualquier efecto extrapenal conectado con el delito se puede ventilar en el proceso penal. Las pretensiones no penales (civiles, laborales, administrativas) vinculadas al delito tienen cabida en el proceso penal tan solo cuando una ley confie su conocimiento al orden jurisdiccional penal». Con esa premisa dice que la nulidad prevista por la legislación administrativa es una «posibilidad en abstracto, pero de ahí no se deriva inexorablemente que la jurisdicción penal esté habilitada para extraer de su decisión consecuencias en el orden administrativo». Y en el caso no entiende que la jurisdicción penal pudiera declarar la nulidad de los contratos administrativos. Pero ello, sobre todo, porque quien la había pedido era la propia Administración a la que no considera legitimada para ejercer esa pretensión ya que más bien aparece como responsable civil subsidiario de los delitos, no propiamente como víctima de ellos. Así las cosas, no parece que esta STS suponga una ruptura con la jurisprudencia anterior en la que sólo introduce ciertas matizaciones.

(24) En principio, cauce adecuado para combatir esta autoatribución de la jurisdicción penal sería el del conflicto de competencias. Pero recuérdese que el art. 44 LOPJ cierra a cal y canto esa vía. Acaso, en cambio, sería posible que la propia Administración planteara un conflicto de jurisdicción pues, aunque sin efectos suspensivos, eso no está vedado por el art. 11.2 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

clarado nulo) no han sido parte del proceso penal ni han sido llamados a él(25). O han sido parte, pero como acusadores, de modo que no les corresponde defender la validez del acto supuestamente constitutivo de delito aunque, por absurdo que parezca, es lo que hacen(26). Es discutible y discutido el acierto de ese pronunciamiento de nulidad por las sentencias penales(27). Sin entrar a fondo en ese debate, que no es nuestro propósito, probablemente lo apropiado como regla general sería que, tras la sentencia penal condenatoria, se siguieran las vías específicas para la anulación de actos con todas las garantías que comportan(28).

(25) AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente...*, cit., págs. 131-135.

(26) En algunos casos, los jueces penales critican abiertamente esta actitud bipolar de acusadores/defensores. Es exponente de ello la sentencia 223/16, de 31 de mayo de 2016, del Juzgado n.º 8 de Málaga: crítica que la beneficiaria de la licencia que se personó como acusación particular «se ha erigido en una verdadera defensora del mantenimiento de las ilícitas consecuencias de los citados actos administrativos ilegales y presuntamente delictivos por los que ha adquirido la condición de perjudicada y parte en el proceso». Pero esa actitud procesal, antes que censura, evidencia la inadecuación del proceso penal para abordar estos supuestos y decretar anulaciones de licencia. Acaso cabría plantear que esta inadaptación del proceso penal por no ofrecer un cauce adecuado para la defensa de los derechos de esos sujetos (aunque se hayan personado como acusadores) puede producir también una vulneración del derecho del art. 24 CE. No cabe descartarlo radicalmente y en todo caso. Pero la Sala 2.ª del TS no lo ha acogido. Es su sentencia 854/2016, de 11 de noviembre (Ar. 5434) la que lo demuestra. Los titulares de las viviendas («unos inocentes extranjeros, desconocedores de la lengua y del sistema jurídico español, con actuaciones lamentables del Ayuntamiento, Notario y Registrador...») cuya demolición se acordó en la sentencia penal recurrieron alegando vulneración del art. 24 CE y del art. 6 CEDH. Pero el TS, tras dar explicaciones sobre la procedencia de la demolición y «reconociendo que es muy lamentable el engaño sufrido por los perjudicados», niega su indefensión con este aserto: «... no puede sin embargo compartirse el alegato de los recurrentes sobre (la) indefensión sufrida, habida cuenta (...) de su personación como acusaciones particulares a lo largo de todo el procedimiento, calificando, proponiendo prueba y medidas de todo orden en defensa de su derecho». O sea, que da por bueno que el acusador actúe de defensor; y que, por ello, no ve indefensión. Pero si eso no hubiese sido posible, si no se hubiese permitido a estos falsos acusadores combatir la demolición o la anulación de licencia, sí que cabría pensar en una real indefensión.

(27) Entre los administrativistas, postura favorable es la de AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente...*, cit., págs. 119 y ss, postura en la que ha insistido en sus trabajos posteriores ya citados. Radicalmente contrario a esa posibilidad se muestra BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Anulación de licencias...», cit., sobre todo págs. 126-128. Una postura intermedia es la de MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, XII, cit., págs. 199-201: pese a reconocer que «se produce en estos casos, sin duda, una extensión de la jurisdicción penal más allá de su dominio propio ordinario», no es tajantemente contrario a la anulación de actos administrativos por los jueces penales.

(28) Procedería declarar tal nulidad en sede administrativa o contencioso-administrativa conforme a alguno de estos cauces:

Primero. Sería posible que la Administración, tras la sentencia penal condenatoria, iniciara *motu proprio* la revisión de oficio del acto que con frecuencia, pero no siempre, conduciría a la declaración de nulidad. Además, esa revisión cabría a instancia de interesado. Y si no prospera cabrá contencioso-administrativo contra la resolución expresa o presunta denegatoria de la revisión.

Segundo. Asimismo, cabría al particular interesado interponer un recurso administrativo extraordinario de revisión pues precisamente una de las circunstancias que lo permiten es «que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en sentencia judicial firme» [art. 125.1.d) LPAC].

Pero a nuestros efectos basta afirmar que, con o sin fundamento, con o sin problemas adicionales, la jurisdicción penal también anula con frecuencia actos administrativos.

V. Las cuestiones prejudiciales devolutivas y su actual inviabilidad

Desde luego, cuando la jurisdicción penal entra a conocer sobre la existencia de delitos cometidos por autoridades y funcionarios y establece las consecuencias de ello (impone penas y determina las responsabilidades civiles derivadas del delito; otra cosa más cuestionable, como hemos visto, es que aproveche esa responsabilidad para anular actos administrativos) está dentro de sus atribuciones (art. 9.3 LOPJ) y no invade las de la jurisdicción contencioso-administrativa (29). Ahora bien, el resultado tiene algo de chocante. Porque, si existe un orden jurisdiccional especializado en Derecho Administrativo y en el control de la Administración, resulta paradójico e inconveniente que se permita tan ampliamente la entrada en ese ámbito de la jurisdicción penal. El problema no está en la determinación de los hechos, sino en la selección de las normas administrativas aplicables, en su interpretación y aplicación (30). No sólo es que así se desperdicie la existencia de una jurisdicción especializada (31).

Tercero. Si ya se había iniciado un proceso contencioso-administrativo contra un acto justamente basado en la nulidad del art. 47.1.d) LPAC, lo previsto en los arts. 10.2 LOPJ y 4 LJCA llevaría a plantear cuestión prejudicial penal necesariamente suspensiva y devolutiva para el orden contencioso-administrativo. Y, después, con el presupuesto de la sentencia penal condenatoria, sería el orden contencioso-administrativo el competente para la anulación del acto administrativo y para determinar las consecuencias de tal anulación.

Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos», *Documentación Administrativa, nueva época*, n.º 5 (2018), pág. 118; BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», *cit.*, pág. 126; e RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Demolición por delito...*, *cit.*, págs. 11-15.

(29) Nada de eso cambia por el hecho de que, junto con normas penales, deba tener en cuenta normas administrativas o de otros sectores del ordenamiento. Es más, esas normas originariamente no penales las aplica fusionadas con normas estrictamente penales; a fuer de exactos, lo que aplica es una norma penal precedente de la integración de normas estrictamente penales con otras que no lo son originariamente.

(30) Son muy atinadas las precisiones de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal: problemas de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional», *Revista del Poder Judicial*, n.º 80 (2005), págs. 122-126, cuando explica que la esencia de los problemas se encuentra, «no en el hallazgo de hechos, pues para ese fin el proceso penal ofrece medios mejores que cualquier otro, sino en la interpretación de elementos jurídicos no penales utilizados por los tipos criminales». Conforme a ello explica que «la cuestión prejudicial, frente a lo que suele afirmarse, no tiene naturaleza fáctica sino normativa»; «es una cuestión estrictamente normativa»; «su virtualidad en el proceso penal estriba en la aplicación de normas no penales para determinar la concurrencia de un elemento normativo del tipo criminal».

(31) Son expresivas las afirmaciones del Magistrado de lo Penal DE ALFONSO LASO, Daniel, «La cuestión prejudicial: estado y realidad de la misma», en ORTIZ BLANCO, Joaquín, y MAHILLO GARCÍA,

Es que las posibilidades de que la jurisdicción penal yerre en ese ámbito jurídico que no domina y produzca resoluciones injustas son elevadas. Es más, se abre la posibilidad de resoluciones judiciales penales y contencioso-administrativas contradictorias que en estos casos resultan intolerables(32).

La forma de resolver todo esto y de lograr lo que parece la cuadratura del círculo (esto es de respetar la competencia de la jurisdicción penal sin desaprovechar la especialización de la contencioso-administrativa y evitar que se produzcan resoluciones judiciales contradictorias) es imponer de algún modo un previo pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa de suerte que sólo sobre la premisa de su declaración de ilegalidad de la actuación administrativa pudieran los jueces penales apreciarla y, en su caso, si se dan los demás requisitos del delito, condenar. Pero esa necesidad de previo pronunciamiento contencioso-administrativo no tiene hoy, según suele entenderse, base legal. Ni la tiene como prejudicial a la acción ni como prejudicial al fallo(33).

No hay prejudicialidad administrativa para el ejercicio de la acción penal. Desde luego es posible que antes del juicio penal en el que sea determinante la legalidad o ilegalidad de una actuación administrativa haya habido una sentencia contencioso-administrativa que se pronuncie sobre ese extremo. Aunque se niegue que la cosa juzgada material juegue entre

Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, págs. 239-240: «... pronto nos daremos todos cuenta de que no ha servido de nada la especialización en la materia contenciosa. Mientras todos los jueces puedan abarcar todas las materias por la vía de la cuestión prejudicial incidental o de la cuestión prejudicial no devolutiva...».

(32) Es verdad que el TC no ve siempre y necesariamente inconstitucionalidad en el hecho de que distintos órdenes jurisdiccionales emanen pronunciamientos contradictorios. En algunas resoluciones, como las SSTC 171/1994, 89/1997, 190/1999, 278/2000 y 34/2003, así como el ATC 34/2003, parece aceptar la discrepancia entre resoluciones judiciales sin reproche de inconstitucionalidad. En otras, como las SSTC 77/1983, 64/1984, 158/1985, 192/1999, 16/2008 y 21/2011 parece entender que esa contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. En el fondo de lo que se trata es de se admiten esas contradicciones sólo cuando existe una justificación material (por ejemplo, distintas reglas sobre valoración de la prueba o sobre la calificación jurídica; o se abordan los hechos desde perspectivas jurídicas diferentes) y cuando además hay una motivación formal suficiente expresando las razones de la discrepancia. *Vid.* REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio, *Derecho Administrativo sancionador*, *cit.*, págs. 919-925. Es esto lo que queda mejor reflejado en el FJ 9 de la STC 172/2016. Pero en lo que nos ocupa nunca habrá esa justificación material porque la condena penal se tiene que asentar en la ilegalidad de la actuación de la autoridad o funcionario y, además, debe hacerse —como dice el art. 7 LECr— atemperándose a las reglas de Derecho Administrativo: si después la jurisdicción contencioso-administrativa (que sobre esto decide con más conocimiento y con efectos de cosa juzgada) niega la existencia del vicio que creyó ver el juez penal, la injusticia de la condena de la autoridad o funcionario será palmaria y sangrante.

(33) Tomo esta distinción de VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 286-291: las cuestiones prejudiciales a la acción suponen un obstáculo al ejercicio de ésta hasta que son resueltas por el juez no penal; las prejudiciales al fallo no impiden el ejercicio de la acción pero sí el fallo del juez penal mientras no sean resueltas por el juez no penal.

diversas jurisdicciones, nuestro problema quedará resuelto: el juez penal deberá partir como premisa de lo decidido en la sentencia contencioso-administrativa y, por tanto, aceptar que el acto o reglamento de que en cada caso se trate es legal y válido o ilegal e inválido a todos sus efectos según lo declarado en aquella sentencia(34). Pero aunque ese contencioso-administrativo previo es posible(35), no es necesario: es seguro que nadie que quiera interponer querrela contra una autoridad o funcionario tiene que seguir antes la vía contencioso-administrativa(36).

Por otra parte, aun sin ser un requisito previo para el ejercicio de la acción penal, cabría que sí fuese necesario antes de la condena penal un anterior pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa concernida por la vía de la cuestión prejudicial devolutiva. Pero esa vía, que siempre ha sido problemática y nunca fue muy utilizada, está hoy cegada.

(34) Vid. MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales...*, cit., págs. 87-88, basándose en la STC 182/1994, y págs. 107-110. Al menos, esa es la regla general. Cabe no obstante aceptar excepciones. Piénsese, por ejemplo, que la sentencia desestimatoria contencioso-administrativa pudo basarse en la inexistencia de los vicios alegados por el recurrente pero que en el proceso penal se detecte otro vicio distinto sobre el que aquella no se pronunció. A este respecto, el juicio penal no estará condicionado por la sentencia contencioso-administrativa por la elemental razón de que ésta no se pronunció sobre eso.

(35) Incluso es factible que sea el juez o tribunal contencioso-administrativo el que excite la actuación de la jurisdicción penal. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Desviación de poder...», cit., pág. 172, nota, lo basa en la aplicación supletoria del art. 40.1 LEC según el cual «cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca la apariencia de delito (...) perseguible de oficio, el tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal». Es lástima que los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo no hagan más uso de esta facultad. Si lo hicieran se desarrollarían las cosas en el orden más conveniente: habría primero un juicio por el órgano judicial especializado que acabaría simplemente con los pronunciamientos propios del contencioso-administrativo; y, tras ello, con todo el conocimiento profundo del asunto que facilitará el proceso contencioso-administrativo, el juez o tribunal de ese orden jurisdiccional que vislumbre la posible comisión de un delito promoverá, aunque indirectamente, la actuación penal. Naturalmente, esa consideración de que podría haber delito no necesita que el juez contencioso-administrativo haya visto vicio de nulidad: puede que el acto sea manifiestamente contrario a la ley (lo que por lo general sólo es causa de anulabilidad) y que se intuya un delito (por ejemplo, el de prevaricación); o que se anule por desviación de poder (lo que en principio es causa de anulabilidad) y que igualmente se entrevea delito. Sobre esto último se extiende el mismo LÓPEZ BENÍTEZ, *ibidem*, págs. 172 y ss. Cosa distinta es que si finalmente hay condena penal por la emisión de un concreto acto administrativo pueda verse *a posteriori* que sí que había la causa de nulidad del art. 47.1.d) LPAC; pero el juez contencioso-administrativo habrá anulado antes por otro vicio para cuya apreciación, claro está, no tiene sentido que plantee cuestión prejudicial ante el orden penal. Y en sentido contrario puede haber infinidad de actos administrativos nulos de pleno derecho en los que no haya ni los más mínimos indicios de delito alguno.

(36) Además de que es una obviedad indiscutida, sirve de fundamento, aunque sea por analogía, el art. 114.2.º LECr: «No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito». Si no es necesario el previo ejercicio de la acción civil, tampoco debe serlo el de la acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en efecto, no lo es y ningún juez penal ha creído que ello sea un requisito previo.

El precepto capital era y sigue siendo el art. 3 LECr:

«Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones (...) administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación».

Por tanto, la regla general es que el juez penal debe resolver por sí mismo la cuestión administrativa que se le plantee como premisa para la aplicación del correspondiente precepto penal (es la llamada cuestión prejudicial no devolutiva). Pero el art. 4 de la misma LECr sí que admite (o admitía) y hasta impone (o imponía) la cuestión prejudicial devolutiva:

«Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal (...) contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento.

En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal».

Por lo pronto, es contradictorio que el precepto se exprese en términos imperativos («suspenderá», dice) y que, sin embargo, confíe a la voluntad de la parte interesada que inste el proceso correspondiente⁽³⁷⁾. En segundo lugar, es dudoso si podrá la parte interesada

(37) Se trata propiamente de una carga de la parte procesal interesada en la cuestión prejudicial que, de no cumplirse en el plazo conferido, hace que el juez penal continúe su proceso sin más. Eso con razón hace decir GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Los conceptos jurídico-administrativos...», *cit.*, pág. 99, que la cuestión prejudicial está ahí concebida como una «ventaja para la parte que la propone» y que «a ella es a quien beneficia la devolución». Pero quizá más lógico sería que fuera el propio juez penal el que directamente la planteara y el que estuviera interesado en su resolución puesto que se parte de que es «determinante de la culpabilidad o de la inocencia». Máxime si, como se admite comúnmente, las cuestiones prejudiciales se pueden suscitar de oficio (MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica...*, *cit.*, pág. 91). Así que esta configuración como carga de la parte interesada parece desacertada. Sobre esta configuración de la cuestión prejudicial como carga de las partes, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal...», *cit.*, pág. 116.

interponer recurso aunque hayan pasado los plazos para recurrir(38) y, por otro lado, si también en estos casos hay que agotar antes de ir al contencioso la vía administrativa(39). Por último, cuando lo que conviene a una parte del proceso penal es que el tribunal contencioso-administrativo declare la legalidad de un acto o reglamento (por ejemplo, cuando el acusado de prevaricación quiere que la jurisdicción contencioso-administrativa declare que el acto que él dictó es legal) no se sabe cómo puede lograrlo ya que no existe una acción ante esa jurisdicción para que se declare la legalidad y validez de un acto o reglamento(40). Son sólo algunas de las dificultades que suscitan estos preceptos y que han llevado a decir que las normas sobre cuestiones prejudiciales de la LECr son «sumamente insatisfactorias» y que en ellas, más que soluciones, se ven «nebulosas»(41). En parte por

(38) La respuesta afirmativa se atisba en la STS, Sala 3.ª, de 14 de mayo de 2002 (Ar. 4565): se impugnaban unas licencias y, alegada por la Corporación demandada la interposición extemporánea el contencioso-administrativo, el TS simplemente contesta que no es así porque se interpuso dentro del plazo de dos meses conferido por el juez penal que en las diligencias previas había aplicado el art. 4 LECr. En contra, dice GIMENO SENDRA, Vicente, «Cuestiones prejudiciales devolutivas y «non bis in idem» en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1 (2003), pág. 11: «Naturalmente, y aunque la norma no lo diga de modo expreso, la posibilidad de ejercicio del derecho de acción queda supeditada a la ausencia de (...) caducidad del propio derecho de acción. Si por el transcurso del tiempo, el particular no reaccionó contra el acto del que se deriva la cuestión y ya no pudiera ser revisado por la Jurisdicción (...) administrativa, huelga que el tribunal penal conceda a las partes siquiera dicho plazo. Habrá de extender necesariamente a ella su conocimiento «para el solo efecto de la represión» (art. 3 LECr)». Y lleva hasta sus últimas consecuencias esta tesis en págs. 12 y 13. Igualmente, ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pág. 201. De aceptarse esta tesis, dados los fugaces plazos para interponer recursos contra actos administrativos, sería prácticamente inviable la cuestión prejudicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, no toma en consideración que la parte del proceso penal que ahora tenga interés en la cuestión prejudicial contencioso-administrativa pudo no tener ninguno en impugnar antes el acto administrativo: es justamente la existencia de una acusación penal lo que le lleva a proponer la cuestión prejudicial.

(39) Sobre todo esto, MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica...*, cit., págs. 100-103.

(40) Lo puso certeramente de relieve PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal...», cit., págs. 133-134. Acaso la alternativa sería considerar que quien ha acusado de prevaricación es el que tiene la carga de interponer recurso contencioso-administrativo y que si no lo hace en el plazo de dos meses sufrirá las consecuencias que serían, tal vez, la de una presunción de legalidad del acto administrativo supuestamente constitutivo de delito.

(41) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 10.ª ed, 1987, pág. 107. Pese a todo, estos arts. 3 y ss. LECr no se han modificado desde su aprobación en 1882. Ello es especialmente chocante en relación con las cuestiones prejudiciales administrativas porque en aquellos momentos la jurisdicción contencioso-administrativa seguía sin ser judicial o sin ser estrictamente judicial (el sistema «armónico» de la Ley de Santamaría de Paredes) y el hecho de que luego se haya convertido en una jurisdicción genuinamente judicial —que supone un cambio radical— podría haber llevado a replantear este extremo y otros muchos de las relaciones entre esa jurisdicción y la penal.

ello y en parte por otras razones, nunca se hizo gran uso de este art. 4 LECr(42).

En este contexto de infrautilización del art. 4 LECr, la cuestión prejudicial devolutiva pareció encontrar radical revitalización en una serie de SSTC de 1996 (30, 50, 91, 102/1996) que, frente unos supuestos en que el juez penal no suscitó la cuestión prejudicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, declararon vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del condenado. Así que, según se creyó, plantearla se convertiría en obligatorio. Por eso ante estas SSTC la doctrina echó las campanas al vuelo como si efectivamente se hubiera consagrado con amplitud la existencia de obligadas cuestiones prejudiciales devolutivas(43).

(42) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en la obra colectiva *Los grandes procesos de la Historia de España*, Crítica, Barcelona, 2002, pág. 515, tras explicar la conveniencia de cuestiones prejudiciales devolutivas en los procesos penales, afirma que «la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales ha puesto dicha solución en el desván donde se almacenan las técnicas jurídicas más olvidadas». Vid. también MARTÍ DEL MORAL, Antonio, «De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998), págs. 203-205; y BALLBÉ MALLOL, Manuel y PADRÓS REIG, Carlos, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, 2004, pág. 182. Aun así, pasando revista más detenidamente a la jurisprudencia se descubren casos en los que se acudía a la solución del art. 4 LECr.

(43) En concreto, esta jurisprudencia constitucional mereció un comentario muy favorable de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 98 (1998), págs. 231 y ss. Hasta el punto de que en pág. 249 terminaba afirmando: «Un importante campo de la vida jurídica queda iluminado con una luz nueva y liberadora». Sobre todo, concluía en la especial obligatoriedad de la cuestión prejudicial devolutiva ante los delitos de prevaricación. Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, pág. 676. Allí rematan su postura con estas palabras: «Si hace más de cien años (el art. 4 LECr) estimó que esto (la cuestión prejudicial devolutiva y suspensiva contencioso-administrativa) del proceso penal era lo más conveniente para la justa decisión de la causa penal, ¡qué no podría decirse hoy, habida cuenta de la extraordinaria complejidad que en nuestros días ha adquirido el ordenamiento administrativo! Dogmatismos aparte (...) es forzoso reconocer que (los tribunales penales) no son la sede más adecuada para analizar y valorar la conformidad a Derecho de una reparcelación urbanística o de un Estudio de Detalle, asuntos que, sin ser metafísica, se alejan mucho de la formación del juez penal». También comentó esta jurisprudencia constitucional MARTÍ DEL MORAL, Antonio, «De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas ...», *cit.*, págs. 199 y ss., que afirmó (pág. 206) que esta sentencia «tiene la virtualidad de resucitar a un muerto toda vez que la técnica de la prejudicialidad devolutiva había sido prácticamente abandonada» y, además, la «eleva a rango constitucional»; ello porque con estas sentencias el TC «aumenta el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva dotándole de un nuevo elemento», «descubre un nuevo componente del derecho a la tutela judicial efectiva» (pág. 222). Con similar conclusión RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 285 (1997) y BALLBÉ MALLOL, Manuel y PADRÓS REIG, Carlos, *La prejudicialidad administrativa...*, *cit.*, págs. 49 y 207-225. Por el contrario, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal...», *cit.*, págs. 120-122, criticó esta jurisprudencia. El error más relevante que le imputa es el de haber puesto el acento en los hechos y no en su valoración jurídica; y en pág. 127 dice que es una jurisprudencia «tan confusa y débil que no ha trascendido del caso concreto». Asimismo, en págs. 127-132 y 138-139, critica la doctrina que hizo una interpretación «maximalista» de esa jurisprudencia. Vid también AYMERICH CANO, Carlos, «Sentencia penal y contrato administrativo...», *cit.* págs. 154-163.

Pero fue un espejismo. Realmente esas SSTC se enfrentaban a unos casos con singularidades y un resultado final especialmente sangrante(44). También su razonamiento era peculiar (acaso tortuoso y erróneo). Y por todo ello admitían una interpretación más modesta que la que quiso ver la doctrina. Pues bien, fue esa interpretación más modesta la que finalmente acogió el propio TC: sólo en determinados casos extremos (que entre otras cosas exigen que se produzca efectivamente una contradicción entre la sentencia contencioso-administrativa y la penal condenatoria) no plantear la cuestión prejudicial devolutiva podría considerarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Salvo esos excepcionales supuestos, plantearla o no es para el TC problema de mera legalidad ordinaria(45).

Pero todo lo dicho hasta aquí (las dudas y dificultades para aplicar el art. 4 LECr, su escaso uso y su supuesta y falsa revitalización por el TC) ha perdido importancia porque es hoy jurisprudencia generalizada que el art. 4 LECr está tácitamente derogado desde la aprobación en 1985 de la LOPJ por su art. 10. Recordemos el texto de ese art. 10 LOPJ:

(44) Los asuntos que dieron lugar a esas SSTC de 1996 (y que tuvieron su epílogo en la STC 255/2000, de 30 de octubre) eran peculiares y también especialmente injustos pues en realidad en varios de ellos había ya sentencias contencioso-administrativas (aunque no firmes) en sentido contrario a lo apreciado por los jueces penales: según aquéllas, quienes tenían el título de odontólogo obtenido en la República Dominicana podían ejercer en España y, por tanto, si lo hacían no incurrían en el delito de intrusismo por el que, pese a ello, se les condenó. En algunos de los supuestos objeto de esas SSTC no había todavía sentencia contencioso-administrativa pero el recurso estaba en marcha. En todo caso, podría pensarse que no se estaba ante las genuinas cuestiones prejudiciales, que son las no resueltas, sino ante las resueltas, que no son propiamente cuestiones prejudiciales, como explica VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, *cit.*, págs. 306-307.

(45) Así, STC 278/2000; y antes y después AATC 61/1992, 175/1997 y 15/2009. En este último, precisamente ante la condena a un alcalde y a un funcionario municipal, se lee: «... la existencia de una cuestión prejudicial administrativa y, en su consecuencia, la decisión de suspender el correspondiente procedimiento penal en curso es patentemente una cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria». Se comprende mejor el sentido de esta jurisprudencia con la lectura del citado artículo de GIMENO SENDRA que, no se olvide, fue el ponente la STC 30/1996, esto es, de la primera de las SSTC que «desempolvieron» al art. 4 LECr. Pues bien en «Cuestiones prejudiciales devolutivas...», *cit.*, págs. 9-14, acoge una interpretación del art. 4 LECr y de esas SSTC que prácticamente reduce a la marginalidad y a la total inutilidad las cuestiones prejudiciales devolutivas en los procesos penales. Lo hace por muy distintas vías pero sobre todo con estas tres exigencias: a) que en el momento de dictar sentencia penal ya haya conocido o esté conociendo el juez contencioso-administrativo; b) que haya efectiva contradicción entre lo que resuelvan las dos jurisdicciones; y c), para colmo, que la sentencia penal condene a pena privativa de libertad. Sólo así, sostiene, la inaplicación del art. 4 LECr supondrá violación del derecho a la tutela judicial efectiva y permitirá el éxito de un recurso de amparo. Pero, para empezar, esa primera exigencia comporta desnaturalizar la cuestión prejudicial devolutiva en otra cosa diferente pues ya no se tratará de plantearla con ocasión del proceso penal sino de que ya haya un contencioso-administrativo. La segunda exigencia hace inútil la cuestión prejudicial pues para eso basta, como se verá, el recurso de revisión. Y la exigencia de pena privativa de libertad resulta extravagante pues no se acierta a comprender por qué otros derechos no tienen igual tutela judicial efectiva. Lo critican con acierto RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal...», *cit.*, págs. 133-134; y ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial administrativa...», *cit.*, págs. 201-202.

1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.
2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca.

Aunque ya antes alguna sentencia y algún autor había defendido la derogación tácita del art. 4 LECr(46), la Sala 2.^a del TS seguía dando por vigente el art. 4 LECr años después de la LOPJ (47). Pero finalmente la misma Sala 2.^a del TS terminó por acoger la tesis de la derogación del art. 4 LECr por el art. 10 LOPJ (48). Bástenos reproducir la categórica afirmación de la reciente STS, Sala 2.^a, 64/2019, de 6 de febrero (Ar. 404):

(46) Ya en la edición de 1987, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, cit., decían en pág. 416 que el art. 10.1 LOPJ significa que «de los cinco artículos que dedicaba al tema la LECr de 1982 no subsiste sino el primero y el último, esto es, el 3 y el 7». Y después en la misma línea SENÉS MOTILLA, M.^a Carmen, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 96-98; y DE LA OLIVA, Andrés, et alii, *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, ya en su edición de 1995, pág. 251. Una postura peculiar mantuvo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal...», cit., págs. 112-117, para quien el art. 4 LECr subsistía pero debía ser reinterpretado de modo que la cuestión prejudicial sería relativa, es decir, que plantearla quedaría a elección del juez penal que sólo podría hacerlo cuando lo considere absolutamente indispensable. Una panorámica de las distintas posiciones doctrinales puede verse en ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial...», cit., págs. 150-155.

(47) Por ejemplo, STS, Sala 2.^a, 1384/1994, de 5 de julio (Ar. 6247) que sin más explicaciones lo invoca en el caso de un delito de prevaricación. Y más explícitamente STS, Sala 2.^a, 5/1996, de 20 de enero (Ar. 46) según la cual «tales artículos 4 LECr y 10 LOPJ no se contradicen» porque el art. 10 LOPJ «aunque posterior en el tiempo, en nada viene a modificar esa normativa (art. 4 LECr), sino más bien a ratificarla, ya que, aun respetando la preferencia de la jurisdicción penal como regla primaria y general, salva, sin embrago, «aquellas excepciones que la Ley establezca», excepciones que, repitamos, vienen determinadas en el art. 4 de la Ley Rituaria».

(48) En ese sentido SSTS, Sala 2.^a, 599/2018, de 27 de noviembre (Ar. 5262); 434/2014, de 3 de junio (Ar. 3125); 104/2013, de 19 de febrero (Ar. 1302); 450/2007, de 30 de mayo (Ar. 4817); 670/2006, de 21 de junio (Ar. 6637); 363/2006, de 28 de marzo (Ar. 1848); 1570/2002, de 29 de septiembre (Ar. 8847); 2486/2001, de 21 de diciembre (Ar. 1213 de 2002); 2059/2001, de 29 de octubre (Ar. 939 de 2002); 1490/2001, de 24 de julio (Ar. 7720). Por ejemplo, decía ya esta última: «... la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10 LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza (...) administrativa (...) que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la decimonónica LECr». Nos parece que tal derogación es discutible y que bien podría entenderse que el art. 10.1 LOPJ sólo establece una regla general que hay que completar con otras disposiciones. Por ejemplo, el art. 10 LOPJ no se refiere a la cuestión prejudicial ante el TC o ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero evidentemente no las excluye ni siquiera para el juez penal. Lo mismo cabría decir de la cuestión prejudicial prevista en el art. 4 LECr. De hecho, numerosos autores sostuvieron la vigencia del art. 4 LECr como recoge MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica...*, cit., pág. 188, tesis a la que la misma Morcillo se suma con diversos argumentos (págs. 189-193). Pero la posición actual y consolidada de la jurisprudencia es otra. La crítica por «contradecir la doctrina constitucional» y por producir «efectos indeseados y muy graves» LOZANO CUITANDA, Blanca, «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los

«Se declara de conformidad con una ya pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Sala que a partir de la entrada en vigor del art. 10 LOPJ, como premisa, *no son admisibles cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal*» (49).

Si se dijo que la STC 30/1996 resucitó a un muerto y si la jurisprudencia constitucional posterior dejó a resucitado casi sólo como un espectro, el TS ha terminado por enterrarlo definitivamente en la fosa común (50). Así que, a día de hoy, no es ya sólo que el juez penal no tenga el deber de plantear cuestiones prejudiciales devolutivas ante el contencioso-administrativo, sino que, aunque quisiera, no puede hacerlo: tiene cerrada esa posibilidad pues, obsérvese, lo que dice el TS es que tales cuestiones «no son admisibles» (51).

En suma, la fórmula que pudiera conciliar la competencia de la jurisdicción penal con su desconocimiento de Derecho Administrativo y con la especialización de la jurisdicción contencioso-administrativa así como evitar sentencias contradictorias ha quedado arruinada.

VI. La débil alternativa de la prueba pericial jurídica

Ante la necesidad de aclarar aspectos jurídico-administrativos del proceso penal y la reticencia tradicional a las cuestiones prejudiciales devoluti-

delitos administrativos», en BAÑO LEÓN, José María (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016, III, págs. 2851-2853. También ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial...», *cit.*, pág. 170, afirma que la tesis del TS sobre la derogación del art. 4 LECr «es rigurosamente contradictoria con la doctrina constitucional» (lo completa en págs. 192-196). Pero no creo que realmente haya contradicción con la jurisprudencia constitucional finalmente consolidada. Más bien cabe pensar que el hecho de que el TC terminó viendo en la cuestión prejudicial devolutiva una cuestión de mera legalidad ordinaria dio alas a la Sala 2.^a del TS para acabar con tal figura que ve con poca simpatía.

(49) Conste, con todo, que a pesar de declaración tan radical, en esta STS, como en otras de la misma Sala 2.^a, se juega con cierta ambigüedad, de modo que se mezcla esa rotunda afirmación con otras sobre el momento improcedente en que se pidió que se plantease la cuestión prejudicial o se rechaza «una interpretación amplia» del art. 4 LECr o incluso se habla de «la obligada lectura integradora de los arts. 3 y 4 LECr y 10.1 LOPJ». Pero si se acepta que el art. 10.1 LOPJ derogó al art. 4 LECr no tiene sentido hablar del momento oportuno para plantear la cuestión ni rechazar una interpretación amplia de éste ni proponer una lectura integradora de esos preceptos. Parece, por así decirlo, que la Sala 2.^a no cree tenerlas todas consigo y que ni él mismo está muy convencido de la derogación tácita del art. 4 LECr.

(50) AYMERICH CANO, Carlos, «Sentencia penal y contrato administrativo...», *cit.*, pág. 164: la «prejudicialidad devolutiva (...) tal y como se regula y es aplicada en la actualidad por la jurisdicción penal, es una vía muerta a pesar de las expectativas que en ella depositó un importante sector doctrinal». La misma idea la desarrolló en *Un problema pendiente...*, *cit.*, págs. 77 y ss.

(51) Así, cabe decir, que por vía jurisprudencial se ha consagrado un sistema absoluto de prejudicialidad penal en el sentido que le da VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales...*, *cit.*, págs. 309-313, esto es, aquél en el que todas las cuestiones prejudiciales han de ser resueltas por el juez penal pues ninguna es de carácter devolutivo.

vas, se fue abriendo paso la llamada prueba pericial jurídica. No sólo en los supuestos de acusación de autoridades y funcionarios que aquí nos ocupan sino también cuando se trata de condenar a particulares por el supuesto incumplimiento de normas administrativas. Ahora, cuando no ya es sólo que haya resistencia a esas cuestiones, sino que no son admisibles, la tendencia a la práctica de tal prueba podría reforzarse. El TS en alguna ocasión se ha pronunciado en contra de su admisión (52). Y en teoría no le falta razón: una prueba pericial jurídica parece *contra natura* pues ni versa sobre hechos ni se refiere a aspectos técnicos ajenos al conocimiento jurídico sino sobre este mismo que se supone que es el propio del juez (53). Pese a ello no son inusuales. Son los mismos fiscales quienes las proponen sirviéndose de ordinario de funcionarios que, por cierto, contaminados por su actuación en la vía administrativa previa, parecen propender a sustentar a toda costa la acusación (54). Las defensas tratan de contrarrestarlas con otras pruebas periciales jurídicas mediante dictámenes emitidos por expertos en Derecho Administrativo. Y los jueces suelen admitirlas, al menos cuando se trata de ilustrarles sobre aspectos jurídicos distantes de su especialización y complejos. Así que, en suma, esta especie de sucedáneo de la cuestión prejudicial devolutiva parece dependiente de una mera tolerancia del juez penal como una práctica que, como mínimo, hay que calificar de *praeter legem*. Y, aun así, es una prueba que genera desconfianza (55).

(52) Así, STS, Sala 2.ª, 700/2016, de 9 de septiembre (Ar. 4411): «El Tribunal *a quo* incurre en el extendido error de valerse de peritajes jurídicos para resolver aquello que tenía que haber resuelto por sí solo»; y STS, Sala 2.ª, 177/2017, de 22 de marzo (Ar. 2659): «La exclusión del peritaje jurídico es una consecuencia asociada a la naturaleza de la prueba pericial, tal y como describe su objeto el art. 456 LECr. De hecho, ha sido rechazado por reiterada jurisprudencia, de la que las SSTS 41/2016, de 9 de septiembre, y 343/2007, de 20 de abril (Ar. 3594), son elocuentes muestras».

(53) Véase RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «¿Atestado, pericia o cuestión prejudicial? Sobre ciertas corruptelas en la tramitación de causas por injustos administrativos criminalizados», en *Actualidad Aranzadi*, n.º 310 (1997), *in totum*.

(54) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «De los delitos y las penas: ayer y hoy», *cit.*, pág. 523: «En los procesos penales españoles, suele tenerse por peritos independientes e imparciales a funcionarios que tienen un interés directo y manifiesto en sostener las tesis contrarias al inculpado» especialmente en los procesos penales que «arrancan de una denuncia acordada por un órgano administrativo... (...) Cuando el procedimiento penal se sustancia, serán designados peritos los mismos funcionarios que han intervenido en la fase administrativa. Es completamente obvio que actuarán sin objetividad e independencia. Son peritos de parte». Pero con el agravante de que se presentarán como si respetaran su deber de objetividad. Igualmente AYMERICH CANO, Carlos, «Sentencia penal y contrato administrativo...», *cit.* pág. 158, y *Un problema pendiente...*, *cit.*, pág. 91.

(55) Es revelador del descrédito de estos informes lo que se afirma en las conclusiones del seminario sobre responsabilidad penal y Administraciones locales del 5 de junio de 2009 promovido por la Fundación Democracia y Gobierno local, publicadas en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010, pág. 90: el peritaje de Derecho es «una práctica rechazable en cuanto no es garantía de objetividad ni de acierto». Es lástima que a veces esos informes no tengan la mínima objetividad y que sean burdamente sectarios. Pero el problema, una vez más, es que la falta de conocimientos de algunos jueces penales no les permite siquiera distinguir entre esos informes chuscos y los realizados con rigor y la mejor voluntad.

VII. El tardío remedio recurso extraordinario de revisión

La única novedad legislativa en el panorama descrito la introdujo la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En concreto, modificó el art. 954 LECr que ahora, en su apartado 1.e), establece como novedad este caso para el recurso extraordinario de revisión contra sentencias penales firmes: «Cuando, resuelta una cuestión prejudicial, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal». Se refiere a las cuestiones prejudiciales no devolutivas; así que significa que cuando el propio juez penal haya resuelto por sí mismo (como ahora debe hacer siempre) la cuestión prejudicial y con posterioridad se dicte sentencia (en nuestro caso, sentencia contencioso-administrativa) contradictoria y ésta alcance firmeza, se podrá revisar y anular aquélla para adecuarla a ésta (56).

Bienvenida sea la novedad. Pero no puede dejar de observarse que no es más que la consagración de un remedio extremo y posterior ante una injusticia para la que no se ha previsto ninguna solución previa y preventiva que evite su consumación. Podrá decirse aquello de que la verdad siempre resplandece al final; sí, en efecto, cuando ya no queda nadie para oírla y a nadie le importa.

Por lo demás, esta nueva causa del recurso de revisión sirve para evidenciar que el escaso juego que el TC acabó dando a la cuestión prejudicial devolutiva y a la posibilidad de recurso de amparo cuando se produzcan sentencias contradictorias ha perdido todo interés práctico pues en lugar de ese estrecho recurso de amparo resulta más fácil el recurso de revisión conforme al art. 954.1.e) LECr. También pone de relieve el peligro de que la jurisdicción penal anule ella misma los actos administrativos porque entonces no cabrá contencioso-administrativo contra esos actos (será un recurso carente de objeto por la anulación anterior) y, por tanto, se abortará la posibilidad de pronunciamiento de la jurisdicción

(56) En el Preámbulo de dicha Ley 41/2015 simplemente se alude a esta novedad al afirmar que se ha incluido «la posibilidad de impugnación de sentencias penales que puedan resultar contradictorias con la dictada posteriormente en otro orden jurisdiccional acerca de una cuestión prejudicial no devolutiva». En realidad, ya se había propugnado el recurso extraordinario de revisión como solución ante esas situaciones. Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito...», *cit.*, pág. 242, que proponía subsumir el supuesto en el del antiguo art. 954.4 LECr, es decir, el previsto para «cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado»; e igualmente solución MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales...*, *cit.*, págs. 521-522. La STC 150/1997 avalaba esta aplicación del art. 954.4 LECr cuando afirmaba que «una sentencia es también un «hecho» a los efectos de ese precepto. Pero, en cualquier caso, ahora con la nueva redacción del art. 954.1.e) LECr todo queda más claro.

contenciosos-administrativa, de contradicción de sentencias y, por ende, del recurso de revisión por el cauce del art. 954.1.e) LECr.

VIII. Alicientes para acudir a la jurisdicción penal en vez de a la contencioso-administrativa

No sólo es que la jurisdicción penal esté ampliamente abierta a este control de la Administración en el que se impone pena a la autoridad o funcionario, se declara la responsabilidad de la Administración y se anulan sus actos sin filtros ni posible colaboración de la contencioso-administrativa sino que existen ciertos estímulos para acudir a aquélla en vez de a ésta.

Para empezar, en el proceso penal será irrelevante que el acto administrativo haya devenido firme: eso impedirá los recursos administrativos ordinarios y el contencioso-administrativo, pero no que se persiga una real o supuesta prevaricación o delito similar. Esto no depende de los plazos fugaces para impugnar los actos administrativos sino del plazo de prescripción de los delitos, mucho más largo. Conforme al art. 131 CP la prescripción de la prevaricación ordinaria es de quince años; como mínimo de diez años. Y, por cierto, que para declarar la responsabilidad civil derivada de delito (incluida la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración) tampoco jugaría el plazo anual de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para ejercer la acción penal no hace falta agotar la vía administrativa. Así, cuando no quepa todavía interponer contencioso-administrativo porque sea necesario previo recurso de alzada, sí que podrá acudir directamente a la vía penal. Y si lo que interesa es conseguir la indemnización, en vez de todo el procedimiento administrativo que nuestra legislación exige para acudir después a su reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los jueces penales pueden otorgarla sin aquella vía previa.

También la acción popular penal permite superar eventuales problemas de falta de legitimación en la vía administrativa y contencioso-administrativa. Por ejemplo, un partido político o una entidad del tipo «Manos Limpias» (incluso aunque tenga realmente limpias las manos) puede que con frecuencia no tenga legitimación para recurrir un acto o reglamento pero sí para interponer una querrela contra su autor y, desde luego, para formular una mera denuncia ante la jurisdicción penal.

En algunos supuestos no será un acicate menor el hecho de que el juez penal buscará de oficio o a veces a petición del actor pero siempre de forma expeditiva toda la prueba necesaria, mientras que en vía administrativa y contencioso-administrativa eso recaerá sobre el recurrente y

a veces con grandes dificultades. Incluso en ocasiones todo lo acopiado por el juez penal puede hacer mucho más fácil un posterior contencioso-administrativo.

Y, sobre todo, la vía penal es mucho más efectista e intimidante que un discreto y hasta oscuro contencioso-administrativo (57). El contencioso-administrativo, por la forma de su proceso y por el contenido de sus sentencias, no comporta el más mínimo riesgo personal para la autoridad o funcionario por malévolo que haya sido su comportamiento. En el contencioso-administrativo se envía un frío expediente, se cruzan una serie de escritos por las partes que nadie conoce, sin que ninguna autoridad o funcionario tenga que comparecer ni buscar abogado ni pagarlo; todo para que finalmente se dicte una sentencia acaso anulatoria, incluso con suerte condenatoria para la Administración que deberá hacer algo o pagar una indemnización. Y a la autoridad responsable de aquélla actuación, que no ha sufrido nada durante ese sombrío y circunspeto proceso y que nada le ha costado, ¿qué le importa esa sentencia seguramente dictada mucho tiempo después, incluso cuando él ya no ocupe ese cargo sino otro? Si es una autoridad bienintencionada que ahora se encuentra con una sentencia adversa, perfecto: mejor que no haya sufrido el proceso y que no sufra la sentencia. Pero si no lo es, si es una autoridad frívola o que abusa de su poder y desprecia al Derecho, puede pensar que eso de que su control dependa de la jurisdicción contencioso-administrativa es paradisiaco. No encuentra allí el más mínimo freno. Frente a ello, el proceso penal, incluso en el supuesto de que se turne a un juez de instrucción prudente, sí que le importa desde el primer día, sí que es disuasorio.

Así que acudiendo a la jurisdicción penal se puede tener al final lo mismo que en la contencioso-administrativa (anulación de actos, responsabilidad de la Administración...), pero más fácilmente (sin agotar la vía

(57) Esto lo ha destacado con gran viveza JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto Andrax», en LÓPEZ MENUDO, Francisco (Coord.). *Derechos y garantías de los ciudadanos. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, sobre todo págs. 710-713: en nuestro tiempo de imágenes sucede que «la zarpa de la justicia se asocia indefectiblemente a la foto de una persona —cuanto más conocida, mejor— entrando a un Juzgado a declarar, de manera preferente con cara de pocos amigos (...). Eso, si es que no va en coche celular. Para las víctimas de tal o cual situación, pero también para la opinión pública, sin eso no hay auténtica justicia...». Por el contrario, en el contencioso-administrativo «el verdadero autor puede seguir en su madriguera» y que «no tenga que dar la cara nunca». En la «civilización del espectáculo», en la expresión del conocido libro de Vargas Llosa, eso es más importante que el análisis riguroso de los hechos y el proceso contencioso-administrativo puede identificarse con el «gran bostezo». Por eso, como afirma BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», *cit.*, pág. 178, «por su trascendencia mediática, resulta mucho más efectiva una querrela que el mejor de los recursos contenciosos».

administrativa, sin breves plazos...), y, además, con escarnio para la autoridad o funcionario, quizá hasta con una pena, con la satisfacción, acaso malsana, que eso produce (58). Incluso aunque todo acabe en absolución o sobreseimiento cabe pensar —en versión procesal del «calumnia, que algo queda»— «queréllate, que algo queda» (59); máxime si, como es frecuente, los procesos penales terminan por resolución que se limita a absolver por falta de pruebas, lo que es insuficiente para restaurar el prestigio dañado.

No abundaré más en esto y concluyamos en que no es ya que la vía penal esté abierta con gran amplitud y sin filtros sino que hay alicientes poderosos que animan a emprenderla en vez de seguir la vía natural del contencioso-administrativo (60). No sólo que animan a emprenderla sino que seguramente, al final, hayan hecho rentable activarla incluso aunque acabe sin condena.

IX. Un sistema con elementos positivos pero también con demasiados efectos secundarios

El panorama descrito es fruto de una larga evolución en gran parte consciente en la que deliberadamente se ha ido construyendo y dejando expedito el camino para la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios. Y hay que afirmar que tiene muchos elementos que merecen un juicio favorable. Tal vez, incluso, que en conjunto merece una valoración positiva. Evidentemente no basta el control propio del contencioso-administrativo en el que quedan al margen las personas concretas que han actuado por la Administración y deja impunes sus comportamientos aunque sean execrables. Ni eso es justo ni es conveniente para prevenirlos y evitarlos: definitivamente la responsabilidad personal de las autori-

(58) Otra vez JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «El juez penal y el control de la Administración...», *cit.* lo refleja cuando afirma que la tutela judicial «consistirá —somos así de primarios— en ver sufrir, por fin, a quien tanto le ha hecho sufrir a uno» (pág. 711) y se refiere a la identificación de «la justicia con la más intestinal de las venganzas».

(59) «Difama-querrela, que algo queda», dice el Magistrado DE ALFONSO LASO, Daniel, «La querrela y su admisión...», *cit.*, pág. 35.

(60) Es certera la síntesis que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso...*, I, págs. 674-675, que no renuncio a reproducir siquiera parcialmente: «... «abierta la veda» de autoridades y funcionarios con el cambio constitucional, ha venido a producirse un fenómeno preocupante por su intensidad (...) de derivación hacia el orden jurisdiccional penal del enjuiciamiento de las conductas de autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. La presión social y de la opinión pública, unidas a la propia receptividad mostrada por los Jueces y Tribunales penales, ha contribuido a hacer más «cómodo» acudir a éstos...». El fenómeno, desde luego, no es exclusivo de España. En Francia, por ejemplo, se ha hablado de la «criminalización del Derecho Administrativo», como recoge MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado ...*, XII, *cit.*, pág. 197. Pero sí que me parece que en España ha alcanzado una intensidad elevada y casi insoportable.

dades y funcionarios, incluida especialmente su responsabilidad penal, es necesaria(61).

Ahora bien, el sistema tiene riesgos. Como los medicamentos más necesarios tienen efectos secundarios, también las buenas soluciones jurídicas los tienen. Todas tienen efectos perversos. Pero aquí los riesgos se materializan demasiado a menudo. La patología del sistema descrito es extensa y grave.

El mayor riesgo, por supuesto, es el de sentencias penales condenatorias frías, excesivas y, en suma, injustas. El desconocimiento del Derecho Administrativo y de la realidad de la vida y necesidades de la Administración por jueces penales y fiscales lo propicia. Pero incluso cuando todo acaba en absolución o sobreseimiento, el acusado habrá sufrido como mínimo la «pena de telediario» (62), más todavía si se acompaña de alguna detención o registro espectacular a lo que algunos policías, fiscales y jueces parecen muy aficionados. Desde luego, no son las autoridades los únicos que sufren ese calvario, pero son los más expuestos a ello y los que más severamente padecen sus consecuencias. Ineludiblemente serán blanco de la crítica acerba de la oposición y probablemente de un juicio y vapuleo mediático y popular. Súmese a eso que, aunque el juez no haya hecho todavía el más mínimo juicio y que acaso sólo haya admitido a trámite una querrela, se pedirá su dimi-

(61) Decía PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal...», *cit.*, págs. 96-97: «Hacer procesos a los actos y a las normas (...) olvidando las personas de quienes emanan puede resultar tan absurdo como los antiguos procesos para ajusticiar a las cosas y a los animales». Criticaba que el desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa fuera acompañado del «raquitismo» de las responsabilidades personal, incluida especialmente la penal, de los funcionarios, que consideraba necesaria para lograr «el sometimiento de la Administración al Derecho y una mayor garantía del administrado contra el abuso administrativo». En igual dirección es ilustrativo NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, *cit.*, págs. 78-79: «La experiencia demuestra que nada importa a las autoridades y funcionarios el que la Administración resulte condenada (...) mientras que indefectiblemente se toman muy en serio la mera posibilidad de que se les exija responsabilidad personal. Porque las autoridades y funcionarios sólo son valientes y aun temerarios cuando disparan con la pólvora del rey, que a ellos nada cuesta...» Y como explicaba Von IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. española, Civitas, Madrid, 1985, págs. 128-131, para quien con plena conciencia de estar vulnerando el Derecho y realiza conductas ilícitas, el ordenamiento no debe contentarse con que se restablezca la situación que nunca debió de verse alterada sino que debe añadir algún mal porque de lo contrario el Derecho puede verse pisoteado sin ninguna consecuencia realmente perjudicial para el que lo transgrede y esto no sería realizar la justicia en toda su extensión; es más, sería alentar a cometer ilegalidades y a vulnerar los derechos de los sujetos privados porque, en el peor de los casos, el infractor no lograría su propósito, pero no sufriría ningún mal por su deliberado incumplimiento del Derecho. Y esto, aunque no era exactamente a lo que se refería Ihering, debe valer especialmente para autoridades y funcionarios.

(62) MUÑOZ MACHADO, Santiago, «De los delitos y las penas: ayer y hoy», *cit.*, págs. 519-520, dice que «la pena está en el procedimiento y la publicidad cualquiera que sea el contenido de la sentencia». A este respecto «no sólo no ha avanzado el Derecho sino que ha retrocedido en relación con el sistema punitivo utilizado por la Santa Inquisición» porque «las dimensiones de un auto de fe como representación son, por diminutas, incomparables con la representación que los medios de comunicación pueden organizar en la actualidad alrededor de un proceso».

sión o cese. Lo hacían así antes los rivales políticos y ahora hasta los del mismo partido con el propósito de quedar bien parados —o no muy mal parados— en la carrera por ser el que más combate la corrupción. Así que, junto a un juicio popular sin pruebas ni posible defensa, hay también unas medidas provisionales extrajudiciales que se aplican con criterios varios, acaso sin que ni siquiera haya indicios sólidos de delito sino sólo una acusación que pudiera ser por completo infundada. Esto se agrava por el hecho de que, para garantizar los derechos de defensa y que sean válidas las diligencias que haga el juez de instrucción, ahora se les considera «investigados» tempranamente. Y ya con ese sambenito el linchamiento encontrará alas (63).

Aparte de la injusticia que todo esto entraña, tiene también el efecto perverso de ser paralizante: demasiados servidores públicos tienen miedo a actuar y a ofrecer soluciones razonables por temor a eventuales querellas. Incluso sucede que los informes más peregrinos, aunque jurídicamente no sean vinculantes, se siguen incondicionalmente porque no haya quien se atreva a apartarse de ellos ante el peligro de que dé sustento a condenas penales. Igual que se dice que los médicos han optado por una «medicina defensiva» (que es mala y cara) para evitar condenas, pudiera implantarse una gestión pública defensiva que, más que preocupada por resolver problemas, esté obsesionada por evitar procesos penales. Ya lo previó COLMEIRO que advirtió que si los agentes administrativos tuvieran «el temor a ser procesados, encarcelados y sentenciados» serían «flojos y tímidos en el desempeño de sus deberes y la Administración se resentiría de la lentitud y languidez de sus miembros».

X. Algunas propuestas para reducir los excesos

Al ver los efectos nocivos que origina el sistema construido puede acaso pensarse que no les faltaba toda la razón a los revolucionarios franceses y a sus epígonos españoles para poner filtros y cortapisas al enjuiciamiento penal de autoridades y funcionarios. Pero ni su restauración sería constitucional ni de ninguna forma es conveniente. Lo que hay que intentar es mantener todo lo esencial del sistema y aminorar sus efectos

(63) Sobre cómo la introducción del concepto de «investigado», pese a que se pretendía otra cosa, acaba suponiendo un perjuicio irreversible para quien los sufre, *vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Reflexión inicial sobre la incidencia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el funcionamiento del sistema constitucional», en MÍGUEZ MACHO, Luis, y ALMEIDA CERRADA, Marcos (Coords.), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico, Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017, págs. 197-200.

secundarios indeseados. No se debe blindar a las autoridades y funcionarios frente a la acción de la justicia penal, pero no se les puede dejar expuestos ni a los abusos de cualquiera que se sienta agraviado o pretenda vengarse o sacar alguna ventaja ni a los excesos de la lucha partidista. La tarea no es fácil ni admite soluciones radicales y simplonas sino probablemente comedidos retoques en unas y otras instituciones para conseguir, tras haber pasado de un extremo (la práctica irresponsabilidad penal de las autoridades y funcionarios) al otro (es fácil acusarlos penalmente, sentarlos en el banquillo y quizá hasta conseguir su condena), un cierto equilibrio. Las dificultades son mayores en el actual ambiente de desprestigio de los políticos (o tal vez del poder, de cualquier poder), de hartazgo y de lucha contra la corrupción. En ese contexto casi cualquier reforma que se proponga podría estrellarse con una amplia oposición que llevaría a un naufragio clamoroso del proyecto y de quien ose proponerlo tildado fácilmente de connivencia con los corruptos. Incluso así, algunas ideas se puede apuntar.

Primero. Tal vez quepa y sea conveniente una redefinición de algunos tipos penales e incluso la supresión de otros para que queden más precisamente descritas las conductas de autoridades y funcionarios merecedoras del reproche penal (64).

Segundo. Es acertado que las penas de la prevaricación ordinaria del 404 CP sean sólo la de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por entre nueve y quince años, de modo que podría decirse que son relativamente suaves y que sólo suponen la destitución de la autoridad (65). Así, el proceso por ese delito es una especie de *impeachment* pero judicial, un *impeachment* a la española con la ventaja sobre la conocida en otros ordenamientos de ser judicial (66). Acaso sea esa misma pena y sólo esa pena la que deba establecerse para algunos otros delitos de autoridades y funcionarios.

(64) A este respecto, suficientemente expresiva es la severa crítica de BAÑO LEÓN, José María, «Crimen y ladrillo: la tortuosa relación entre Derecho Penal y Derecho Urbanístico», en *Práctica Urbanística*, n.º 134 (2015), pág. 6, para quien con la descripción actual de algunos tipos la respuesta penal «no depende de una gradación lógica sino de la interpretación casuística de los tribunales penales, en un sistema que entroniza al arbitrio judicial, no a la ley, como clave de la aplicación de la norma penal».

(65) Con todo, téngase en cuenta que esa inhabilitación, aunque temporal según el CP, comporta la pérdida definitiva de la condición de funcionario que, tras la sentencia penal, simplemente declarará la Administración en una resolución específica, de modo que sus efectos son a la postre más lesivos (al menos para los funcionarios en sentido estricto) de lo que parece. *Vid.* REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio, *Derecho Administrativo sancionador*, *cit.*, págs. 93-99.

(66) Ya en esa línea, alguien podría pensar que cabría despenalizar este peculiar *impeachment* y atribuirlo a la jurisdicción contencioso-administrativa en un proceso especial sin ningún carácter revisor. Aunque resulta tentador y teóricamente presenta muchas ventajas, seguramente es demasiado original y revolucionario para no ser descabellado.

Tercero. La acción penal popular ha centrado muchas de las críticas(67). Y efectivamente comporta los mayores peligros de abuso. Los tiene en todos los frentes pero más intensamente cuando se dirige contra autoridades y funcionarios. Aun así, por lo pronto hay que reconocer que palia los riesgos de inactividad del ministerio fiscal; por lo menos, mitiga la desconfianza que pueda suscitar por su dependencia jerárquica (a la postre del Gobierno), desconfianza que se agrava ante los delitos supuestamente cometidos por autoridades y funcionarios. Por otra parte, está constitucionalizada (art. 125) lo que limita las posibilidades de reducción. Desde luego admite algunas restricciones como las que ya ha construido la jurisprudencia(68) y otras(69). De hecho, la Propuesta de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 y presidida por el Magistrado Manuel Marchena está en esa dirección. En su Exposición de Motivos se lee que, aunque «en desarrollo del art. 125 de la Constitución, se autoriza a cualquier ciudadano a ejercer la acción popular», se la «redefine legalmente para evitar abusos». Y, en efecto, prevé restricciones oportunas(70). Pero incluso así lo que parece impensable es que la acción popular penal se restrinja precisamente en relación con los delitos que aquí nos ocupan. Y lo demuestra esa misma Propuesta: reduce los delitos frente a los que cabe pero se mantiene, dice la Exposición de Motivos, frente a «los cometidos por funcionarios públicos, delitos de corrupción en el sector público, delitos contra intereses difusos y electorales». Por último, incluso con la reducción drástica de la acción popular, los problemas subsistirían en gran medida porque en todo caso tendrían legitimación las víctimas del supuesto delito y esas hipotéticas víctimas en el caso de delitos cometidos por autoridades y funcionarios podrían incurrir en los mismos abusos que se trata de evitar. Por lo demás, in-

(67) Al respecto es de particular interés QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La acción popular. Pasado, presente y futuro de una institución controvertida», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37 (2015), págs. 93-131.

(68) Véase por todos el interesante comentario al art. 125 de CRESPO BARQUERO, Pedro, sobre todo en relación a las llamadas «doctrina Botín» y «doctrina Atuxa», en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, II, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018, págs. 788-789.

(69) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Artículo 125. La constitucionalidad y los límites de la acción popular», en PÉREZ TREMPES, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.) y MONTESINOS PADILLA, Carmen (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 1761-1763.

(70) Por ejemplo, se establece que no pueden ejercer esta acción popular «los partidos políticos, los sindicatos, ni cualesquiera otra persona jurídica pública o privada». Pero parece una prohibición fácil de burlar sirviéndose de cualquier miembro de esas personas. Además, se puede exigir al actor popular fianza para responder de las costas que le pueden ser impuestas.

cluso se puede tener la impresión de que tampoco los fiscales están libres de sospecha de un ejercicio excesivo de la acción penal (incluyendo especialmente a fiscalía anticorrupción que necesita justificarse), que ya se sabe que a quien sólo tiene un martillo todo le parece un clavo.

Cuarto. Más allá de la sorprendente y discutible derogación del art. 4 LECr y de la consecuente inadmisibilidad actual de las cuestiones prejudiciales devolutivas en el proceso penal, existe una extendida aversión judicial y doctrinal hacia ellas. El argumento general más reiterado es que supondrían un enorme y muy inconveniente retraso para la resolución de numerosas causas penales pues son muchos los delitos con elementos normativos extrapenales (71). Desde luego, este argumento es irrefutable y de peso. Y junto a ése hay otro específico para los delitos de prevaricación y similares: para que proceda la condena por esos delitos debe estarse ante ilegalidades palmarias que, por tanto, sean fácilmente detectables por un juez no especializado; si realmente necesita del auxilio de los jueces especialistas, lo que debe hacer no es suscitar la cuestión prejudicial ante ellos sino archivar sin más pues eso demuestra que no hay la ilegalidad evidente que exige el tipo delictivo (72). Seguramente esa aversión a las cuestiones prejudiciales devolutivas y a las dilaciones que entrañaría explique, mejor que una interpretación radical del art. 10 LOPJ,

(71) Lo sintetiza así GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Los conceptos jurídico-administrativos...», *cit.*, pág. 102: «... la posible ampliación de las cuestiones prejudiciales devolutivas habría de enfrentarse con un clima legal, doctrinal y jurisprudencial abiertamente receloso con semejante iniciativa en la que se ve un instrumento para indeseables dilaciones indebidas». Expresión de ello puede verse en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Poder Judicial*, n.º 4 (1982), pág. 29. La Sala 2.ª del TS, hasta cuando no asumía tajantemente la tesis de la derogación del art. 4 LECr, sí dejaba sentir este recelo frente a las cuestiones prejudiciales devolutivas, consciente de que serían muy numerosos los asuntos penales que se verían afectados. Es expresiva su sentencia 257/2005, de 28 de febrero (Ar. 1907): «... de universalizarse el criterio defendido por la parte (autoridad local condenada por prevaricación que pretendía que se planteara cuestión prejudicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa) se llegaría al absurdo práctico de que cualquier actuación de la jurisdicción criminal sobre asuntos con implicaciones de orden administrativo o laboral tendría que ser precedida por una intervención determinante de la jurisdicción correspondiente, con la consiguiente atribución de un rango residual o subsidiario a la primera...».

(72) Incluso ese razonamiento luce en algunas sentencias. Por ejemplo, la SAP de Sevilla 193/2000, de 18 de septiembre: «... la configuración del delito de prevaricación determina que si puede existir alguna duda razonable acerca de la conformidad a Derecho de la resolución dictada (...) tal situación (...) deberá acarrear, no la suspensión del proceso penal, sino su conclusión por auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al estar ausente el decisivo elemento típico de la arbitrariedad de la resolución; mientras que, por el contrario, cuando dicha arbitrariedad sea apreciable con la seguridad exigible en vía penal, por ello mismo no será precisa la previa decisión del orden contencioso-administrativo (...) y el órgano judicial penal podrá pronunciarse al respecto conforme a los arts. 2 LECr y 10 LOPJ, adquiriendo entonces la pretendida prejudicialidad devolutiva el carácter de mero refugio tendente a retardar la acción de la justicia penal...». En el mismo sentido ARAGONÉS BELTRAN, Emilio, «La cuestión prejudicial administrativa...», *cit.*, pág. 204. Este argumento es convincente en teoría: estaría bien que fuese cierto; pero en la práctica con demasiada frecuencia no lo es y, por el contrario, los jueces penales condenan por prevaricación ante actos administrativos cuya ilegalidad es, si acaso, sumamente discutible.

la opción del TS de entender derogado el art. 4 LECr. Pero aun reconociendo los problemas que generan las cuestiones prejudiciales devolutivas y que en muchos casos son superfluas porque el juez penal se basta para apreciar los aspectos administrativos del asunto, excluirlas por completo es una solución excesiva y desacertada. Ni es esa la opción generalizada en el Derecho comparado (73) ni es la que en España se proyecta. En la ya referida Propuesta de Ley de Enjuiciamiento Criminal elaborada por la Comisión creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (art. 28.4) se lee: «Excepcionalmente los Tribunales penales *podrán* suspender el proceso penal hasta la resolución de la cuestión por los Tribunales a quienes corresponda el conocimiento del asunto cuando concurren *todos* los requisitos siguientes: a) que la cuestión sea determinante de la culpabilidad o de la inocencia; b) que la índole o complejidad de la cuestión aconseje disponer del pronunciamiento previo de dichos Tribunales; c) que el proceso no penal sobre la cuestión prejudicial se encuentre iniciado» (74). No es pertinente glosar aquí lo que no es más que una propuesta que tal vez no acabe en nada. Pero sirve su referencia para comprender que la situación actual no es considerada definitiva ni óptima. Con correcciones —sobre todo con la eliminación del último requisito (75)— y complementos (76) puede ser una buena opción que equilibre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas con las garantías de acierto de la sentencia penal y la evitación de contradicciones con las contencioso-administrativas.

Quinto. Sobre todo debe intentarse mitigar por todos los medios esa «pena de telediario» de la que hemos hablado y sus concomitancias y secuelas. Por lo pronto, como con una u otras variantes han pedido cuantos se han ocupado de estos extremos, debería asegurarse que la misma

(73) En cuanto a ello, son interesantes las explicaciones de VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, *cit.*, págs. 101-206, sobre las soluciones en los Derechos francés, italiano, alemán y portugués que, aunque restrictivas, no excluyen siempre radicalmente las devolutivas.

(74) En la misma dirección hubo un Anteproyecto de modificación de la LOPJ que incluía una previsión favorable a las cuestiones prejudiciales devolutivas y que mereció una valoración favorable del CGPJ pero que finalmente no se recogió el Proyecto que dio lugar a la Ley Orgánica 7/2015 de Reforma de la LOPJ. De ello da cuenta LOZANO CUTANDA, Blanca, «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos», *cit.*, págs. 2854-2855.

(75) Ese tercer requisito parece inspirado por la jurisprudencia del TC en sus sentencias 30, 50, 91, 102/1996 y 255/2000 o, por mejor decir, por la interpretación de ellas que finalmente se impuso (coincidente en gran medida con la de Gimeno Sendra de la que antes dimos cuenta) que restringe excesivamente y desnaturaliza las cuestiones prejudiciales.

(76) Habría que regular con más detalle de lo que lo hace esa Propuesta los aspectos procedimentales y en cuanto a ello me parecen sugerentes las observaciones de ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial administrativa...», *cit.*, págs. 216-217, inspiradas en las similitudes de fondo de la cuestión prejudicial administrativa en el proceso penal con las cuestiones prejudiciales constitucional y comunitaria puesto que todas ellas se centran en aspectos jurídicos, no fácticos.

admisión de las querellas no se haga con automatismo o a la ligera (77). Y, también, que incluso admitida, el proceso termine con sobreseimiento libre tan pronto como haya datos que permitan hacerlo sin que, como suele ocurrir, se continúe sencillamente por inercia o por falta de estudio. Además, podría preverse, no ya la condena en costas de los querellantes temerarios (ya dispuesta en el art. 240.3 LECr), sino la imposición de multas cuando su conducta responda a mala fe. Esto, sumado a la exigencia de fianza al querellante que ya establece el art. 280 LECr y a la aplicación rigurosa del delito de denuncia falsa (art. 456 CP), quizá logre contener parte de las querellas más espurias. Desde luego que, por otra parte, debe extremarse la aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio de los extensos poderes que con razón tienen los jueces de instrucción y que a veces ejercen intensa y aparatosamente sin ninguna necesidad. También conviene reforzar las medidas que aseguren la discreción de las actuaciones penales y el sigilo de todos los intervinientes, incluidos los jueces de instrucción y los fiscales (78). Por último, acaso convendría establecer una regulación específica de una medida cautelar de suspensión de los cargos públicos: quizá así se conseguiría que ello dependiera de una decisión judicial enmarcada legalmente y que sólo podría adoptarse proporcionada y motivadamente en vez de adoptarse fuera del proceso y obedecer a criterios de marketing político y de lucha partidista entre presiones de todo género.

Sexto. Debe ser la ley la que establezca con claridad si la sentencia penal condenatoria puede anular actos administrativos. Es una opción capital que afecta al sentido y función de los distintos órdenes jurisdiccionales y que por ello no puede depender de una interpretación jurisprudencial tan endeble como es la de sustentarla en la responsabilidad civil

(77) Quizá los arts. 312 y 313 LECr (y el art. 269 para las simples denuncias) permiten una aplicación rigurosa que excluya buena parte de los abusos y de los efectos perversos a que ahora nos referimos. Pero en la práctica no resultan garantía suficiente. Son muy ilustrativas las conclusiones del seminario sobre responsabilidad penal y Administraciones locales de 5 de junio de 2009 publicadas en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública, cit.*, págs. 19-21, así como las exposiciones que sirven de base y publicadas en la misma obra de MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal en el ámbito local: el modelo de instrucción penal. Disfunciones y propuestas de reforma», págs. 23-32, y DE ALFONSO LASO, Daniel, «La querrela y su admisión: la situación social del querrellado», págs. 33-39. Se censura en las conclusiones que «no existe filtro inicial suficiente del sistema jurisdiccional respecto a las querellas o denuncias»; que los «autos de admisión tienen, frecuentemente, un contenido formulario»; y que los recursos contra la admisión (ni siquiera previstos por la ley expresamente) se ventilan sin suficiente atención. Frente a ello se propugna que las querellas sólo se admitan tras un trámite contradictorio en el que el querrellado pueda defenderse, que se refuerce la motivación de la admisión, que se prevea expresamente recurso contra la admisión...

(78) Lejos de ello, algunos fiscales y hasta jueces, imbuidos de los valores (o desvalores) de la «civilización del espectáculo» dan pábulo a todo ello, faltando a sus deberes y quedando, pese a ello no sólo impunes sino hasta ensalzados. *Vid.* MUÑOZ MACHADO, Santiago, «De los delitos y las penas: ayer y hoy», *cit.*, pág. 519.

derivada del delito. Incluso pudiera ser considerada materia de ley orgánica que debiera encontrar algún reflejo en la LOPJ. Seguramente lo más conveniente es no atribuir tal competencia a la jurisdicción penal para no deformar el proceso penal ni permitir más de lo imprescindible este control de la Administración por jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa. Pero, como mínimo, de admitirse, debe quedar perfectamente consagrada y delimitada.

XI. Bibliografía

- ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, «La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- AYMERICH CANO, Carlos, «Sentencia penal y contrato administrativo: entre la validez y la eficacia», en BAUZÁ MARTORELL, Felio José (Dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Hospitalet, 2017.
- AYMERICH CANO, Carlos, «Sobre la nulidad y el decomiso de los contratos públicos viciados por corrupción. A propósito de la STS (Sala Segunda) de 8 de junio de 2018 (caso Nóos)», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50 (2019)
- AYMERICH CANO, Carlos, «Corrupción, nulidad y decomiso de contratos. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Segunda), de 8 de junio de 2018 (caso Noos) y de 11 de noviembre de 2018», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 113 (2019).
- BALLBÉ MALLOL, Manuel y PADRÓS REIG, Carlos, *La prejudicialidad administrativa en el proceso penal*, Civitas, 2004.
- BAÑO LEÓN, José María, «Crimen y ladrillo: la tortuosa relación entre Derecho Penal y Derecho Urbanístico», en *Práctica Urbanística*, n.º 134 (2015).
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «La injerencia penal en la invalidez administrativa», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, y VILLAR ROJAS, Francisco (Dirs.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, AEPDA/INAP, 2017.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «Anulación de licencias urbanísticas por sentencias penales», en BAUZÁ MARTORELL, Felio José (Dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Hospitalet, 2017.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José, «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», en BAUZÁ MARTORELL, Felio José (Dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Hospitalet, 2017.

- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (Dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, Hospitalet, 2017.
- CASINO RUBIO, Miguel, *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Poder Judicial*, n.º 4 (1982).
- CRESPO BARQUERO, Pedro, «Artículo 125», en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, II, BOE/Ministerio de Justicia/Wolters Kluwer/Tribunal Constitucional, Madrid, 2018.
- DE ALFONSO LASO, Daniel, «La cuestión prejudicial: estado y realidad de la misma», en ORTIZ BLANCO, Joaquín, y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- DE ALFONSO LASO, Daniel, «La querrela y su admisión: la situación social del querrelado», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- DE LA OLIVA, Andrés, MUERZA ESPARZA, Julio J., HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 98 (1998).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 18.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2017.
- GIMENO SENDRA, Vicente, «Cuestiones prejudiciales devolutivas y «non bis in ídem» en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 1 (2003).
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Artes gráficas y ediciones, Madrid, 10.ª ed., 1987.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Reflexión inicial sobre la incidencia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en el funcionamiento del sistema constitucional», en MÍGUEZ MACHO, Luis, y ALMEIDA CERRADA, Marcos (Coords.), *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico, Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José «Los conceptos jurídico-administrativos y las cuestiones prejudiciales administrativas en el ámbito penal», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.

- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, «El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto Andrax», en LÓPEZ MENUDO, Francisco (Coord.). *Derechos y garantías de los ciudadanos. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, «Desviación de poder y prevaricación administrativa: diferencias y entrecruzamientos», en *Documentación Administrativa, nueva época*, n.º 5 (2018).
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración», en *Revista de Administración Pública*, n.º 118 (1989).
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «La potestad sancionadora de la Administración y su adecuada articulación con los delitos administrativos», en BAÑO LEÓN, José María (Coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, CEPC, Madrid, 2016.
- MARTÍ DEL MORAL, Antonio, «De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales (comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero, Sala Segunda)», en *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998).
- MESTRE DELGADO, Esteban y MARTÍNEZ GALINDO, Gema, «Responsabilidad penal de alcaldes y concejales», en Santiago MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, I, 3.ª ed., 2011, Iustel, Madrid.
- MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal en el ámbito local: el modelo de instrucción penal. Disfunciones y propuestas de reforma», en ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, XII, 4.ª ed., BOE, Madrid, 2015.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en la obra colectiva *Los grandes procesos de la Historia de España*, Crítica, Barcelona, 2002.
- NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1999 (aunque esta obra tiene dos ediciones posteriores, en ellas se ha suprimido el capítulo histórico que es el que aquí se ha manejado).
- ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.
- ORTIZ BLANCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (Coord.), *La responsabilidad penal en la Administración pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2010.

- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, «La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas», en *Revista de Administración Pública*, n.º 31 (1960).
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, *Derecho de la función pública*, Civitas, Cizur Menor, 2017.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La acción popular. Pasado, presente y futuro de una institución controvertida», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 37 (2015).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Artículo 125. La constitucionalidad y los límites de la acción popular», en PÉREZ TREMP, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (Dirs.) y MONTESINOS PADILLA, Carmen (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía y BUENO ARMIJO, Antonio, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *Demolición por delito. El restablecimiento de la legalidad urbanística en la vía penal*, Comares, 2009.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, «Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal: problemas de legalidad ordinaria y de legalidad constitucional», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 80 (2005).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 285 (1997).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «¿Atestado, pericia o cuestión prejudicial? Sobre ciertas corruptelas en la tramitación de causas por injustos administrativos criminalizados», en *Actualidad Aranzadi*, n.º 310 (1997).
- SENÉS MOTILLA, M.^a Carmen, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- VALBUENA GONZÁLEZ, Félix, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- VON IHERING, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. española, Civitas, Madrid, 1985.



Perfiles constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico español

Constitutional profiles of the right to education and academic freedom within the spanish legal order

ANA VALERO HEREDIA

Universidad de Castilla-La Mancha

Anamaria.Valero@uclm.es

ORCID 0000-0001-9134-5335

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.05>

LABURPENA: Eskola-segregazioa mailarik altuenetan duten Europar Batasuneko estatuetako bat bihurtu da Espainia azken urteotan. Errealitate horrek arrazoi ugari ditu; besteak beste, botere publikoek interpretazio hedagarria eman izana familiek ikastetxea aukeratzeko duten eskubideari, eta hezkuntza-itunen kopuruak nabarmen gora egin izana. Artikulu honetan, Konstituzio espainiarrak diseinatu-tako hezkuntza-eredua aztertzen da, agerian uzteko haren gidalerroak ez direla bateragarriak hezkuntzaren eremuan merkatuaren logikaren ezarpena bultzatzen duten hezkuntza-askatasunaren interpretazioekin.

HITZ GAKOAK: Eskola-segregazioa. Ikastetxea aukeratzeko askatasuna. Ikastetxe-ituntzea. Hezkuntza parekidetasuna. Aukera-berdintasuna.

ABSTRACT: Spain has in recent years become one of the states of the European Union with higher levels of school segregation. This reality has several causes, like an expansive interpretation by the public authorities of the right of families to the free choice of educational center, and a notable increase in the number of educational centers. This article analyzes the educational model designed by the Spanish Constitution, in order to show that its guidelines are incompatible with interpretations of the freedom of education that encourage the introduction of market logic into education.

KEYWORDS: School segregation. Freedom of choice of educational center. Public arrangement of schools. Educational equity. Equal opportunities.

RESUMEN: España se ha convertido en los últimos años en uno de los Estados de la Unión Europea con mayores niveles de segregación escolar. Esta realidad tiene diversas causas entre las que se encuentra una interpretación expansiva por parte de los poderes públicos del derecho de las familias a la libre elección de centro educativo, y un incremento notable del número de centros educativos. En el presente artículo se analiza el modelo educativo diseñado por la Constitución española, con el fin de evidenciar que sus líneas directrices resultan incom-

patibles con interpretaciones de la libertad de enseñanza que propician la introducción de las lógicas de mercado en materia educativa.

PALABRAS CLAVE: Segregación escolar. Libertad de elección de centro educativo. Concertación de centros escolares. Equidad educativa. Igualdad de oportunidades.

Trabajo recibido el 26 de agosto de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. La segregación escolar: un problema endémico del sistema educativo español.—II. La integración dialéctica entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. 1. El derecho a la educación como derecho de prestación. 2. La libertad de enseñanza.—III. El ideario educativo constitucional.—IV. Los llamados «derechos educativos paternos»: facultades instrumentales al servicio de la educación integral del menor.—V. La libre elección de centro: un derecho limitable en aras de la equidad.—VI. La financiación pública de centros docentes privados: un derecho de configuración legal limitable.—VII. Bibliografía citada.

I. La segregación escolar, un problema endémico del sistema educativo español

Transcurridos más de cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, el sistema educativo en España sigue mostrando deficiencias importantes en relación con su concepción constitucional. Así, las intensas transformaciones políticas, sociales y económicas de la sociedad española no se han traducido en una mayor equidad escolar. El sistema educativo actual muestra grandes dificultades para garantizar y consolidar la igualdad de oportunidades, siendo una de sus características más preocupantes los importantes procesos de segregación escolar. Ello dificulta la movilidad social ascendente de la ciudadanía a través de la escuela, y contribuye a reproducir las diferencias sociales de las familias de origen de los escolares, limitando severamente el derecho a una educación equitativa y de calidad para todos.

Según la encuesta publicada por la oficina de estadística europea *Eurostat* en el año 2018, España se sitúa de nuevo a la cabeza de Europa en tasa de abandono escolar temprano. Esta tasa, que refleja el porcentaje de la población de 18 a 24 años que no ha completado la segunda etapa de la educación secundaria y no continúa ningún tipo de formación, se situó en el 17,9%, más de siete puntos por encima de la media del conjunto de la Unión Europea, que alcanzó el 10,6% (1).

En los últimos años, la Comisión Europea, el Comité de Derechos del Niño o la ONU han urgido a España a revisar y a aprobar políticas que frenen la segregación escolar, que afecta al 46,8% de los centros educativos del país —nueve de cada diez son públicos—, según el estudio «Magnitud de la segregación escolar por nivel socioeconómico» (2). Este es-

(1) Véase en: https://ec.europa.eu/education/policies/school/early-school-leaving_es

(2) MURILLO, F. Javier y MARTÍNEZ-GARRIDO, Cynthia, «Magnitud de la Segregación escolar por nivel socioeconómico en España y sus Comunidades Autónomas y comparación con los países de la Unión Europea», en *RASE, Revista de Sociología de la Educación*, Vol. 11, núm. 1, 2018, pág. 52.

tudio, junto con el Informe «Mézclate conmigo» de la organización *Save The Children*(3), señalan que la segregación escolar por motivos socioeconómicos alcanza en España un índice de 0,38, lo que implica que eliminar la segregación escolar requeriría cambiar al 38% del alumnado más vulnerable de unos centros a otros. Estos datos convierten a nuestro país en uno de los países más segregados de Europa, ocupando un sexto puesto que lo equipara a algunos de los países del Este y lo aleja de los países de su contexto más cercano.

El término segregación escolar hace referencia a una red educativa en que se diferencian los perfiles sociales de su alumnado. Produciéndose la concentración en determinadas escuelas de alumnado cuyas familias tienen unos niveles económicos y culturales más elevados, y la concentración en otros centros educativos de escolares procedentes de familias socialmente desfavorecidas, alumnado inmigrante o con necesidades educativas especiales. Los datos demuestran que en España la escuela pública acoge cada vez más alumnado vulnerable y con necesidades educativas especiales, y lo hace con menos recursos.

La OCDE advierte que la segregación escolar reduce las probabilidades de interacción de niños y niñas con iguales de otros contextos sociales y disminuye sus oportunidades de adquirir aptitudes sociales y vitales completas; dificulta que el conjunto del alumnado tenga trayectorias educativas exitosas; y contribuye a mantener las menores oportunidades de los sectores más vulnerables(4). En suma, el fenómeno segregativo compromete la función de igualación de oportunidades propia de la educación.

La segregación escolar es producto de múltiples factores, uno de los cuales es la capacidad socio-económica de las familias, pero no es el único. Los más recientes estudios evidencian la incidencia que en ella tienen las políticas educativas que promueven la libre elección de centro, que responden a mecanismos de cuasi-mercado y que benefician a las familias con más recursos; el establecimiento de un distrito único; la publicación de rankings de centros atendiendo a los resultados de pruebas estandarizadas externas; el fomento de la educación privada; o la eliminación del criterio de proximidad para la asignación de plazas. A lo que se suman los mecanismos de selección económica por parte de los centros concertados que, pese a su supuesta gratuidad, exigen a las familias el pago de diversos conceptos más o menos inevitables —como

(3) MARTÍNEZ, Lucía y FERRER, ÁLVARO: «Mézclate conmigo: de la segregación socioeconómica a la educación inclusiva», *Save the Children España*, abril, 2018. Puede verse en: https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/mezclate_conmigo.pdf

(4) MUSSET, Pauline: «School Choice and Equity: Current Policies in OECD», en *Countries and a Literature Review*, 2012, pág. 33.

los uniformes o las actividades extraescolares que realiza todo el alumnado—; o encarecen servicios básicos como el comedor o el transporte escolar(5).

La libre elección de centro escolar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones y, en suma, la libertad de enseñanza, son algunos de los derechos constitucionales en los que se apoyan los sectores y colectivos que declaran su afinidad por un sistema liberal de organización social, para reclamar la priorización de la escuela privada y concertada con ideario. Las concesiones a sus demandas por parte de los poderes públicos de perfil ideológico conservador, a través de la adopción de leyes y políticas públicas educativas de cuasi-mercado, han conducido a la realidad descrita.

Por ello, en las presentes páginas se pretende ofrecer al lector un análisis de los principios sobre los que se asienta el modelo educativo diseñado por la Constitución española, con el fin de evidenciar su incompatibilidad con políticas legislativas y administrativas que potencian la desigualdad y la segregación.

II. La integración dialéctica entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza

El derecho a la educación, de conformidad con el artículo 27.1 de la Constitución española(6), está reconocido a «todos», afirmación que implica una comprensión amplia de su titularidad. En tanto que derecho fundamental, la educación tiene una dimensión objetiva como garantía institucional y una dimensión como derecho subjetivo.

Resulta evidente que las instituciones democráticas tienen como condición necesaria para su funcionamiento eficaz la necesidad de contar con la participación de unos ciudadanos mínimamente formados e informados. El derecho a la educación, en cuanto garantía institucional, garantiza, por tanto, la realización efectiva de los valores superiores del ordenamiento en un sistema democrático como el español: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

Como derecho subjetivo, el derecho a la educación tiene una naturaleza híbrida: es un derecho tanto de prestación como de libertad y así se refleja en la Constitución, pues todo el artículo 27 supone un claro com-

(5) MURILLO, F. Javier, MARTÍNEZ GARRIDO, Cynthia y BELAVI, Guillermina, «Segregación escolar por origen nacional en España», OBETS, en *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2017, págs. 395-423.

(6) A partir de ahora CE.

promiso entre los principios de igualdad, libertad y participación, creando un auténtico «*derecho a la educación en libertad*».

El compromiso con la necesidad de superar el pasado llevó al constituyente de 1978 a un pacto de mínimos en materia educativa que equilibraba los principios y derechos que definen las dos grandes perspectivas existentes en el momento —y que se mantienen en la actualidad— sobre la educación: la escuela pública, a través del reconocimiento del derecho a la educación y la igualdad en ella, y; la escuela privada, a través de la libertad de enseñanza y los derechos que la integran.

Así, la Constitución del 78 crea un modelo educativo mixto y flexible y deja abierta al legislador la capacidad de equilibrar ambas percepciones. Pues, sin duda alguna, el rasgo más destacado del artículo 27 CE es la integración dialéctica del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que expresa, a su vez, la dialéctica relación entre los valores de igualdad y libertad.

1. El derecho a la educación como derecho de prestación

El derecho a la educación como derecho de prestación se concreta en la obligación de que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), subrayándose así el deber de los poderes públicos de satisfacer el derecho y la correspondiente garantía para su eficacia, a cuyos efectos se determinan la programación general de la enseñanza; la creación de centros docentes (art. 27.5 CE); y la inspección y homologación general del sistema educativo (art. 27.8 CE).

A partir de las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) a los artículos 13 y 14 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(7), se pueden identificar cuatro características que debe reunir el sistema educativo en todos sus niveles:

La primera de ellas es la disponibilidad, en virtud de la cual, el Estado debe disponer de centros educativos suficientes. Por disponibilidad se entiende que debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo, la dotación de instalaciones, la cualificación de los docentes, sus salarios competitivos, la calidad de los materiales de enseñanza, etc.

La segunda característica es la accesibilidad, según la cual, las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin

(7) Ratificado por España el 30 de abril de 1977, *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977, págs. 9343-9347. Puede verse en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734

discriminación, en el ámbito del Estado. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: no discriminación, accesibilidad material y accesibilidad económica.

La tercera es la aceptabilidad, conforme a la cual, la forma y el fondo de la educación han de ser aceptables, sus contenidos deben ser pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad.

Y la cuarta característica es la relativa a la adaptabilidad, por la que la educación debe adaptarse a las necesidades de las sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.

El Tribunal Constitucional español ha reconocido la dimensión prestacional del derecho a la educación «en cuya virtud los poderes públicos habrán de promover la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este Artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca» (8).

2. La libertad de enseñanza

Por su parte, la libertad de enseñanza es un derecho fundamental que deriva del reconocimiento constitucional de las libertades ideológica y religiosa —artículo 16 CE— y del pluralismo ideológico —artículo 1.1 CE— como valor superior del ordenamiento.

La libertad de enseñanza —27.1 CE— viene a dar traslado al ámbito educativo del *principio pluralista*. En palabras de TOMÁS Y VALIENTE en su valioso Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero:

«Al decir en el inciso segundo del artículo 27.1 que se reconoce *la libertad de enseñanza*, la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un *sistema educativo plural, regido por la libertad*. Se trata, pues, de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un *principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los valores superiores de nuestro ordenamiento: la libertad y el pluralismo*».

(8) STC 86/1985, FJ 3.º.

En el mismo sentido, la Corte Europea de Estrasburgo ha apreciado que el *pluralismo de ideas y creencias* —concretado en la libertad de enseñanza— es consustancial, junto con los principios de tolerancia y espíritu de apertura(9), al modelo de sociedad democrática enunciado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que trata de garantizar lo que la doctrina ha denominado «el derecho a la educación en libertad»(10).

Dicha *educación en libertad* queda garantizada en el sistema educativo español a través de dos modelos o concepciones del pluralismo. Siguiendo en este punto a la doctrina procede distinguir el llamado «pluralismo de centros» o «pluralismo externo» y el «pluralismo dentro del centro» o «pluralismo interno». Mientras el primero se predica respecto de los centros docentes privados dotados con «ideario» o «carácter propio», y conduce a la negación del monopolio docente por parte del Estado; el segundo viene presidido por el principio de neutralidad estatal, que requiere la renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento en el seno de los centros públicos de enseñanza, y por el derecho a la libertad de cátedra de sus docentes(11).

La libertad de enseñanza engloba, a su vez, distintos derechos: el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3 CE); el de los particulares a crear instituciones educativas (artículo 27.6 CE) y dotarles de un ideario propio; y, el derecho a desarrollar la enseñanza con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que se ocupa, esto es, la libertad de cátedra (lo que reconoce el artículo 20.1 c) CE).

En lo que atañe al primero de estos derechos, el artículo 27.3 CE afirma que «Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Por su parte, el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos(12), señala

(9) SSTEDH de 22 de octubre de 1981, en el Caso *Dudgeon c. Reino Unido*; de 19 de diciembre de 1994, en el Caso *Verinigung Demokratischer Österreichs und Gubi c. Austria*; de 27 de septiembre de 1999, en el Caso *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*.

(10) FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, CEURA, Madrid, 1988, pág. 13; y EMBID IRUJO, Antonio, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 237.

(11) Un estudio pormenorizado de ambos modelos de pluralismo puede hallarse en SALGUERO SALGUERO, Manuel, «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado», en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5, julio-diciembre, 1995, págs. 543-552.

(12) Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Puede verse en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. En un sentido similar se pronuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, adoptado en el seno de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en

que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

Sin embargo, es importante tener en cuenta que, en concordancia con la naturaleza jurídica del derecho fundamental del que es proyección —la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 CE(13)—, el derecho del artículo 27.3 CE debe ser calificado como un derecho de libertad o de autonomía frente a los poderes públicos, nunca de prestación. Pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «los padres no pueden exigir al Estado que organice una educación determinada» (14).

Por lo que, según la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el respeto por las convicciones paternas quedará satisfecho siempre y cuando los poderes públicos no persigan un fin de *adoc-trinamiento* de los educandos en el ejercicio de sus competencias en materia educativa. Lo cual exige que el contenido de las enseñanzas incluidas en el currículo educativo y del método a través del cual se imparten tengan un carácter *objetivo, crítico y plural*(15). En palabras del Tribunal Constitucional español: «Cuando el artículo 27.3 garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, está estableciendo una órbita de libertad privada y *de terreno acotado para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado*».

El derecho del 27.3 CE encuentra su desarrollo legislativo en el artículo 2.1.c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa(16), que incluye el derecho de toda persona a «elegir sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con

materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Puede verse en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

(13) Tal y como señaló el Tribunal Constitucional en una de sus primeras Sentencias, la 5/1981, de 13 de febrero, —FJ 7º— y ha reiterado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 31 de enero de 1997, FJ 2º; de 26 de enero de 1998, FJ 2º y de 1 de abril de 1998, FJ 2º. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «El derecho de los padres a decidir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos está íntimamente ligado a la libertad de pensamiento, conciencia y religión —artículo 9 del Convenio—»: SSTEDH de 7 de diciembre de 1976, en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 25 de febrero de 1982, en el caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido* y de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Valsamis c. Grecia*.

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre.

(15) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Kjeldsen, Bush Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976; en el caso *Folgero c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, y en la reciente Sentencia de 10 de enero de 2017.

(16) BOE núm. 177, de 24 de julio de 1980, véase en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-15955>

sus propias convicciones», debiendo los poderes públicos «adoptar las medidas necesarias para facilitar (...) la formación religiosa en los centros docentes públicos» —artículo 2.3—.

Aunque en estas páginas se va a eludir el estudio en profundidad del dilatado desarrollo legal y reglamentario que la enseñanza de la religión católica y su alternativa en los centros docentes no universitarios ha recibido en el ordenamiento jurídico español, procede advertir que la Constitución no impone, ni muchísimo menos, un modelo de integración curricular de la enseñanza de la religión en los centros docentes públicos(17). Obligación que procede, por el contrario, del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979(18). Por lo que se hace necesaria una revisión de dicho tratado internacional para excluir la enseñanza catequética de la religión católica de la escuela pública, algo que vulnera claramente el principio constitucional de laicidad del Estado.

Por lo que respecta, en segundo lugar, al derecho de creación de centros docentes, el artículo 27.6 CE establece que: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Este derecho en-

(17) En términos parecidos se pronuncia RODRÍGUEZ BLANCO, Marialuz: «La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)» Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose, julio, 2005, (www.olir.it).

(18) El artículo II del Acuerdo señala que: «Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.

Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar.

En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa». *BOE* núm. 300, de 15 de diciembre de 1979: Véase en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-29491>. Sobre esta cuestión existe una amplia bibliografía, entre la cual puede ser citada la siguiente: MARTÍNEZ BLANCO, Marialuz: La enseñanza de la religión en los centros docentes (A la luz de la Constitución y del Acuerdo con la Santa Sede), Universidad de Murcia, Murcia, 1993; BRIONES, Irene: «La enseñanza de la religión en los centros públicos españoles», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IX; 1993, págs. 167-206; GARCÍA MORILLO, Joaquín: «Un tributo a la Historia: la libertad religiosa en la España de hoy», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 9/10, 1995, págs. 115-133; TRONCOSO REIGADA, Antonio: «La clase de religión y su alternativa constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45, mayo-agosto, 1996, págs. 241-289; CONTRERAS MAZARÍO, José María, LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz, y CELADOR ANGÓN, Óscar: «La última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de enseñanza de la religión y dos posibles soluciones en el marco del Derecho Comparado»; en *Derechos y Libertades, Escritos Jurídicos*, núm. 6, febrero, 1998, págs. 549-609.

cuentra su anclaje en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, así aparece reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13); y en la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en el ámbito de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 (artículo 5.1.b).

El derecho a dotar a los centros docentes privados o concertados de un ideario propio no aparece reconocido de manera explícita en la Constitución, pero surge a partir de la interpretación jurisprudencial y del desarrollo legal que se ha hecho en la materia(19). Dicho ideario propio cumple una doble función: por un lado, informar toda la actividad educativa del centro, y; por otro, facilitar a los padres el ejercicio de su derecho a elegir el tipo de escuela.

La libertad de cátedra, por último, prevista en el artículo 20.1 c) de la Constitución, es una manifestación de los derechos a la libertad de conciencia y de expresión de los docentes en el ejercicio de su labor profesional en todos los niveles educativos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, su alcance vendrá determinado tanto por el carácter público o privado del centro educativo, siendo el ideario de estos últimos un límite a su ejercicio, como por la mayor o menor madurez de los estudiantes (20).

III. El ideario educativo constitucional

La Constitución es meridiana en sus postulados cuando alude al objeto primordial del derecho a la educación: «*el pleno desarrollo de la personalidad humana*» —artículo 27.2—. Pero, no satisfecho con la fijación del objeto educativo, el Texto Fundamental especifica, además, de manera expresa y taxativa, cuáles son los instrumentos imprescindibles para su satisfacción: sólo a través de un sistema educativo que patrocine la transmisión de los principios democráticos de convivencia y el respeto a los derechos fundamentales, quedará satisfecho el derecho del individuo a recibir una *formación integral* que garantice el libre desarrollo de

(19) El Artículo 115 de la LOE establece: «1. Los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes».

(20) STC 5/1981 de 13 febrero de 1981, FJ 10º: «En los centros privados la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del nivel educativo, y, en cuanto aquí interesa, por el ideario que, en uso de la libertad de enseñanza y dentro de los límites antes señalados, haya dado a aquél su titular (...) La libertad de cátedra del profesorado de estos centros es tan plena como la de los profesores de los centros públicos, y ni el Art. 15 de la LOECE ni ningún otro precepto de esta Ley la violan al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario propio del centro».

su personalidad⁽²¹⁾. Siendo dicha transmisión el modo más adecuado, a su vez, para consolidar y perpetuar el propio modelo o paradigma constitucional. En palabras de la doctrina, «la transmisión del *telos* de la Constitución, de los principios ideológicos que la informan, posee como finalidad la identificación de la sociedad con dicho *telos*, requisito imprescindible para el mantenimiento y buen funcionamiento del régimen constitucional»⁽²²⁾.

La llamada «Constitución educativa» o «ideario educativo constitucional», contenido en el artículo 27.2 de la Norma Suprema, establece una auténtica ética cívico-democrática. En este sentido, el Juez Constitucional español, en su importante Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, afirmó que «la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia *no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia*, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros. Y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria»⁽²³⁾.

En consecuencia, el derecho a la educación tiene como principal objetivo formar al individuo para poder ser un «ciudadano» en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por lo que, tanto los centros públicos como los privados homologados por el Estado para la prestación de este

(21) En este sentido véase: CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», en *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, coord. por Francisco Balaguer Callejón, Tecnos, 2004, pág. 458. Múltiples son las referencias doctrinales relativas a la existencia de un auténtico ideario educativo constitucional o «Constitución educativa» en el artículo 27.2 CE. Entre ellas cabe citar, entre otros: RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 247 y ss; CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales» en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, pág. 128; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002, pág. 63; ALÁEZ CORRAL, Benito, «Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas», en *I Encuentro sobre Estudios Jurídico-Políticos en Educación*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid, 2006, pág. 99.

(22) En tales términos se pronuncia TAJADURA TEJADA, Javier, «La enseñanza de la Constitución», en *Temas para el Debate*, núm. 49, diciembre de 1998, pág. 51.

(23) Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, Fundamento Jurídico 7.º. Un análisis pormenorizado de dicha Sentencia puede verse en VALERO HEREDIA, ANA, Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 32, núm. 94, 2012, págs. 411-442.

servicio público que es la educación, están obligados a garantizar que la instrucción que procuran a sus alumnos les garantice la obtención de unas capacidades cívicas básicas iguales que les habiliten para la participación libre, plural y en condiciones de igualdad en el proceso de construcción de la voluntad colectiva. Ello hace del derecho a la educación, más que de cualquier otro derecho fundamental, un instrumento engendrador de paradigmas de igualdad y solidaridad.

IV. Los llamados «derechos» educativos paternos: facultades instrumentales al servicio de la *educación integral* del menor

Bajo el término «derechos educativos paternos» se engloban: el derecho a elegir para sus hijos una concreta formación religiosa o moral acorde a sus convicciones, reconocido en el artículo 27.3 CE; y el derecho a elegir centro educativo. Sin embargo, la condición de «sujeto de derechos» del menor de edad, modula el alcance de estos. En términos generales, puede afirmarse que las potestades paternas respecto de la educación de sus hijos poseen un carácter temporal e instrumental.

En relación con su carácter temporal, el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, viene a dar la primera pista acerca del carácter limitado de su alcance cuando establece que «los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres (...) u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirles, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, la dirección y orientación apropiadas *para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*».

Ello implica que, cuando el menor posee un grado de madurez suficiente, su voluntad se convierte en el elemento que debe presidir las decisiones a adoptar en relación con la elección de centro educativo o con la formación religiosa que en su seno vaya o no a recibir. Cuestiones, todas ellas, que pasan de pertenecer a la esfera de las potestades educativas paternas para adentrarse en la esfera del derecho del menor a su libertad de conciencia y a su derecho a la educación (24).

(24) Ya en el año 1983, EMBID IRUJO, Antonio, señalaba que «cuando el escolar es mayor de edad hablar de derechos educativos de los padres no tiene ningún sentido ni lógico ni jurídico. La opción por el tipo de enseñanza, por el centro, por la posible educación o formación religiosa y moral, pasan a la esfera de su derecho a la educación. *Incluso sin esperar a esta mayoría de edad, decisiones tales como la formación religiosa deberían entrar en la esfera del derecho a la educación escolar, responsable así de su propia evolución en cuanto hubiera alcanzado un estado suficiente de madurez*». Véase en «Derecho a la educación y derecho educativo paterno (Comentario de 1982), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, enero-abril, 1983, pág. 391. Sobre la materia véase asimismo CONTRERAS MAZARÍO, Jose María, «Derechos de los padres y libertades educativas» en VV.AA., *Estudios en Homenaje al Profesor Martínez Valls*, Vol. I, págs. 129-153.

A pesar de ello, hasta el día de hoy, la legislación educativa española viene atribuyendo la titularidad de libertades tales como la de elección de centro o la libre formación religiosa y moral a los padres durante toda la minoría de edad, lo cual contradice claramente la concepción del menor como sujeto titular y ejerciente progresivo de los derechos que le son propios. Ello permite afirmar que en el ámbito educativo no se ha producido una evolución normativa que tenga en cuenta la madurez del menor y su papel central en el proceso educativo (25).

En lo que atañe al carácter instrumental de los derechos educativos paternos, éste exige su necesaria orientación a la procura del derecho del menor a recibir una *educación integral* que coadyuve al pleno desarrollo de su personalidad. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, dicha educación integral exige que el niño sea educado en un contexto de promoción de los valores constitucionales. De manera que, siguiendo nuevamente a la doctrina, «el derecho de los padres acaba allí donde comienza el derecho de los escolares a formarse en un clima de *pluralismo, tolerancia y respeto mutuo*, necesario para el libre desarrollo de su personalidad como personas y como ciudadanos» (26).

V. La libre elección de centro: un derecho limitable en aras de la equidad

El debate sobre la libre elección de centro escolar apareció por primera vez en la década de 1950 en Estados Unidos, a partir de la publicación de «El papel del gobierno en la educación», de Milton Friedman. Desde su punto de vista, si la prestación del servicio educativo permanece en manos del Estado carece de incentivos para un uso eficiente y

(25) Artículo único de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, LOMCE, de modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación en su artículo 18.3. *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013. Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12886-consolidado.pdf>

(26) CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», *op. cit.*, pág. 461.

Esto tiene como una de sus consecuencias más relevantes que los padres no podrán, apelando a sus propias convicciones ideológicas o religiosas, privar a sus hijos de su derecho a cursar todas las materias del currículo educativo obligatorio. De tal forma que las mal llamadas «objeciones de conciencia paternas» a la educación sexual, a la educación para la ciudadanía, o a la clase de gimnasia, entre otras, o el conocido como *homeschooling*, no son constitucionalmente admisibles. Un estudio pormenorizado de esta materia puede verse en VALERO HEREDIA, ANA, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; «Ideario educativo constitucional y «homeschooling», a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre», *op. cit.*; «Integración social y derecho a la educación: a propósito de la sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 180, 2018, págs. 255-274.

efectivo de los recursos, ni para la innovación. La libre elección, por el contrario, según la orientación de Friedman y sus partidarios, introduce la competitividad entre las escuelas, lo que las obliga a mejorar su gestión y rendimiento, ampliándose con ello una oferta más eficiente e innovadora que atrae a nuevos estudiantes.

Siguiendo esta estela, en España la libre elección de centro educativo por parte de las familias parece haberse convertido, para los sectores sociales y políticos partidarios de la introducción de las lógicas del mercado en el ámbito educativo, en el derecho fundamental que enarbolar para: por un lado, justificar un incremento de la concertación de la escuela privada y; por otro, adoptar estrategias de promoción de la competitividad entre escuelas, incentivada por sistemas de pruebas estandarizadas y *ranking*; o, una financiación competitiva que premie a las escuelas que más demanda consigan.

Este es el planteamiento al que se adhiere la vigente Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa, LOMCE (27), que otorga un papel preeminente a la libre elección de las familias (28), y condiciona el incremento de los conciertos a la llamada «demanda social» (29). De acuerdo a esta Ley, el diseño de la red de centros escolares queda subordinado a la demanda de las familias. De modo que, si éstas solicitan más plazas en la escuela privada de las plazas concertadas disponibles, la Administración educativa debe proceder a realizar más conciertos, lo que coloca a la escuela pública en un lugar subsidiario respecto de la concertada.

Sin embargo, el modelo educativo diseñado por la Constitución difícilmente casa con estos planteamientos pues, como ha quedado expuesto, el objeto último de la educación consiste en potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y democrática. Un objetivo cuya satisfacción —en un Estado que

(27) BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013. Puede verse en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-12886

(28) Del tenor literal del Preámbulo de la Ley se desprende la clara voluntad del legislador de otorgar un papel predominante a las familias en la educación de sus hijos: «La realidad familiar en general, y en particular en el ámbito de su relación con la educación, está experimentando profundos cambios. Son necesarios canales y hábitos que nos permitan restaurar el equilibrio y la fortaleza de las relaciones entre alumnos y alumnas, familias y escuelas.

Las familias son las primeras responsables de la educación de sus hijos y por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones».

(29) El artículo 109.2 de la Ley dispone que: «Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes».

proclama la justicia y la igualdad entre los valores superiores de su ordenamiento (artículo 1 CE), y cuyo artículo 9.2 CE exige de los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas— solo es posible mediante la procura del pleno ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad de oportunidades, tanto en la fase de acceso a la educación como en su desarrollo y resultado.

Es por ello que, al igual que el derecho a elegir la formación religiosa y moral acorde con las convicciones paternas del que trae causa, el derecho a la libre elección de centro escolar es en España un derecho de libertad y no de prestación, no existiendo la obligación constitucional de los poderes públicos de proporcionar los medios materiales que garanticen su satisfacción. En palabras del Tribunal Supremo: «Este derecho no puede tener un valor absoluto, de modo que en todo caso deba respetarse la voluntad paterna por encima de cualesquiera circunstancias. Por el contrario, obvias razones materiales y presupuestarias hacen limitados tanto los centros existentes como las plazas en ellos disponibles» (30).

De este modo, el alcance constitucional del derecho a la libre elección de centro, a diferencia de lo que los partidarios de la educación privada pretenden, se limita a garantizar que las familias puedan mostrar su preferencia por un determinado centro, y a que el sistema educativo esté configurado de tal modo que la opción realizada sea tomada en consideración por los poderes públicos, no siendo en ningún caso vinculante (31). Pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, «no existe un derecho constitucionalmente reconocido a ocupar preferentemente una plaza en un determinado centro docente» (32). Esto significa que lo que se garantiza constitucionalmente es la posibilidad de elección y no el acceso efectivo.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, «la escolarización gratuita garantizada por la Constitución no lo es en cualesquiera centros privados, pues los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (33). De modo que la plaza escolar finalmente atribuida puede no corresponderse siquiera con las preferencias mostradas y ello no implica que se esté asignando un destino forzoso que vulnere derecho fundamental alguno. En concordancia con ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado, por ejemplo, que no hay un derecho constitucional a elegir centros en los que se eduque en lengua determinada (34); ni un «derecho a la igual distancia física de

(30) STS de 5 de octubre de 1999.

(31) STC 77/1985, FJ 5.º

(32) STC 77/1985 FJ 4.º.

(33) STC 86/1985, FJ 4.º.

(34) STC 195/1989, FJ 3.º.

todos los centros públicos respecto de los lugares de residencia de los alumnos. Por ello, no constituye discriminación que el resultado del proceso selectivo haga que el centro escolar resulte más cercano a casa a unos que a otros» (35). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que «en líneas generales puede aceptarse que el derecho de los padres o tutores a elegir centro de enseñanza para sus hijos o pupilos constituye un ingrediente habitual del derecho a la educación, pero cuando choca con las conveniencias didácticas, el ejercicio de ese derecho sólo puede ser satisfecho como manifestación de preferencia que debe ser satisfecha siempre que sea posible» (36).

La evidencia demuestra que una mayor elección de los padres conduce a una correlativa mayor polarización de los estudiantes por factores socioeconómicos, étnicos o de nacionalidad, y deriva en mayores desigualdades en los sistemas educativos. Como señala el Informe de la OCDE *School and Equality* (37), mientras las familias con rentas más altas y mayor nivel formativo disponen de más recursos de acceso a la información necesaria para escoger un centro educativo, las familias con un perfil socioeconómico más bajo suelen acudir al centro público más cercano a su domicilio, lo que favorece la segregación escolar y la aparición de «centros gheto». Algo en lo que han incidido los sucesivos informes sobre España de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa (38).

En la medida en que la educación es un instrumento clave para la construcción de sociedades justas, querer dotar de una protección preeminente a las preferencias paternas cuando ello provoca niveles de segregación y desigualdad como los descritos, resulta constitucionalmente inadmisibles. Y ello por varios motivos:

En primer lugar, porque parece del todo imposible que el sistema educativo posibilite el pleno desarrollo de la personalidad de los individuos cuando su configuración replica situaciones de desigualdad de colectivos concretos. La educación no puede convertirse en un factor que produzca o refuerce la desigualdad, pues no es admisible que el ejercicio de un derecho fundamental termine por contravenir los valores esenciales que articulan el Estado social y democrático de derecho. Y, en segundo lugar porque, un diseño del sistema educativo sobre la base de la interpretación expansiva del derecho a la libre elección de centro de las familias,

(35) STC 195/1989, FJ 4.º.

(36) STS de 29 de marzo de 1993.

(37) Musset, Pauline, «School Choice and Equity: Current Policies in OECD», *op. cit.*, pág. 43.

(38) Véase por todos el último Informe: <https://rm.coe.int/fifth-report-on-spain-spanish-translation/16808b56cb>

puede poner el riesgo el derecho del menor a recibir una *educación integral*, la cual encuentra en la igualdad de oportunidades una de sus principales exigencias.

El principio de equidad, en consecuencia, debe informar el sistema educativo como requerimiento básico del derecho a la educación en tanto que derecho humano que está en la base de una sociedad más justa. Por ello, en su labor de programación y ordenación de la enseñanza, los poderes públicos no pueden ignorar la *iusfundamentalidad* de este principio, que es consustancial al derecho a la educación.

VI. La financiación pública de centros docentes privados: un derecho de configuración legal limitable

La enseñanza privada en España se remonta a mediados del siglo XIX. Desde entonces y hasta la llegada de la democracia, la educación estuvo en manos de la Iglesia católica principalmente, la cual siempre ha dispuesto de una amplia red de centros escolares. Fue con la aprobación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, de 3 de julio 1985 (39), cuando, en orden a garantizar la libertad de enseñanza del artículo 27 CE, el legislador optó por dar carta de naturaleza a la figura del colegio concertado que, junto con los centros privados que no reciben financiación pública alguna y la escuela pública, constituyen la red de escuelas española.

Conviene recordar la singularidad de España frente al resto de los Estados de la Unión Europea a este respecto, pues sólo Malta y Bélgica nos preceden en número de centros concertados, siendo la educación pública la claramente prioritaria en todos los demás países. Así, mientras en Francia, Alemania, la católica Italia o la vanguardista Finlandia, entre otros, la educación pública supone un 89,2% en educación primaria y un 83% en secundaria, España se queda en un 68%.

Mientras inicialmente la concertación se justificó como un complemento de la red de escuelas públicas para dar cobertura a la creciente demanda vinculada al fuerte crecimiento demográfico y a la ampliación de los años de escolarización obligatoria (40), la financiación pública de opciones educativas privadas ha seguido aumentando año tras año en España hasta la actual concertación de la mayor parte de la enseñanza privada, que se halla principalmente en manos de la Iglesia católica.

(39) BOE núm. 159, de 4 de julio de 1985. Véase en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1985/BOE-A-1985-12978-consolidado.pdf>

(40) FERNÁNDEZ LLERA, Roberto y MUÑÍZ PÉREZ, Manuel, *Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso*, Instituto de Estudios Fiscales, 2012, pág. 98.

Así, el «Sistema estatal de indicadores de la educación 2019», del Ministerio de Educación y Formación Profesional(41), aporta datos que reflejan una clara apuesta política a favor de la educación concertada durante los últimos diez años. Pues, el gasto público dedicado a conciertos aumentó un 28,4% entre 2006 y 2016, al tiempo que el gasto por estudiante en centros públicos se reducía un 7,5%. Lo que evidencia que, desde el inicio de la crisis económica hasta el momento actual, el gasto público dedicado a la concertación no ha parado de crecer, mientras que la educación pública ha estado sometida a un duro recorte presupuestario(42).

En el mismo sentido, conviene hacer mención del Informe «Avance de la actuación económica y financiera de las Administraciones Públicas 2018(43)», del Ministerio de Hacienda, donde se destaca que la partida destinada a los conciertos de enseñanza, de 6.375 millones de euros para el curso 2018, supone un 1,7% más que en 2017 y un 18,7% más que en 2008 (5.368 millones). Lo que evidencia que el incremento del dinero dedicado a la escuela concertada no es equivalente al aumento del gasto público en Educación, que en 2018 fue de 51.275 millones de euros, apenas un 0,7% más que hace una década.

Esta tendencia se justifica, desde las autoridades públicas, sobre la base de una mayor demanda de la escuela concertada por parte de las familias, hasta el punto que, como se ha indicado *supra*, la vigente Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa, introduce el criterio de la llamada «demanda social» para priorizar la concertación. Sin embargo, también aquí nos encontramos con una interpretación legislativa interesadamente inadecuada de la libertad de creación de centros docentes, y la facultad para establecer un ideario o carácter propio por parte de sus titulares —artículo 27.6 CE—. Pues el reconocimiento constitucional de este derecho no conlleva su necesaria financiación por parte de los poderes públicos, ni de la libertad de enseñanza se deriva una obligación de los poderes públicos de realizar conciertos educativos.

Si bien es cierto que el artículo 27.9.º CE establece el mandato constitucional de ayuda a los centros docentes al disponer que «los poderes

(41) <https://www.educacionyfp.gob.es/inee/dam/jcr:efa745d7-27ec-4814-9e90-11e01957c39d/seie-2019.pdf>

(42) Según este Informe: desde el año 2006 al 2016 los índices de variación del gasto público dedicado a conciertos, y tomando como año base 2006 (100%), muestran una tendencia creciente hasta el año 2009, situándose en 124,9% (24,9 puntos porcentuales de aumento respecto a 2006), una disminución a partir de 2010, descendiendo a 119,8% en 2013 y presentando un aumento a partir del 2014, siendo 128,4% en 2016». (pág. 64)

(43) http://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/esES/Contabilidad/ContabilidadNacional/Publicaciones/Documents/Informes%20Anuales/Avance_actuaci%C3%B3n_econ%C3%B3mica_financiera_AAPP_2018.pdf

públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», la más temprana jurisprudencia del Tribunal constitucional afirmó que este mandato no impone el deber automático de ayudar «ni a todos los centros, ni totalmente, sino que queda supeditado a los recursos disponibles y a la obligación de someter el sistema de financiación a unas condiciones objetivas» (44). En palabras del Tribunal Constitucional «el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (45). Algo reiterado por el Tribunal Supremo cuando afirma que «el derecho a obtener una enseñanza básica gratuita no comprende que se preste en centros docentes determinados» (46).

La ayuda referida debe estar condicionada, en consecuencia, a que los centros cumplan determinados requisitos como: la gratuidad de la enseñanza; el establecimiento de las condiciones necesarias para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas; o, la participación de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros, a las que se refiere el artículo 27.7 CE. Por lo que, en la realización de conciertos, los poderes públicos deben seguir las orientaciones que la propia Constitución impone para el gasto público en general, pues, en palabras del intérprete supremo de la Constitución, «la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procura de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado la Constitución, pudiendo atenderse, entre otras circunstancias, a las condiciones económicas y sociales de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar los criterios con arreglo a los que habrán de dispensarse las ayudas» (47).

De modo que, el legislador, al desarrollar el artículo 27.9 CE, debe ajustarse a los siguientes criterios: a) la ley que regule la concesión de ayudas a los establecimientos de titularidad privada no puede contrariar los derechos y libertades fundamentales; b) debe sujetarse a los requerimientos del principio de igualdad, y; c) debe respetar las pautas orientadoras del gasto público.

Sin embargo, los datos a día de hoy evidencian que en España existe una preocupante concentración del alumnado socialmente vulnerable en la escuela pública, la cual acoge casi en exclusiva a los alumnos de entornos económicos desfavorecidos, concretamente, un 33% de estudiantes de clases humildes y un 7% de clases acomodadas. Mientras que las ci-

(44) STC 86/1985, FJ 3.º.

(45) STC 86/1985, FJ 4.º.

(46) STS de 9 de marzo de 1992.

(47) STC 86/1985, FJ 3.º.

fras se invierten cuando de los centros privados se trata, pues estos acogen mayoritariamente a estudiantes con recursos económicos, un 65% de alumnos favorecidos y solo a un 7% de las clases desfavorecidas (48). Nueve de cada diez centros que concentran al alumnado de perfil socioeconómico bajo son públicos (49).

En relación con la concentración de estudiantes inmigrantes, los datos son los siguientes: en cinco Comunidades Autónomas la red pública de centros educativos escolariza a más del 90% del total de alumnado inmigrante extranjero (Melilla, Ceuta, Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha); seis registran entre el 80% y el 90% (Murcia, Canarias, Valencia, Cataluña, Baleares y Galicia), otras seis entre el 70% y el 80% (Asturias, Argón, Navarra, La Rioja, Madrid y Castilla-León) y dos entre el 65% y el 70% (Cantabria y País Vasco).

Los factores que explican esta realidad son varios: las desigualdades sociales inherentes al proceso de elección escolar por parte de las familias, condicionadas por el uso estratégico de información privilegiada; así como los constatados mecanismos de selección económica encubierta por parte de los centros concertados, a pesar de su supuesta gratuidad. Consolidándose en el tiempo los procesos de segregación social que redundan en la pérdida de equidad y de igualdad de oportunidades en nuestro sistema educativo.

La educación es, por exigencia del artículo 9.2 CE en conjunción con el artículo 27.2 CE, el más imprescindible instrumento de transformación social, lo cual obliga a los poderes públicos, también al legislador orgánico, a promover las condiciones que garanticen un ejercicio efectivo y real del derecho a la educación en condiciones de igualdad. Por ello, y ante la realidad descrita, se hace imprescindible una revisión en profundidad del actual sistema educativo español que lo adecúe a su configuración constitucional, de la que lleva ya demasiado tiempo alejado.

VII. Bibliografía citada

- ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- , «Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas», *I Encuentro sobre Estudios Jurídico-Políticos en Educación*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid, 2006.

(48) «Diferencias educativas regionales 2000-2016, Fundación BBVA, 2018. Puede consultarse en: https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2018/09/Fichas_CuentasEducacion_CCAA_2000_2016.pdf

(49) https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/mezclate_conmigo.pdf

- ALVENTOSA DEL RÍO, José Fina, «El derecho a la autonomía de los pacientes», en CABANILLAS, A., (ed.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.
- BRIONES, Irene, «La enseñanza de la religión en los centros públicos españoles», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. IX.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales» en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (Coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001.
- , «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», en *Derecho Constitucional y Cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle* / coord. por Francisco Balaguer Callejón, Tecnos, 2004.
- CONTRERAS MAZARÍO, Jose María, «Derechos de los padres y libertades educativas» en VV.AA., *Estudios en Homenaje al Profesor Martínez Valls*, Vol. I.
- CONTRERAS MAZARÍO, José María, LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz, y CELADOR ANGÓN, Óscar, «La última jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de enseñanza de la religión y dos posibles soluciones en el marco del Derecho Comparado»; en *Derechos y Libertades*, Escritos Jurídicos, núm. 6, febrero, 1998.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Familia y derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, «La protección de los menores de edad en Alemania desde una perspectiva constitucional», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 111, enero-marzo, 2001.
- EMBID IRUJO, Antonio, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.
- , «Derecho a la educación y derecho educativo paterno (Comentario de 1982)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, enero-abril, 1983.
- FERRER RIBA, Josep, «Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y de la adolescencia en Cataluña», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, septiembre-diciembre, 1995.
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, «Un tributo a la Historia: la libertad religiosa en la España de hoy», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, núm. 9/10, 1995.
- FERNÁNDEZ LLERA, Roberto y MUÑÍZ PÉREZ, Manuel, *Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso*, Instituto de Estudios Fiscales, 2012.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, CEURA, Madrid, 1988.

- MARTÍNEZ, Lucía y FERRER, ÁLVARO, *Mézclate conmigo: de la segregación socioeconómica a la educación inclusiva*, Save the Children España, abril, 2018.
- MARTÍNEZ BLANCO, Marialuz, *La enseñanza de la religión en los centros docentes (A la luz de la Constitución y del Acuerdo con la Santa Sede)*, Universidad de Murcia, Murcia, 1993.
- MURILLO, F. Javier y MARTÍNEZ-GARRIDO, Cynthia, «Magnitud de la Segregación escolar por nivel socioeconómico en España y sus Comunidades Autónomas y comparación con los países de la Unión Europea», en *RASE, Revista de Sociología de la Educación*, Vol. 11, núm. 1, 2018.
- MURILLO, F. Javier, MARTÍNEZ GARRIDO, Cynthia y BELAVI, Guillermina, «Segregación escolar por origen nacional en España», OBETS, en *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2017.
- MUSSET, Pauline, «School Choice and Equity: Current Policies in OECD», en *Countries and a Literature Review*, 2012.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Marialuz, «La enseñanza de la religión en la escuela pública española (1979-2005)» Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose, julio, 2005.
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SALGUERO SALGUERO, Manuel, «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado», en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5, julio-diciembre, 1995.
- SANTOS, María José, «Menores y derechos de la personalidad. Autonomía del menor», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011.
- TAJADURA TEJADA, Javier, «La enseñanza de la Constitución», en *Temas para el Debate*, núm. 49, diciembre de 1998.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, «La clase de religión y su alternativa constitucional», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45, mayo-agosto, 1996.
- VALERO HEREDIA, Ana, *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- , «Ideario educativo constitucional y "homeschooling": a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 32, núm. 94, 2012, págs. 411-442.
- , «Integración social y derecho a la educación: a propósito de la sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 180, 2018, págs. 255-274.



Régimen de los puertos deportivos de competencia de Euskadi

Legal framework for marinas in Euskadi

MARÍA ZAMBONINO PULITO

Universidad de Cádiz

maria.zambonino@uca.es

ORCID 0000-0002-0511-431X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.06>

LABURPENA: Kirol-portuak Euskadiko Autonomia Erkidegoaren eskumene-koak dira, eta, beraz, arestian onartutako Euskadiko Portuen eta Itsas Garraioaren ekainaren 28ko 2/2018 Legearen aplikazio-eremu objektiboaren barruan daude. Lan honen aztergai dira Legeak kirol-portuen inguruan dakartzan alderdirik aipagarrienak, hala nola antolaketa-eredu berria eta portuetako zerbitzuen eta jabari publikoaren kudeaketa-araubidea, batez ere amarratze edo amarralekuen araubidea eta hertsiki portu-erabilera ez direnak halako portuetan garatzeko araubidea. Azterlan honetan azaltzen dira, halaber, Legeak ebatzi gabeko zenbait alderdi, gainerako autonomia-erkidegoetan eman diren portu-arauekiko konparazioaren ikuspegitik.

HITZ GAKOAK: Kirol-portuak. Itsasoko administrazio-zuzenbidea.

ABSTRACT: Marinas fall within the competence of the Autonomous Community of the Basque Country and therefore part of the objective scope of the recent Law 2/2018, of 28 June, on Ports and Maritime Transport of the Basque Country. The paper examines the most important aspects introduced concerning marinas, such as the new organisational model, the services and public domain management, with particular consideration of the regime of moorings and possible non-strictly port uses that may develop in such ports. The research also reviews those aspects that the Law does not resolve and from a comparative perspective of the regulation of marinas in Autonomous Communities.

KEYWORDS: Marinas. Maritime administrative law.

RESUMEN: Los puertos deportivos son de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi y parte, por tanto, del ámbito objetivo de aplicación de la reciente Ley 2/2018, de 28 junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco. El trabajo examina los aspectos de mayor relieve que introduce la Ley en relación a los puertos deportivos, tales como el nuevo modelo organizativo, el régimen de gestión de los servicios y del dominio público portuarios, con especial consideración del régimen de los amarres y de los posibles usos no estrictamente portuarios que pueden desarrollarse en este tipo de puertos. El estudio se realiza

exponiendo, también, aquellos aspectos que la Ley no resuelve y desde una perspectiva comparativa de la regulación de puertos que se ha dictado en el resto de Comunidades Autónomas.

PALABRAS CLAVE: Puertos deportivos. Derecho administrativo marítimo.

Trabajo recibido el 26 de julio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. Un nuevo modelo organizativo. 1. El modelo elegido. 2. Los factores condicionantes del modelo de gestión. 2.1. Autonomía y eficacia: de una entidad privada (EKPSA) a una entidad pública que se rige por el Derecho privado (EKP). 2.2. Los límites en la utilización del Derecho privado: la necesidad de ejercer potestades públicas en el dominio público portuario y la idoneidad de la forma de personificación jurídico-pública como la diseñada para Eskadiko Kirol Portuak. 2.3. El núcleo de derecho público aplicable a la gestión de los puertos deportivos. 3. El grado de autonomía de EKP: competencias y potestades que se le atribuyen. 4. La gobernanza *multinivel* en el modelo de gestión.—III. Los puertos deportivos como infraestructuras con incidencia territorial. 1. La planificación sectorial. 2. Aspectos urbanísticos: ordenación y licencias.—IV. La gestión de los puertos deportivos. 1. Los servicios portuarios. 2. Los puertos deportivos como bienes de dominio público. 3. Régimen de los amarres. 4. Actividades complementarias a los usos propiamente portuarios.—V. Abreviaturas.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

Con vocación de «establecer el régimen jurídico aplicable a los puertos e instalaciones portuarias y marítimas de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco», se aprobó, hace poco más de un año, la Ley 2/2018, de 28 junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco (en adelante LPTMPV). Su objeto genérico descrito en el art. 2.1 que acabamos de transcribir es, por tanto, dotar de un régimen propio a los puertos de la competencia de Euskadi, esto es, los puertos que no sean de interés general ubicados en la mencionada Comunidad Autónoma⁽¹⁾. No se ciñe la LPTMPV pues, siguiendo la tónica existente en el resto de Comunidades Autónomas que ha legislado en la materia, a regular un concreto tipo de puertos —deportivos, de refugio, pesqueros, *v.gr.*— (2).

(1) De acuerdo con el art. 10.32 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, la Comunidad Autónoma asumió la competencia exclusiva en relación a los puertos, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.20.º de la Constitución*, precepto este último que deja al Estado la competencia relativa a los puertos de interés general. Este es, por lo demás, el reparto actual de competencias en materia de puertos común para todas las Comunidades Autónomas.

(2) La única excepción en este sentido, ya superada por lo demás, fue la Comunidad Autónoma de Andalucía, que aprobó la primera Ley autonómica que reguló puertos de su competencia, la Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de Andalucía, que como por su propia denominación puede entenderse, se limitó a establecer el régimen de los puertos deportivos de competencia de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, las Leyes autonómicas que empiezan a aprobarse en la década de los noventa extendieron su ámbito de aplicación a todos los puertos autonómicos, línea que se ha seguido posteriormente, incluso en el caso de Andalucía. Pueden verse en este sentido, las Leyes 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de Murcia; 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña; 5/2004, de 16 noviembre, de Puertos de Cantabria; 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias; 10/2005, de 21 de junio, de Puertos de las Islas Baleares; 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía; 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat de Valencia; 6/2017, de 12 de diciembre, de Puertos de Galicia.

Tampoco queda ahí su ámbito de aplicación que alcanza también, como expresamente determina el art. 2.3 y su propia denominación indica, al transporte marítimo de competencia autonómica, es decir, el denominado transporte marítimo «intracomunitario» por llevarse a cabo exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma (3). Se trata pues de disponer, en efecto, de una norma con rango de ley, propia de la Comunidad Autónoma, que regule el régimen sustantivo de los puertos de su competencia, superándose así el rango reglamentario y el carácter fragmentario y disperso de la normativa hasta el momento existente (4).

Para los puertos deportivos, la LPTMPV supone una novedad en lo que hace a la regulación de su régimen sustantivo. Este régimen es común para todos los puertos de competencia de la Comunidad Autónoma, si bien se han tenido en cuenta las peculiaridades que comportan este tipo de instalaciones derivadas de las necesidades de la náutica deportiva y de recreo. El contexto resulta bien expuesto en la propia Exposición de Motivos de la Ley: «el crecimiento de la práctica náutico-recreativa en Euskadi y el desarrollo turístico de la costa vasca han propiciado la construcción y reordenación de puertos e instalaciones portuarias de carácter deportivo o recreativo, vinculados al turismo de ocio y de calidad, que además tienen un impacto sobre el territorio y sobre el propio modelo económico de los municipios en los que se emplazan, y que ha de ser te-

(3) Arts. 10.32 EAPV y 149.1.20.ª CE, en relación con el art. 6.1.a TRLPMM.

(4) Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuaria del País Vasco (RAPPV), muy anterior a la moderna legislación de puertos estatal, y que se dictó, como su propio Preámbulo indica, en desarrollo de lo de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Puertos, refiriéndose esta llamada al texto que se incluía en la Ley de Puertos de 1880; Orden de 19 de octubre 2017, del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del País Vasco, por la que se regula el procedimiento de otorgamiento y el régimen de las concesiones de uso de plazas de amarre por titulares de embarcaciones de recreo, que derogó y sustituyó a la Orden de 20 de abril de 2004; Decreto 105/2000, de 6 de junio, por la que se autoriza a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la creación y adquisición de participaciones en la sociedad pública «Euskadiko Kirol Portua, SA»; Decreto 161/2015, de 27 de julio, por el que se atribuye la gestión del servicio público portuario deportivo a «Euskadiko Kirol Portua, SA»; Resolución 15/2016, de 22 de marzo, del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se autoriza la encomienda a Euskadiko Kirol Portua S.A. de la gestión recaudatoria de las tasas portuarias en los puertos deportivos cuya gestión tenga atribuida; Decreto 359/1991, de 4 de junio, que deroga la LPTMPV, por el que se constituyeron los consejos asesores de puertos, que, en virtud de la disposición transitoria quinta LPTMPV, continuarán realizando esta función hasta tanto se dicte el reglamento previsto en el art. 4 LPTMPV; Decreto 90/2000, de 23 de mayo, también derogado por la LPTMPV, que creó el Órgano Consultivo de Puertos y Asuntos Marítimos Vascos, también de corte consultivo.

El régimen de las tasas portuarias, por su parte, se regula en el Capítulo I del Título X del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, de 11 de septiembre (al que se sigue remitiendo la LPTMPV).

nido en cuenta a efectos de una regulación del régimen portuario coherente y global».

Cuestión distinta es lo que se refiere al modelo organizativo diseñado para la gestión de los puertos deportivos, que difiere del que se prevé en la LPTMPV para el resto de puertos de competencia autonómica. Esta diferenciación, *per se*, no constituye no obstante una novedad, como tendremos ocasión de analizar seguidamente, sí lo es, en cambio, el modelo elegido, que es objeto de una importante reforma. El legislador, por lo demás, ha sido sensible a la importante incidencia de los puertos en el territorio, previendo, fundamentalmente, fórmulas para integrar la planificación sectorial y la ordenación urbanística. La gestión portuaria, por su parte, se aborda desde el doble punto de vista del carácter de la actividad que se presta en los puertos y de la naturaleza del espacio que ocupan, regulándose en detalle el régimen de los servicios y del dominio público portuarios. Abordaremos de manera separada el análisis de estas cuestiones, respecto de las que la LPTMPV sigue, en general, la línea de otras leyes autonómicas, si bien presenta sus propias especificidades, de las que daremos cumplida cuenta. Junto a ello, y desde la perspectiva de la gestión, nos tendremos también en algunos aspectos que, si bien no se han regulado en detalle en la LPTMPV, son decisivos en los puertos deportivos. Uno de ellos es el régimen de los amarres, que en Euskadi cuenta con una regulación bastante completa de rango reglamentario. Es también en los puertos deportivos una cuestión clave y tradicionalmente conflictiva la posibilidad de desarrollar en los mismos usos distintos a los estrictamente portuarios, aspecto éste que conviene desarrollar ante la escasa regulación que al respecto contiene la LPTMPV.

Como valoración general, puede adelantarse que la LPTMPV introduce un régimen muy completo, que además era necesario, pues si bien los puertos de la competencia de Euskadi no estaban huérfanos de regulación ya que se contaba también con la legislación supletoria estatal, tal regulación estaba pensada para una realidad ciertamente distinta, los puertos de interés general, y no satisfacía el propósito que ahora se logra: contar con una regulación propia adaptada a las peculiaridades de la Comunidad Autónoma. Para tal empresa, sin embargo, la Ley no es excesivamente extensa, y ello porque cuenta con la colaboración del reglamento, al que hace un frecuente llamamiento para complementarla y desarrollar muchos aspectos de detalle. Es al reglamento, pues, al que corresponderá culminar la tarea, y concretar y despejar algunas de las dudas que la Ley plantea y que se irán exponiendo a lo largo de las siguientes páginas.

II. Un nuevo modelo organizativo

1. El modelo elegido

Como ya se apuntó, el modelo adoptado por la LPTMPV es diverso según que se trate de puertos o instalaciones deportivas o de otro tipo de puertos o instalaciones portuarias de competencia autonómica. Esta distinción de modelos según de qué tipo de puertos se trate ya existía el Derecho de Euskadi. El cambio, sustancial, que introduce la LPTMPV se refiere al concreto modelo adoptado para la gestión de los puertos deportivos por la Comunidad Autónoma.

Y es que, mediante Decreto 105/2000, de 6 de junio, se autorizó a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco a crear una sociedad pública, con forma de sociedad anónima, cuyo único socio en el momento de la constitución sería la Administración de la Comunidad del País Vasco, «Euskadiko Kirol Portua, SA» (EKPSA), y cuyo objeto sería «la planificación, promoción, desarrollo y explotación de puertos deportivos y sus áreas e instalaciones conexas, por sí, en calidad de concesionario o mediante la cesión de los que correspondan a terceras personas, tanto jurídicas como privadas» (arts. 1 y 2). Y fue así que, mediante sucesivos instrumentos jurídicos, a EKPSA se fue asignando la gestión de los puertos deportivos del País Vasco hasta atribuírsele la totalidad del «servicio público portuario deportivo» mediante el Decreto 161/2015, de 27 de julio.

La LPTMPV, en este punto, da un giro con profundas implicaciones, al crear, en su art. 23, el ente público «Euskadiko Kirol Portuak» (EKP), sustituyéndose pues, una sociedad anónima por un «ente público de Derecho privado» con personalidad jurídica propia y plena capacidad para obrar para el cumplimiento de sus funciones, adscrito al departamento del Gobierno Vasco competente en materia de puertos(5). Se crea, por tanto, un ente de Derecho público que sujeta su actividad al Derecho privado, como con mayor precisión expresa la Exposición de Motivos LPTMPV al definirla como *ente público sometido al Derecho privado*, cuyo objeto se concreta en el art. 24 LPTMPV como sigue: a) la gestión integral de los puertos de uso náutico-recreativo y sus áreas de uso conexas que le adscriba el Gobierno o aquellos cuya gestión asuma en calidad de concesionario; b) la cooperación técnica con el departamento competente en materia de puertos de la Administración general de la Comunidad Autónoma en la planificación, promoción, desarrollo y programación de los puertos de uso náutico-recreativo y

(5) El inicio de las actividades de EKP, y la consiguiente sucesión en lo que hace a bienes, derecho y personal, se condiciona a la determinación de un Decreto del Gobierno Vasco, debiéndose proceder, a continuación, a la extinción y liquidación de EKPSA (*vid.* disposiciones adicionales primera y segunda LPTMPV).

sus áreas de uso conexas; c) la construcción de las infraestructuras e instalaciones portuarias que le encomiende el Gobierno, así como la conservación, gestión y administración de estas nuevas infraestructuras, ya sea directamente o mediante otra entidad de Derecho público o Derecho privado y por medio de cualquier negocio jurídico; d) la prestación de los servicios portuarios en los puertos que le adscriba el Gobierno, con respeto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación; e) la colaboración con entes de idénticos fines que actúen en el ámbito de la Unión Europea.

El cambio sustantivo al que asistimos consiste pues en encomendar la gestión de los puertos deportivos a una sociedad anónima, antes, y a un ente de naturaleza pública, ahora. Estamos por tanto en presencia de la aplicación de una medida de publicación de la gestión de los puertos deportivos que, por otra parte, también se ha implementado en el año 2013 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, aunque con mayor intensidad, pues en ésta se ha pasado de atribuir la gestión de los puertos —en este caso todos los de competencia autonómica y no sólo los deportivos—, a una entidad instrumental de Derecho público que sujeta su actividad al Derecho privado, a quedar integrada la gestión en la Administración general de la Comunidad Autónoma, suprimiéndose la entidad y asumiéndose la actividad por la Consejería competente en materia de puertos(6).

El salto que introduce la LPMPV va a implicar una serie de consecuencias, para cuya valoración deben tomarse en consideración los efectos de la atribución de la naturaleza, pública o privada, de la entidad en cuestión, pero también desde la premisa de que el puerto es un bien de dominio público, de por sí, y de que, además, se ubica en el dominio público marítimo-terrestre. En el ejercicio de su potestad de autoorganización derivada de la autonomía constitucionalmente garantizada, la Administración de la Comunidad Autónoma, en cuanto Administración territorial, tiene capacidad para decidir el modelo de gestión de los servicios de su competencia, entre ellos, el de los puertos deportivos. Se

(6) La Ley 5/2004, de 16 de noviembre, de Puertos de Cantabria posibilitaba la creación, mediante Ley, de una entidad pública empresarial, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar adscrita a la Consejería competente en materia de puertos que, bajo su control y tutela, ejerciera competencias de la Administración portuaria en la planificación, construcción, gestión y explotación del sistema portuario de titularidad de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En su virtud, la Ley 9/2006, de 29 de junio, creó la Entidad Pública Empresarial Puertos de Cantabria. La extinción de la Entidad tuvo lugar a través de la disposición derogatoria segunda de la Ley 10/2012, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas que, igualmente, derogó la Ley 9/2006. En su Preámbulo se justifica la extinción, que se inserta en un proceso de adelgazamiento y reducción de la denominada «Administración instrumental» de Cantabria suprimiendo algunas entidades del sector público, en base a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril y en la Ley 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria, así como en los planes de reducción y redimensionamiento del sector público de la Comunidad autónoma de Cantabria.

trata de una potestad discrecional, lo que tampoco significa que sea ilimitada. Pero tal naturaleza sí permite que, en su ejercicio, la Administración pueda optar por distintas posibilidades, todas ajustadas a Derecho.

Y a tal efecto, son varios los factores que influyen y/o condicionan la elección, tales como el grado de autonomía con el que se quiera que se gestione el servicio en cuestión, o la eficacia, en cuanto principio rector de la actuación de todas las Administraciones públicas, *ex art.* 103.1 CE. Y ligada a este último, también impuesto por el mismo precepto constitucional, la deseable integración de las competencias sectoriales mediante la articulación de técnicas de coordinación, cooperación y colaboración interadministrativas. Entre los condicionantes, debe tomarse en consideración el carácter de dominio público marítimo-terrestre sobre el que los puertos deportivos necesariamente se asientan.

2. Los factores condicionantes del modelo de gestión

2.1. AUTONOMÍA Y EFICACIA: DE UNA ENTIDAD PRIVADA (EKPSA) A UNA ENTIDAD PÚBLICA QUE SE RIGE POR EL DERECHO PRIVADO (EKP)

La ley, estatal o autonómica según el caso, diseña el entramado institucional del sector público respectivo. En este sentido, y en el ámbito estatal, el Título I de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), regula la organización de la Administración General del Estado, y el Título II del mismo cuerpo legal, la organización y el funcionamiento del sector público institucional estatal. En el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ha de estarse al art. 7 del Decreto Legislativo Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (en adelante TRLHPV), en el que podemos identificar los dos grandes modelos: la Administración General y la denominada Administración Institucional, integrándose en esta última los siguientes entes: los entes institucionales que se rijan por el derecho público, los entes públicos de derecho privado, los entes de derecho privado (sociedades públicas y fundaciones del sector público), y los consorcios (7). Respecto

(7) Una completa sistematización de las entidades instrumentales, a pesar del esfuerzo realizado desde aquella legislación institucional para ordenar las que integran el sector público, es un intento de entrada sin éxito, dada la proliferación de entidades existentes y la posibilidad de que surja un «ente atípico», que se sale de las categorías establecidas y se rige por su propia legislación. Y no es un fenómeno que afecte de modo exclusivo al ámbito que nos ocupa, como es sabido. Antes al contrario, importantes sectores de la acción administrativa se encomiendan a este tipo de entidades, por muy diversas razones.

a las ventajas o inconvenientes de crear entidades instrumentales, la explicación que se nos ofrece desde un punto de vista técnico-jurídico es irreprochable, puesto que mediante la utilización de esta técnica se trata de dar cumplimiento a uno de los principios que rigen la organización administrativa, el de descentralización, en su vertiente de descentralización funcional, con el objeto de conseguir una mayor eficacia en tal gestión (8).

El fenómeno de proliferación de entidades instrumentales se enmarca en la comúnmente denominada tendencia de *huida del Derecho administrativo*, lo que significaba, también, eludir las garantías de los derechos de los ciudadanos que el Derecho Administrativo comporta (9). Y digo

(8) El fenómeno, sin embargo, trae causa en razones más profundas, muchas veces solapadas por el disfraz de la descentralización y que responden a la posibilidad de que estas entidades se creen bajo fórmulas jurídico-privadas y/o utilicen, en su tráfico normal, un régimen, aunque jurídico-administrativo, propio y diferenciado del establecido para el resto de las organizaciones administrativas, un régimen por ello denominado «estatutario» (CLAVERO ARÉVALO), incluso un régimen de Derecho privado. En este último caso, hemos asistido a un afán, so pretexto de una supuesta mayor agilidad y eficacia en la gestión de los servicios públicos, de crear entidades instrumentales utilizando el Derecho privado, bien para someter su actividad al mismo, bien empleando fórmulas privadas de personificación. Así, desde estas posiciones, se mantiene que el empleo de las formas tradicionales de gestión centralizada va en detrimento de la flexibilidad y eficacia de la gestión, por el exceso de burocracia que conlleva la aplicación del Derecho público y las típicas técnicas de la organización administrativas, proponiéndose como instrumentos idóneos para alcanzar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas, la utilización de las más modernas técnicas de gestión empresarial.

(9) En este sentido, la STS 24 de noviembre de 2009, para la que «la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos a través de formas jurídico-privadas no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma con la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa». Son justamente estas, las razones que llevaron a la STS 17 mayo 2012, en el recurso de casación que desestima, interpuesto contra la STSJ País Vasco de 9 de marzo de 2009, a considerar que el precio que se satisface por un amarre en el puerto deportivo de Bermeo es una tasa, y ello aunque fuera gestionado por EKPSA, una entidad, como sabemos, de Derecho privado. Reproducimos, por su interés, el pasaje del pronunciamiento jurisdiccional en el que se recogen estas consideraciones:

«La primera cuestión que debe afrontarse viene referida a la verdadera naturaleza jurídica de la sociedad pública EUSKADIKO KIROL PORTUA, S.A. (EKP).

En efecto, de la prueba practicada en la instancia se desprende que EKP es una entidad enmarcada en los denominados Entes Instrumentales, que de manera general se caracterizan por tres notas:

- Una meta: más eficacia administrativa mediante una mayor flexibilidad financiera.
- Una técnica organizativa: dotar de personalidad jurídica independiente a una parcela organizativa de la administración pública.
- Una posible consecuencia jurídica: la huida del Derecho Administrativo general, bien hacia un régimen administrativo singular (primera fase de la huida), bien hacia el Derecho Privado (segunda fase de la huida).

Sobre estos entes instrumentales ha venido prevaleciendo la llamada «teoría del ordenamiento singular», según la cual las relaciones entre el Derecho administrativo ordinario y el Derecho propio de los entes instrumentales no se rigen por los principios propios de la distinción Derecho Común/Derecho Especial sino por los de la otra distinción Derecho General/Derecho Singular, y con

significaba, porque las Leyes 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común y 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público han puesto límites a esta huida, en los términos que posteriormente veremos. Por otra parte, tampoco hay estudios suficientes que permitan afirmar la mayor eficiencia de aquellas fórmulas que intentan liberarse del control administrativo y presupuestario, y tampoco está demostrado que la gestión descentralizada suponga un coste menor del servicio público. Es más, ya hemos visto cómo los principios de estabilidad presupuestaria y equilibrio financiero han supuesto precisamente lo contrario, y han hecho que alguna Comunidad Autónoma «centralice» la gestión de los puertos.

Y en el supuesto que nos interesa, aun manteniendo el modelo de gestión descentralizada a través de una entidad institucional, esta pasa de ser una sociedad pública a ser una entidad pública de derecho privado, en los términos expresados en el ya citado TRLHPV, en cuyo artículo 15 se define a este tipo de entidad como un ente institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de naturaleza pública, cuyo objeto es la realización, en régimen de descentralización, de actividades pertenecientes a la competencia de la misma —en este caso la gestión de los

la importante consecuencia de que el Derecho Administrativo «General» no tendría el valor de Derecho supletorio para los EEII. Hay una ruptura de los esquemas conceptuales tradicionalmente aceptados para distinguir lo público de lo privado, y hay también, finalmente, un abandono de los criterios clásicos determinantes de la teoría General del Derecho de la personalidad jurídica diferenciada. Han sido razones de eficacia administrativa las que tradicionalmente se han invocado para justificar la creación de estas personificaciones diferenciadas que son los entes instrumentales. Estos, como ya se ha dicho, son puras técnicas organizativas dirigidas a conseguir en lo funcional y en lo financiero un marco de flexibilidad de actuación no ofrecido por el Derecho administrativo ordinario.

La lectura del art. 103.1 de la Constitución española (RCL 1978, 2836)_(CE) lo que revela es que el desiderátum constitucional para toda la Administración pública está encarnado por la simultánea presencia en su actuación de los principios de legalidad y eficacia. Pero uno de los riesgos de los EEII tiene su causa en la huida que en muchos de ellos se produce desde el Derecho administrativo ordinario hacia el derecho singular «privado», enmascarando la Administración pública que así resulta bajo los ropajes civiles o mercantiles, ya que con ello se elude la aplicación de las prescripciones constitucionalmente establecidas para los poderes públicos.

Así pues, cabe concluir que la Administración no puede configurar arbitrariamente el estatuto jurídico de cualquier ente prescindiendo del contenido y características de su actividad y de los fines perseguidos.»

...

De todo lo que se ha expuesto se desprende la inicial conformidad con el ordenamiento jurídico de la entidad EKP, si bien habrá que deslindarse si sus fines y los medios que utiliza son los adecuados para gestionar un servicio público como es el portuario de Bermeo, y determinar si las contrataciones de amarre con los usuarios, titulares de embarcaciones de recreo, deben estar sometidas al Derecho privado o administrativo y, por tanto, si el precio que debe abonarse es una tarifa privada o una tasa. La respuesta a estas cuestiones nos dará la medida de si se ha actuado conforme a derecho, como pretende el Gobierno Vasco recurrente, o si estamos ante una huida del derecho administrativo mediante prácticas incorrectas, tal como alegan los recurridos y refleja la Sentencia impugnada.»

puertos deportivos—, y que se rige fundamentalmente por el Derecho privado.

Este cambio sitúa a la Comunidad Autónoma del País Vasco en la tónica de la mayoría de las Comunidades Autónomas costeras que, a través de sus leyes de puertos —u otras específicamente dictadas para ello—, han creado entidades institucionales, en su mayor parte, con forma jurídico-pública que someten su actividad al Derecho privado, siguiendo, a su vez, la línea emprendida en 1992 por la propia legislación estatal de puertos, a través de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante —y continuada en las sucesivas reformas y en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante— (10).

Es pues, el que nos ocupa, un supuesto de personificación que sigue la modalidad que más acogida ha tenido en la ejecución de la política portuaria, tanto estatal, como autonómica. Es, sin embargo, un supuesto peculiar, pues en el resto de casos se partía de un modelo centralizado, en base al cual la ejecución de dicha política se llevaba a cabo por el Departamento competente en materia de puertos, siendo que EKP, viene llamada a sustituir a una entidad personificada también, pero de Derecho privado, EKPSA. La peculiaridad deriva también de otro dato, cual es el ámbito objetivo de actuación de la entidad, que se ciñe, como ya sabemos, a los puertos deportivos, mientras que en el resto de Comunidades Autónomas, a la entidad instrumental se encomienda la gestión de la totalidad del sistema portuario de competencia de la Administración matriz. Se trata, pues, de un modelo que introduce la gestión descentralizada para los puertos deportivos y centralizada para el resto de puertos de su competencia. El modelo centralizado, por lo demás, es el modelo empleado en el resto de Comunidades Autónomas costeras, en las que la gestión del sistema portuario autonómico se encomienda al Departamento competente en materia de puertos, debiendo destacarse el caso

(10) Sobre el modelo introducido en la legislación estatal, puede verse el trabajo de NAVAJAS REBOLLAR, Miguel, *Régimen jurídico-administrativo de los puertos*, Marcial Pons, 2000. En este grupo pueden encajarse las siguientes entidades portuarias autonómicas: Agencia Pública de Puertos de Andalucía, cuya denominación actual se dio por la disposición adicional primera de la Ley 2017, sustituyendo tal denominación a la de la Empresa Pública Puertos de Andalucía, creada en virtud de la disposición adicional décima de la Ley 3/1991, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1992; Puertos de Galicia, creada mediante Ley 5/1994, de 29 de noviembre, que ha sido más recientemente derogada por la Ley 6/2017, de 12 de diciembre, de Puertos de Galicia, que mantiene esta naturaleza, adecuada a las normas institucionales autonómicas vigentes; Puertos de la Generalidad, creada por la Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña; Puertos Canarios, creada por la Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias; Puertos de las Illes Balears, creada mediante Ley 10/2005, de 21 de junio, de Puertos de las Illes Balears; Euskadiko Kirol Portuak, creada, como ya nos consta, por la Ley 2/2018, de 28 junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco.

peculiar, ya citado, de Cantabria, donde en el año 2013 se *vuelve* a dicho modelo centralizado suprimiéndose la entidad instrumental Puertos de Cantabria creada en 2006 (11).

2.2. LOS LÍMITES EN LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: LA NECESIDAD DE EJERCER POTESTADES PÚBLICAS EN EL DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO Y LA IDONEIDAD DE LA FORMA DE PERSONIFICACIÓN JURÍDICO-PÚBLICA COMO LA DISEÑADA PARA ESKADIKO KIROL PORTUAK

Otro de los factores a tener presente a la hora de adoptar un modelo organizativo concreto es el dato de que para gestionar adecuadamente el sistema portuario han de ejercerse potestades públicas, esto es, poderes exorbitantes atribuidos por el ordenamiento jurídico. Y en los puertos se da tal necesidad por su carácter de dominio público: un dominio público que hay que delimitar, proteger, utilizar, explotar y vigilar con especial cautela, por tratarse de bienes que se destinan al uso o al servicio público. Se trata pues, de adoptar fórmulas organizativas que permitan el ejercicio de tales potestades para poder desarrollar una adecuada gestión del dominio público portuario. Pero yendo más allá, lo idóneo es que el ente que gestione dicho dominio público sea el titular de las potestades que luego está llamado a ejercer, sin perjuicio de que en determinados supuestos el ejercicio puede ser puntualmente encomendado a otro órgano u otro ente.

Y que los puertos, también los deportivos, son dominio público, es una constante en nuestra legislación portuaria, estatal y autonómica que, a su vez, enlaza con la legislación reguladora del patrimonio de las Administraciones Públicas, que atribuye el carácter de dominio público a los bienes que siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como a aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales (12). La titularidad del dominio público de los puertos de competencia autonómica, entre los que se encuentran los puertos deportivos, corresponde a las Comunidades Autó-

(11) *Vid.*, al respecto las Leyes 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de la Región de Murcia y 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat de Valencia. En el caso de Asturias, en fin, al no haberse dictado una normativa específica que regule la Administración portuaria, habrá de estarse a los reglamentos organizativos que en cada momento diseñen la estructura orgánica de la Administración del Principado, actualmente al Decreto del Presidente 6/2015, de 28 de julio.

(12) Art. 5 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que, de acuerdo con lo establecido en la disposición final segunda LPAP, se dicta al amparo del art. 149.1.8 CE y por ello es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. En el mismo sentido, art. 4 del Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi.

nomas, de acuerdo con sus Estatutos y en el marco de la CE. Así lo establece, con total claridad y precisión, el art. 7.1 LPTMPV: «El dominio público portuario de la Comunidad Autónoma del País Vasco está integrado por los derechos y los bienes, muebles e inmuebles, que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectos al uso general o al servicio público portuario de competencia autonómica».

Ahora bien, la construcción, modificación o ampliación de un puerto deportivo requiere utilizar bienes que, por determinación constitucional, son dominio público de titularidad estatal, de acuerdo con lo establecido en el art. 132 CE, precepto que permite ampliar el contenido del dominio público de titularidad estatal, y así lo hace la LC que, además de definir los elementos del dominio público marítimo-terrestre mencionados en la Constitución (art. 3 LC), incluye en el dominio público marítimo-terrestre una amplia relación de bienes (arts. 4 y 5 LC). A la declaración de la titularidad autonómica no es obstáculo el que los puertos deportivos hayan de ocupar espacios que se integran en el dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal, pudiendo afirmarse, a la luz de la doctrina constitucional⁽¹³⁾, que en los espacios marítimo-terrestres pueden convivir titularidades demaniales diversas. En el caso concreto que nos ocupa, debe tenerse presente que el puerto no es lo mismo que el demanio marítimo-terrestre sobre el que se asienta, son objetos jurídicos distintos, debiéndose distinguir entre el soporte físico —dominio público de titularidad estatal— y el bien afecto a la prestación de servicios portuarios —puerto de titularidad de la Comunidad Autónoma— (14). La legislación autonómica de puertos, en esta misma línea, parte de la compatibilidad de la titularidad autonómica del puerto con la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre que debe adscribirse a la Comunidad Autónoma para que esta pueda ejercitar sus competencias en materia de puertos. En este sentido, también, el art. 7.2 LPTMPV: «En todo caso, pertenecen al do-

(13) SSTC 149/1991, de 4 de julio, 40/1998, de 19 de febrero; 193/1998, de 1 de octubre; 226/1998, de 26 de noviembre; 34/2014, de 27 de febrero, entre otras.

(14) Esta es, por lo demás, la doctrina que ha sentado el Tribunal Constitucional. En este sentido, ya la STC 149/1991, de 4 de julio, que resolviera los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LC, reconocería la titularidad de la Comunidad Autónoma sobre obras e instalaciones, y sobre la franja dominio público marítimo-terrestre, la del Estado: «*De ahí se sigue que las obras e instalaciones del puerto son creadas y gestionadas por la Comunidad Autónoma, que ostenta sobre ellas una titularidad plena, o diferida a la reversión tras la extinción de la concesión que pudiera existir sobre la obra o instalación. Ahora bien, la indudable titularidad autonómica de las obras e instalaciones portuarias no conlleva la plena titularidad demanial de aquella franja de terreno que es de titularidad estatal, por mandato expreso de la Constitución...*» Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que resolviera el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 8/1998, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, STC 193/1998, de 1 de octubre, declarando la posibilidad de que la titularidad del dominio público portuario corresponda a la Comunidad Autónoma. Esta tesis es la que mantuve en mi trabajo *Puertos y costas: régimen de los puertos deportivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

minio público portuario de la Comunidad Autónoma del País Vasco las aguas marítimas, las superficies de tierra, las obras y las instalaciones que se afecten a usos o servicios portuarios, así como las obras e instalaciones realizadas en el dominio público marítimo-terrestre adscrito para finalidades portuarias» (15).

El carácter demanial del puerto hace necesaria una especial protección de este tipo de bienes para garantizar su conservación e integridad, debiendo en todo caso la Administración titular respetar los principios a los que han de ajustarse su administración y gestión (16), para las cuales, el ordenamiento jurídico le atribuye las prerrogativas y potestades necesarias (17). Estas potestades son muy diversas, pero podríamos clasificarlas en tres grupos: las potestades de determinación, las de protección y las de utilización y policía. En la primera categoría se incluyen las potestades dirigidas a incorporar bienes al dominio público marítimo-terrestre, entre las que podríamos citar la propia categorización de bienes con tal naturaleza, o el deslinde. Entre las potestades de protección, defensa y conservación, se incluyen la investigación de oficio, la recuperación de oficio o el desahucio administrativo. Finalmente, a la Administración se atribuyen también potestades que le permiten habilitar a los particulares la ocupación y el aprovechamiento del mismo y controlar la correcta utilización del demanio cuyo uso ha sido habilitado, entre las que podemos citar las potestades de otorgamiento de autorizaciones y concesiones, las de policía, vigilancia e inspección, o la potestad sancionadora. Y tales potestades son necesarias para la gestión del dominio público portuario, esto es, para desarrollar las funciones que dicha gestión comprende, como son la planificación y ordenación del sistema, la ejecución de obras, el otorgamiento de autorizaciones y concesiones, la prestación de servicios, la imposición de tasas, la adopción de las medidas necesarias de preservación

(15) Es, por otra parte, el sentido que debe darse al precepto según el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la LPTMPV, publicado en virtud de la Resolución de 4 de febrero de 2019: «Respecto al artículo 7 de la Ley 2/2018, de 28 de junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco, ambas partes coinciden en que la titularidad autonómica de las obras, instalaciones y demás elementos portuarios, no contradice ni excluye la titularidad que el Estado ostenta sobre los bienes del dominio público marítimo terrestre adscrito a esta y que, conforme al artículo 49.4 de la Ley de Costas (RCL 1988, 1642), conservarán tal calificación jurídica. Por otra parte, la referencia a las aguas marítimas deberá entenderse realizada a aquellos espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos de competencia autonómica. Para ello, la Comunidad Autónoma incluirá tal matización en el desarrollo reglamentario de la ley.»

(16) *Vid.*, art. 6 LPAP.

(17) STC 227/1988, de 29 de noviembre (RTC 1988/227), «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico de *iure privato*».

y defensa del demanio, la realización de inspecciones y la imposición, en su caso, de sanciones. A lo largo de todo el articulado de la LPTMPV se regula el alcance de estas funciones. Se trata pues de potestades de autoridad, que implican coacción, y por ello denominadas de *imperium*, por conllevar un poder coercitivo que confiere el ordenamiento jurídico a las Administraciones Públicas(18).

Y esto es lo que, en mi opinión, hace especialmente acertada la evolución que observamos en la LPTMPV, sustituyendo a una entidad de Derecho privado por una entidad de Derecho público, puesto que sólo los entes públicos pueden ejercer potestades públicas de autoridad, como la autotutela o la sancionadora(19). En otro caso, la gestión del sistema portuario se desdobra: las potestades públicas se deberían ejercer por la Administración general, salvo excepciones, y la gestión que no implicara el ejercicio de tales potestades, por la entidad jurídico-privada, lo que supondría una dualidad de entes actuando sobre el sistema portuario, y un desdoble que puede evitarse. Y, como veremos, la LPMPV ha atribuido muchas prerrogativas a EKP. Ciertamente es que a EKPSA se ha encomendado el ejercicio de algunas potestades públicas, como la recaudación de tasas portuarias(20).

(18) Sigo en este punto a LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I (2016): «El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración», en *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1, págs. 71.

(19) Y ello sin perjuicio de la novedad introducida por las LPAC y la LRJSP, en sus arts. 2.2.b), consistente en el reconocimiento expreso de que las entidades de Derecho privado ejerzan potestades públicas, dando así cobertura al ejercicio de prerrogativas públicas por parte de entidades instrumentales de naturaleza jurídico-privada. Este reconocimiento, sin embargo, tiene una clara explicación: se reconduce al Derecho administrativo esa actividad materialmente administrativa de este tipo de entidades que se «escapaba» del Derecho público, poniéndose ahora límites, pues dichos preceptos someten «en todo caso» la actividad de estas entidades al régimen establecido en sendas Leyes «cuando ejerzan potestades administrativas», poniéndose así coto al exceso de actividad materialmente administrativa desarrollada por este tipo de entes que quedaba al margen del Derecho administrativo y, por ende, del control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero es que, además, cuando la LRJSP regula las sociedades estatales y las fundaciones del sector público estatal, limita específicamente el ejercicio de tales potestades públicas a las que no supongan el ejercicio de autoridad pública, en el caso de las primeras, y lo prohíbe para las segundas (arts. 113 y 128 LRJSP, respectivamente). Ciertamente es que, en lo que hace a la organización institucional propia, habrá de estarse a la legislación autonómica y, en este sentido, el TRLHPV no establece limitaciones similares en lo que hace al ejercicio de potestades administrativas por entidades con forma jurídico-privada, y que podrían atribuirse por el ordenamiento jurídico tales prerrogativas a este tipo de entidades, como se ha venido haciendo en la órbita de todas las Administraciones territoriales. Pero también lo es que, dado el carácter básico de los arts. 2 LPAC y LRJSP, de hacerse, a su ejercicio será aplicable el Derecho administrativo y su actividad, en este ámbito, será controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello obliga a entender, también para las entidades con forma jurídico-privada que se constituyan en el ámbito autonómico o local, el carácter excepcional de la atribución de potestades públicas, pues lo contrario sería absurdo: si se generaliza la atribución de potestades y su actividad administrativa, ¿para qué constituir una entidad de Derecho privado?

(20) *Vid.* Resolución 15/2016, de 22 de marzo, del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se autoriza la encomienda a Euskadiko Kirol Portua S.A. de la gestión recaudatoria de las tasas portuarias en los puertos deportivos cuya gestión tenga atribuida.

La ventaja ahora, en mi opinión, es que con la creación de la nueva entidad, titularidad y ejercicio no están ya disociados, lo que redundará en la eficacia y eficiencia de la gestión.

2.3. EL NÚCLEO DE DERECHO PÚBLICO APLICABLE A LA GESTIÓN DE LOS PUERTOS DEPORTIVOS

En todo caso, y sin perjuicio de que su actividad se sujete al ordenamiento jurídico privado, a EKP le va a ser aplicable un núcleo irreductible de Derecho público derivado de su naturaleza jurídico-pública, por un lado, y del ejercicio de potestades públicas por otro. Así, siendo su forma de constitución jurídico-pública, su organización será también de tal naturaleza, estando conformada por órganos administrativos que se rigen por las reglas al efecto establecidas en el Capítulo II del Título Preliminar de la LRJSP. Esta es pues la naturaleza de los órganos de gobierno y gestión que se establecen en el art. 27 LPTMPV —Consejo de Administración y dirección—, y de la estructura organizativa que se determine en el reglamento al que el propio art. 27 LPTMPV se remite.

Y por lo que hace a su actividad administrativa, el art. 26 LPTMPV, en línea con lo que venimos diciendo, expresamente determina que «se someten al Derecho público las relaciones jurídicas de Euskadiko Kirol Portuak derivadas de actos de limitación, control, intervención o gravamen y, en general, aquellos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas, incluido el régimen del silencio administrativo y la impugnación de sus actos». A continuación, el precepto establece una relación de actos a los que expresamente atribuye el carácter de administrativos: a) los actos de ordenación y gestión del dominio público portuario, incluido el otorgamiento de las concesiones y autorizaciones administrativas; b) los actos de gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos establecidos en la legislación vigente en materia de puertos; c) los actos que dicten los órganos competentes de EKP en materia de contratación (21). En cuanto a su impugnación, dada la naturaleza administrativa de este tipo de actos, habrá de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa previo agotamiento de la vía administrativa mediante el recurso preceptivo de alzada previsto en el art. 26.5 LPTMPV, salvo las resoluciones en materia de contratación, que serán susceptibles del recurso especial previsto actualmente en el art. 46 la

(21) Por lo que hace específicamente a la contratación, para la tramitación de los expedientes, la LPTMPV se remite a lo establecido en la legislación estatal de contratos para los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas (art. 26.3).

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). El régimen de responsabilidad patrimonial derivada de la actividad de EKP, es también un régimen de Derecho público (22). Finalmente, EKP contará con personal de una doble naturaleza. De un lado, el personal laboral contratado al efecto, de otro, y para garantizar el ejercicio de las funciones que comporten el ejercicio de potestades públicas, con personal funcionario (23).

3. El grado de autonomía de EKP: competencias y potestades que se le atribuyen

Siendo la autonomía de gestión uno de los factores que llevan a la creación de entidades instrumentales para la ejecución de las políticas públicas, según se ha dicho, también es cierto que el grado de autonomía puede ser muy variable en función de dos factores: el control que lleve a cabo la Administración matriz, de un lado, y la amplitud de las funciones que se atribuyan a la entidad instrumental. Interesa ahora analizar el nivel de autonomía que la LPTMPV atribuye a EKP.

Y es que en las relaciones *Administración intra* entre la entidad instrumental y la Administración matriz, el dato de la independencia funcional puede ser variable. Esta relación de instrumentalidad se manifiesta a diversos niveles: político-organizativo, en tanto la Administración matriz ostenta la dirección y control del ente instrumental, que puede consistir tanto en la imposición de directivas de actuación como en la integración de las autoridades administrativas como miembros de los órganos directivos de la entidad o en el nombramiento por la Administración general de los titulares o miembros de los órganos de gobierno de la entidad, con grado de intervencionismo variable según los supuestos; y jurídico, que se manifiesta, a su vez, en distintas fórmulas, como el desarrollo reglamentario del régimen jurídico de la entidad por la Administración matriz, o la posibilidad de interponer recursos administrativos contra los actos de la entidad ante un órgano de la Administración matriz, el denominado recurso de alzada impropio.

(22) En tal sentido, el art. 26.4 LPTMPV se remite a lo dispuesto en la LPAC y en el Capítulo IV LR-JSP. Esta determinación parece obvia en los casos en los que la actividad de EKP se sujete al Derecho público. Pero el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es también el aplicable en los casos en los que EKP actúe en relaciones de Derecho privado, de acuerdo en el art. 35 LRJSP.

(23) Así se determina en el art. 28 LPTMPV, en coherencia con lo establecido en el art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Desde la primera perspectiva, la legislación portuaria autonómica que ha previsto la creación de entidades personificadas, comúnmente atribuye a la Administración general la capacidad para impartir pautas de actuación, así como la dirección y control de la entidad correspondiente, mediante el nombramiento de los miembros de sus órganos directivos. En la LPTMPV esta faceta de la relación de instrumentalidad se expresa mediante la atribución a la Administración general de las facultades de coordinación y control del sistema portuario de titularidad autonómica (art. 5.2 LPTMPV) y la determinación de que en sus órganos de gobierno se integren representantes de dicha Administración, en los términos que se detallan en el art. 27 LPTMPV (24). Es también frecuente en la legislación portuaria autonómica atribuir a la Administración matriz —usualmente al Gobierno autonómico— la potestad reglamentaria que desarrolle el régimen de la entidad instrumental y regule su actividad. Y así lo hace también, y con carácter general, el art. 5 LPTMPV (25). Desde el punto de vista jurídico, además, encontramos en la LPTMPV una determinación que no se ha introducido en el resto de legislación autonómica en la materia, y es la previsión del tradicionalmente denominado «recurso de alzada impropio», al que ya hemos hecho referencia y que se establece en el art. 26.5 LPTMPV (26). La Administración matriz, a través del Departamento competente, se reserva así

(24) El precepto establece como órganos de gobierno y gestión de EKP, respectivamente, el Consejo de Administración y la dirección, siendo el primero el órgano de gobierno y el segundo el órgano ejecutivo que gestiona y representa al ente. Pues bien, el Consejo de Administración es presidido por el propio Consejero del Departamento competente en materia de puertos o la persona que aquel designe. Respecto al resto de miembros, el art. 27 LPTMPV se remite a lo que se establezca reglamentariamente —y la potestad reglamentaria, se atribuye, justamente, a la Administración general del País Vasco—, si bien determina que deberá quedar garantizada la representación de los departamentos competentes en materia de hacienda, medio ambiente, ordenación territorial y urbanismo. El titular de la Dirección, por su parte, es nombrado por el Gobierno Vasco a propuesta del Consejero competente en materia de puertos, y tiene la consideración de alto cargo sometido, además, al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma.

(25) Específicamente, y en lo que hace al régimen organizativo y de funcionamiento de EKP, el art. 27.4 LPTMPV determina la competencia del Gobierno Vasco «para aprobar mediante decreto los estatutos del ente, como desarrollo reglamentario de su estructura organizativa y del régimen de funcionamiento», correspondiendo la competencia para elevar la propuesta al Departamento competente en materia de puertos (art. 23.2 LPTMPV). A este Departamento, no obstante, también se atribuye cierta capacidad normativa en la medida en que se le encomienda la aprobación de la planificación de las actuaciones en materia de puertos (art. 5.2 LPTMPV), teniendo este tipo de planes naturaleza reglamentaria.

(26) Es una nota propia el recurso de alzada su carácter jerárquico —de acuerdo con el art. 121 LPAC se interpone ante el órgano superior jerárquico del que dictó el acto—. Sin embargo, no existe una relación jerárquica entre la entidad instrumental que dicta el acto y la Administración matriz: el dato de la personalidad jurídica de la entidad instrumental y su autonomía funcional, obligan a considerar la relación existente como una relación de instrumentalidad. De ahí que a este tipo de recursos previstos frente a los actos de una entidad instrumental ante la Administración matriz se califiquen como de alzada impropios.

la facultad de revisar los actos administrativos de EKP que sean objeto de recurso. Y debe hacerse notar que, el de alzada, es un recurso preceptivo y requisito procesal ineludible para acudir a la vía contencioso-administrativa (27).

Como segundo factor determinante del grado de autonomía de una entidad institucional señalábamos la amplitud de las funciones y competencias que a la misma se atribuyan. En este punto, cabría distinguir dos planos en las posibles competencias a atribuir: uno superior, en el que se enmarcarían todas las competencias y funciones de dirección y normativas, y otro de nivel inferior al anterior, en el que se incluirían las competencias propiamente de ejecución y gestión. En las Comunidades Autónomas en las que la ejecución de las políticas portuarias se encomiendan a entidades de Derecho público sujetas al Derecho privado, la legislación portuaria atribuye a la Administración general las funciones de dirección y aquellas otras inherentes a la potestad reglamentaria, dejando a la entidad instrumental las funciones ejecutivas y de gestión, si bien, en algún caso, también se le atribuyen competencias de planificación (28). En el caso del País Vasco, además, debe tomarse en consideración la peculiaridad de que las funciones de ejecución y las competencias de gestión atribuidas a EKP son en relación a los puertos deportivos exclusivamente. En lo que hace al resto de puertos de competencia autonómica tales funciones y competencias recaen en el Departamento competente en materia de puertos.

Así, y de acuerdo con lo establecido en los arts. 5 y 25 LPTMPV, la distribución de competencias atribuidas a los distintos órganos y entidades que se integran en Administración portuaria de Euskadi pueden sistematizarse como sigue:

- Competencias y funciones relativas a la aprobación de reglamentos e instrumentos de planificación de rango superior: la competencia

(27) Se trata pues de un mecanismo de control de la Administración matriz sobre los actos de la entidad instrumental, que ha sido muy utilizado tradicionalmente pero que, en la actualidad, encontramos previsto en muy pocas ocasiones en la legislación reguladora de las entidades instrumentales pues es lo común dotarlas de mayor autonomía desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, la previsión de este mecanismo se nos antoja como una garantía para los ciudadanos en la medida que asegura la supervisión de los actos de la entidad instrumental por la entidad a la que se adscribe, en cumplimiento del principio de imparcialidad. El problema, que ya es de carácter general por imponerlo la LPAC y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJ), es el carácter preceptivo del recurso de alzada, pues impide al ciudadano el acceso directo a la justicia administrativa. Se trata de una cuestión en relación a la cual la doctrina administrativista viene insistiendo desde hace décadas, abogando por el carácter potestativo de todos los recursos administrativos, y que sin embargo no se ha acertado a resolver con la LPAC.

(28) La amplitud de las funciones ejecutivas es también variable, siendo las más intensas las que se atribuyen a Puertos de Galicia por la Ley 6/2017, y a Puertos Canarios por la Ley 14/2003.

se atribuye, en todo caso, a la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

- Competencias y funciones relativas al conjunto del sistema portuario de Euskadi: se atribuyen igualmente a la Administración general, en concreto, las funciones de Planificación, construcción, gestión, explotación, promoción, desarrollo y programación del conjunto del dominio público portuario.
- Competencias relativas a la planificación sectorial y urbanística: en este ámbito las funciones se reparten como sigue: a) Planes especiales de ordenación portuaria: su aprobación corresponde a la Administración general, atribuyéndose a EKP funciones de cooperación en lo que hace a los puertos deportivos; b) planificación de las actuaciones en materia de puertos: su aprobación corresponde al Departamento competente en materia de puertos, atribuyéndose a EKP funciones de cooperación en lo que hace a los puertos deportivos; c) planeamiento urbanístico que incida directamente en los puertos de competencia de Euskadi: corresponde emitir informe preceptivo y motivado al Departamento competente en materia de puertos, y a EKP funciones de cooperación en lo que afecta a los puertos deportivos; d) delimitaciones espacios y usos portuarios, reglamentos de servicios y policía de cada puerto y planes de residuos: su aprobación corresponde al Departamento competente en materia de puertos, atribuyéndose a EKP funciones de cooperación en lo que hace a los puertos deportivos; e) planes de emergencia interior, planes de contingencia por contaminación marina accidental y planes protección instalaciones portuarias: su aprobación corresponde al Departamento competente en materia de puertos, atribuyéndose a EKP funciones de cooperación en lo que hace a los puertos deportivos; f) proyectos de construcción o ampliación de puertos: se atribuyen al Departamento competente en materia de puertos las funciones de elaboración, aprobación y ejecución.
- Competencias de gestión de los puertos de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi: a) Corresponde a la Administración general la determinación de la modalidad de gestión de cada puerto o de su ampliación; b) corresponde a EKP en las instalaciones portuarias que le adscriba el Gobierno y al Departamento competente en materia de puertos en el resto de puertos de competencia de Euskadi: la administración de infraestructuras portuarias, la gestión, construcción, explotación, conservación, protección y defensa del dominio público portuario; el otorgamiento, modificación y extinción de las concesiones y autorizaciones; la prestación de servicios portuarios; la potestad de ins-

pección; la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público; la aprobación bases reguladoras y concesión de subvenciones relacionadas con materias de su competencia; cualquier otra función que le encomiende el Gobierno relacionada con la construcción, la conservación y la administración de infraestructuras portuarias o la prestación de los servicios portuarios; c) corresponde al Departamento competente en materia de puertos en todos los puertos de competencia de Euskadi: el ejercicio de la potestad sancionadora, atribuyéndose la determinación de las sanciones leves y graves al titular de la Dirección competente en materia de puertos, y de las muy graves, al titular del Departamento (art. 72 LPTMPV).

Finalmente, y como competencia residual, al Departamento competente en materia de puertos se atribuyen las funciones no asignadas de forma expresa a otros órganos (art. 6.2.k LPTMPV).

Como valoración general, puede concluirse que la casi totalidad de las funciones inherentes a la gestión de los puertos deportivos se atribuyen a EKP, algo que ha podido ser posible gracias a su configuración como una entidad con forma jurídico-pública, puesto que el ejercicio dichas funciones implica, a su vez, el ejercicio de potestades públicas. Este escenario es similar en el resto de Comunidades Autónomas costeras que cuentan con una entidad personificada a la que se encomienda la gestión del sistema portuario. Del conjunto de funciones anteriormente descritas no se han atribuido a EKP las inherentes a la potestad sancionadora, en concreto, la determinación de las sanciones. En la misma línea la Ley de Puertos de Cataluña, reserva a la Administración general tal función (29). Sin embargo, en el resto de Comunidades Autónomas en las que se ha creado una entidad de Derecho público para la gestión de los puertos, sí que se ha atribuido la función de determinación de las sanciones a la misma, con un alcance variable, que va desde la atribución de la competencia en relación a las sanciones leves (LP Galicia y LP Andalucía), a las graves y a las leves (LP Baleares) o a todas las sanciones (LP Canarias). Y más allá de la estricta gestión de las instalaciones portuarias, el papel de EKP se limita a funciones de cooperación o elaboración de propuestas. Esta es también el contexto en el resto de Comunidades Autónomas, salvo en Galicia y en Canarias, en cuyo caso, a la entidad portuaria se han atri-

(29) Art. 108 LP Cataluña.

buido funciones inherentes a la coordinación del sistema portuario y de planificación (30).

4. La gobernanza *multinivel* en el modelo de gestión

En el modelo de gestión diseñado por legislador del País Vasco se introducen también una serie de técnicas propias de la *Gobernanza multinivel*, o lo que es lo mismo, de técnicas dirigidas a garantizar, por un lado, una acción integrada de los entes públicos, mediante la responsabilidad compartida de los diversos niveles de poder, la coparticipación y la asociación entre dichos entes (asociación vertical) y, de otro, el fomento de la denominada asociación horizontal, esto es, la participación de la sociedad civil en la toma de decisiones (31). Así, La LPTMPV incorpora una serie de determinaciones que bien pueden identificarse con ese modo de Gobernanza que se intenta impulsar desde la propia Unión Europea para la ejecución de las políticas sectoriales (32), y que puede identificarse entre los principios contemplados en el art. 6.1 que han de informar la actuación de la Administración portuaria, en especial, el principio de gestión integrada, en lo que hace a la dimensión vertical de la asociación que implica la gobernanza compartida.

(30) Debe hacerse notar que, en todo caso, siempre podrán entrar en juego las reglas que regulan los mecanismos de delegación de competencias y encomienda de gestión establecidas en los arts. 9 y 11 LRJSP, respectivamente, y delegar o encomendar a EKP otras competencias —incluso el ejercicio de la actividad sancionadora— y actividades. Al respecto, el carácter jurídico-público de EKP permite las delegaciones del ejercicio de competencias propias de la Administración general, pues se trata de un mecanismo de traslado del ejercicio competencial en el que los receptores de la delegación sólo pueden ser órganos administrativos de la misma Administración, organismos públicos y entidades de Derecho público. Por su parte, la encomienda de gestión, esto es, el encargo de realizar actividades de carácter material o técnico de la competencia de un órgano de la Administración general, también es posible —ya vimos como también se han realizado en favor de EKPSA—.

(31) Sobre la Gobernanza *multinivel* o compartida, como mecanismo para la articulación de las políticas sectoriales y su implantación a través de la creación de órganos administrativos, puede verse mi trabajo «La articulación de la Gobernanza *multinivel* a través de técnicas orgánicas de colaboración, cooperación y coordinación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, págs. 230-263. El interés social que representa para la ciudad la construcción de un puerto deportivo es indudable. Así se expresa en la STS 15 noviembre 2012 (RJ\2013\259), avalando la consulta popular promovida por el Ayuntamiento de Castro-Urdiales relativa a la construcción del puerto deportivo en la bahía de la ciudad y revocando el Acuerdo del Consejo de Ministros que la denegaba, al entender que estaban afectadas directamente competencias propias del municipio en materia de seguridad en lugares públicos y en materia de ordenación urbanística y considerar conveniente que el Ayuntamiento contara con la opinión de los vecinos.

(32) Son en este sentido de obligada referencia el Libro Blanco del Comité de las Regiones sobre la Gobernanza multinivel (CDR 89/2009 fin), el Dictamen del Comité de las Regiones «Desarrollar una cultura europea de la gobernanza multinivel: El seguimiento del Libro Blanco del Comité de las Regiones» (2012/C 113/12), y más recientemente la Resolución del Comité de las Regiones sobre la Carta de la Gobernanza Multinivel en Europa (2014/C 174/01).

Sin perjuicio de la incorporación de técnicas funcionales muy asentadas en nuestro ordenamiento jurídico, me interesa destacar en este lugar las técnicas orgánicas que se incluyen en la LPTMPV en orden a implementar la coordinación y la cooperación interadministrativas, pero también la participación del sector privado en la toma de decisiones (33). En este sentido, son de destacar la creación de órganos colegiados con el claro objetivo de hacer efectivos algunos de aquellos principios, determinándose la participación en los mismos de las entidades implicadas en la gestión, públicas y privadas.

Resulta a estos efectos de especial interés el contenido del art. 4 LPTMPV, respecto del que interesa realizar varias consideraciones. En primer término, se vislumbra una clara conciencia del legislador respecto a la necesidad de que exista una participación institucional y social en materia de puertos de competencia autonómica —y no sólo en relación a los deportivos—, y su previsión de que se materialice a través de las técnicas orgánicas a que nos referimos. En este punto, la LPTMPV se remite al desarrollo reglamentario, si bien impone al reglamento la creación de un órgano concreto, el Consejo Municipal Portuario, en los que habrán de estar representadas, como mínimo, la Administración autonómica y las Administraciones municipales. La representación de la Administración estatal no está prevista, si bien el reglamento de desarrollo podría incluirla, lo cual parecería conveniente desde la perspectiva de la gestión integrada del sistema portuario y de la Gobernanza multinivel, pues al Estado corresponden competencias concurrentes con las de la Comunidad Autónoma, siendo que la cooperación interadministrativa puede hacerse efectiva a través de este tipo de órganos. Por su parte, la participación horizontal, a través de la representación en estos órganos de los sectores económicos, profesionales y sociales implicados en el sector portuario, se prevé en el precepto comentado como una mera posibilidad. Habrá que estar pues al desarrollo reglamentario para confirmar que tal tipo de participación se produzca. La naturaleza, en fin, de los consejos municipales portuarios, es la de órganos de asesoramiento, consulta y debate en materia portuaria. No tienen, pues,

(33) La efectiva puesta en marcha de la gobernanza multinivel requiere la implantación de mecanismos adecuados para la coordinación, la colaboración y la cooperación entre Administraciones Públicas así como de instrumentos que garanticen la participación del sector privado. Suelen reconducirse a una doble tipología: orgánicas y funcionales. Entre las últimas pueden citarse la planificación; la asistencia recíproca; el intercambio de información; la emisión de informes, la celebración de consultas en la tramitación de los procedimientos administrativos —cuando provengan de otras Administraciones públicas su carácter vinculante o no determinará si estamos en presencia de técnicas de coordinación o cooperación respectivamente—; la autorización posterior de la iniciativa de un órgano u Administración por otra —en cuyo caso estaríamos en presencia de un técnica de coordinación—. Son técnicas funcionales propias de la cooperación, en particular, la celebración de convenios ya sea entre Administraciones Públicas, ya entre Administraciones Públicas y entidades privadas.

funciones decisorias, lo que obliga a concluir su carácter de órgano de cooperación y, por ende, que las entidades territoriales participan en el órgano en posición de igualdad (34). Estos órganos de cooperación se han previsto también en otras Comunidades Autónomas costeras, en las que se han constituido, con diversa representación institucional y social, y con ámbito territorial, local o autonómico (35).

El principio de coordinación entrañaría, por el contrario, que una de las entidades territoriales tuviera una posición de dirección que se ampara en un título competencial que, en definitiva, avala que la decisión última la ostente la entidad territorial competente. Tal posibilidad, pues, se daría no en órganos netamente consultivos o de asesoramiento, como el que se acaba de analizar, sino en órganos de carácter decisorio. Y en los puertos deportivos de Euskadi, el órgano colegiado decisorio es, como sabemos, el Consejo de Administración de EKP, en el que sin embargo no se ha previsto, de entrada, la participación de otras entidades territoriales ni de los sectores económicos, profesionales o sociales. El art. 27 LPTMPV, no obstante, tampoco lo impide, pues el precepto remite la determinación de la composición del consejo de administración a un futuro reglamento, al que únicamente exige que se garantice, como ya nos consta, la representación de determinados departamentos de la Administración general del País Vasco, lo que no es obstáculo para que pueda determinarse la participación de otras entidades públicas con competencias concurrentes y del sector privado. En todo caso, y en virtud del debido respeto al reparto constitucional y estatutario de competencias, la composición que finalmente se establezca debería garantizar que la posición prevalente corresponda a la Comunidad Autónoma (36).

(34) La previsión de órganos que garanticen la participación institucional y social en la gestión portuaria no es una novedad en el ordenamiento jurídico de Euskadi. Al amparo del Decreto 359/1991, de 4 de junio, que deroga la LPTMPV, se constituyeron los consejos asesores de puertos, que, en virtud de la disposición transitoria quinta LPTMPV, continuarán realizando esta función hasta tanto se dicte el reglamento previsto en el art. 4 LPTMPV. Los consejos tienen un ámbito territorial limitado a los puertos en los que se crearon. Para superar esta limitación, y al propio tiempo extender su ámbito objetivo a otros asuntos propios del ámbito marítimo, el Decreto 90/2000, de 23 de mayo, también derogado por la LPTMPV, creó el Órgano Consultivo de Puertos y Asuntos Marítimos Vascos, también de corte consultivo.

(35) *V.gr.*, Consejo Asesor de Puertos de la Generalidad, Consejo Asesor de Puertos Canarios y las Juntas territoriales que prevé la LP Galicia.

(36) La legislación estatal ha previsto la participación de la Comunidad Autónoma, de los entes locales y de entidades privadas en los órganos de gobierno y administración de cada puerto de interés general. Con una participación de las Comunidades Autónomas que puede ser incluso mayor que la del Estado siendo este el que ostenta la competencia exclusiva, los órganos a que me refiero son los que gestionan los puertos de interés general, y adoptan las decisiones relativas a la gestión de los puertos, los Consejos de administración de las Autoridades Portuarias. El grado de participación —o, mejor, la fórmula elegida para hacerlo posible—, podría, sin embargo, cuestionarse, dada la naturaleza exclusiva de la competencia estatal en relación a los puertos de interés general y la posibilidad de que no sea el Estado quien en última instancia adopte la decisión.

III. Los puertos deportivos como infraestructuras con incidencia territorial

Los puertos en general, y los deportivos en particular, son infraestructuras con una clara incidencia en el territorio y el medio ambiente. Su creación, modificación o ampliación, debe articularse, por ello, con la protección de esos intereses, mediante la previsión de técnicas que hagan posible la existencia de la infraestructura, pero armonizándola con los usos del territorio y de suelo y con la protección ambiental. Las técnicas al efecto diseñadas son de dos tipos básicos: las de carácter organizativo y las de naturaleza funcional. Ya hemos hecho referencia a las previstas en la LPTMPV de tipo organizativo, y a sus límites. Respecto a las técnicas funcionales, nuestro ordenamiento jurídico da un especial protagonismo, para el propósito enunciado, a la planificación y, en especial, a los informes como mecanismo de garantía de la participación de las Administraciones públicas con competencias sobre intereses convergentes. En este punto, la LPTMPV —en línea con una asentada tradición en la legislación de puertos, tanto estatal como autonómica—, parte también de la utilización de esta figura para la articulación de los intereses en juego. Este es, en esencia, el objeto del Capítulo II de la Ley.

1. La planificación sectorial

En primer término, y desde la perspectiva sectorial, se parte en la LPTMPV de un doble nivel de planificación: la planificación del sistema portuario del País Vasco, y la ordenación específica de cada puerto.

La primera técnica, sin embargo, no encuentra más regulación que la llamada genérica que al efecto realiza el art. 9 LPTMPV, en cuya virtud, la construcción de nuevos puertos así como la ampliación y reforma de los existentes debe ajustarse a lo previsto en «los instrumentos de planificación de rango superior en materia de política portuaria que se aprueben por la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco» (37). Añade el precepto un inciso, en exceso breve y necesitado de clarificación en lo que se refiere a la coordinación con las competencias de otras Administraciones Públicas, que establece el deber de que dichos instrumentos cuenten «con los informes favorables de las otras administraciones establecidos en la legislación portuaria estatal», esto es, con el informe de adscripción al que se refiere el art. 5 TRL-

(37) En concordancia, el art. 5.1 LPTMPV, atribuye, a la Administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia de aprobación de las disposiciones de carácter reglamentario y de los instrumentos de planificación de rango superior en materia de política portuaria.

PEMM que, a su vez, se remite en lo que hace a la regulación de la adscripción, a lo establecido en la legislación de costas en los arts. 49 y 50 LC y 104 a 109 RC (38).

En el ámbito de cada puerto, y de acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 LPTMPV, la ordenación de usos e instalaciones en la zona de servicio de los puertos se llevará a cabo mediante la aprobación de la delimitación de los espacios y usos portuarios, que se configura como un instrumento generalizado en la legislación autonómica de puertos, en la que se prevé que la delimitación tenga lugar a través de una norma de carácter reglamentario que, aprobada por el órgano competente, viene llamada a definir los espacios, usos y actividades del puerto y en cuyo procedimiento de aprobación generalmente intervendrán los órganos de las Administraciones competentes en materias relacionadas (39).

Este instrumento de carácter sectorial tiene además una importante función delimitadora del dominio público portuario, como tendremos ocasión de exponer, puesto que es a través del mismo cómo se delimita la denominada zona de servicio portuaria (40). De ahí que el art. 13.2 LPTMPV prevea que su aprobación lleva implícita «la afectación al uso portuario de los bienes de dominio público y de los bienes patrimoniales incluidos en la zona de servicio que sean de interés para el puerto», así como la declaración de utilidad pública a efectos de rescate de las concesiones que requiera la actuación portuaria en el ámbito de dicha delimitación. El objeto de la delimitación de los espacios y usos portuarios es también, como de su propia denominación puede intuirse, la definición y la ordenación de los usos previstos para las distintas zonas del puerto, a cuyos efectos, el art. 12.2 LPTMPV define los distintos tipos de usos que pueden incluirse, siendo que, en relación al tipo de puertos que nos ocupa, el uso principal sería el náutico-recreativo, esto es, y según lo define el precepto citado, el uso que se da al puerto destinado a ser utilizado «exclusiva o preferentemente, por embarcaciones deportivas o de recreo, o por actividades o embarcaciones relacionadas o auxiliares de éstas». Nótese pues, que el uso que nos interesa puede compatibilizarse

(38) Sobre la adscripción en la vigente legislación de costas, a la que necesariamente tendremos que referirnos en las páginas que siguen, pueden verse mis aportaciones en «Playas, chiringuitos y adscripciones», en PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Costas y urbanismo*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2013, págs. 581-654 y «La incidencia de la reforma de la Ley de Costas en usos específicos del litoral: playas, chiringuitos, puertos autonómicos adscritos y marinas», en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (Dir.), *El nuevo Derecho de Costas. Ley y nuevo Reglamento General de Costas*, Ed. La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2014.

(39) *V.gr.*, pesca, medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo. *Vid.*, en este sentido art. 29 LP Cataluña, 6.2 LP Canarias, 6 LP Cantabria, 6 LP Baleares. 9 LP Andalucía, 9 LP Valencia y 52 LP Galicia.

(40) En este sentido STS 17 abril 2013 (RJ\2013\3363).

con otros tipos de usos, pero el náutico-recreativo, para tipificar a un puerto como deportivo, ha de ser, como mínimo, *preferente*(41).

En relación al procedimiento de aprobación, el art. 13.1 LPTMPV se remite al desarrollo reglamentario de Ley, si bien marca una pauta interesante desde el punto de vista de la Gobernanza, cual es garantizar la participación, de un lado de las administraciones locales y de aquellas otras administraciones sectoriales afectadas, y de otro, la realización de un trámite de información pública, pudiendo pues también participar los ciudadanos en el procedimiento administrativo de elaboración de este instrumento, cuya aprobación corresponde, de acuerdo con el art. 5 LPTMPV, al Departamento competente en materia de puertos. Dado su carácter reglamentario, la delimitación debe ser también publicada en el Boletín Oficial del País Vasco. Así pues, habrá de esperar al desarrollo reglamentario en lo que hace al procedimiento de aprobación de este instrumento. Conveniría, de otro lado, que dicho desarrollo regulara también su relación con el la planificación sectorial de ámbito autonómico, comentada más atrás, siendo de prever que, de aprobarse y afectar al instrumento inferior, este tenga que adaptarse al superior.

2. Aspectos urbanísticos: ordenación y licencias

La LPTMPV diseña técnicas de integración de la planificación sectorial y la ordenación urbanística que presentan alguna peculiaridad(42). El art. 11 LPTMPV encomienda a los planes especiales de ordenación portuaria la ordenación urbanística de los puertos, remitiéndose en este punto a lo establecido al respecto en la legislación urbanística, si bien establece algunas determinaciones que deberá contener, como los parámetros de ordenación urbanística, la regulación del uso urbanístico del recinto portuario y las me-

(41) Es así que el apartado f) del precepto que comentamos define como usos mixtos aquellos «que contengan una pluralidad de los usos propios de las zonas portuarias referidos en los apartados anteriores, sin que se manifieste ninguno de ellos con carácter preferente».

(42) Ha sido profusa la producción científica en torno a los aspectos urbanísticos de los puertos. Citiéndonos a algunos de los trabajos más recientes, pueden verse los siguientes: CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio, «La gestión urbanística de los espacios «Puerto-Ciudad». ¿Aplicación de las limitaciones de la ley de costas a los terrenos del dominio público portuario que son desafectados?: puertos y servidumbre», en SÁNCHEZ GOYANES, E. (Dir.), *El derecho de costas en España*, La Ley, 2010, págs. 605-641; GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel, «Aspectos prácticos de la consideración urbanística de los puertos», en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 149, 2017; PONS CANOVAS, Ferran, «Puertos, urbanismo y medio ambiente», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, 2013, págs. 483-526; RIVAS ANDRÉS, Rafael, «En el interior de los puertos el «Plan de utilización de espacios portuarios» no puede sustituir al «Plan especial» urbanístico: Extracto de un dictamen», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 196, 2002, págs. 33-70; VILLAR ROJAS, Francisco José, «Las infraestructuras de transporte: puertos y aeropuertos (infraestructuras y urbanismo)», en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 30, 2007, págs. 67-114.

didadas y previsiones necesarias para garantizar una eficiente explotación del espacio portuario y su desarrollo. A estos efectos, el art. 10 LPTMPV precisa que el planeamiento urbanístico general debe calificar «todo el ámbito del dominio público portuario» como sistema general. El plan especial, en todo caso, desarrolla «las determinaciones estructurales del planeamiento general municipal» (art. 11 LPTMPV), debiendo la Administración urbanística requerir a la Administración portuaria para que emita informe preceptivo y motivado, en relación a la aprobación o innovación de cualquier instrumento de ordenación urbanística que afecte a la zona portuaria de los puertos de competencia de la Comunidad Autónoma, un informe que deberá limitarse «a valorar aquellas determinaciones que supongan una afección en las competencias de explotación portuaria y se entenderá positivo si no se emite y notifica en el plazo de dos meses», según determina el art. 5.2.i) LPTMPV.

En todo caso, el preceptivo proyecto que, aprobado por la Administración portuaria, requiere la creación de un nuevo puerto, o la ampliación o reforma de uno existente, y aquellas obras que tengan por objeto el mantenimiento de los puertos, debe adaptarse al plan especial de ordenación portuaria (43).

La previsión, por el art. 10.2 LPTMPV, de un informe preceptivo de la Administración portuaria en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico, sin embargo, se realiza sin expresar su carácter vinculante. Tampoco determina este carácter el art. 5.2.i) LPTMPV al atribuir al Departamento competente en materia de puertos la competencia para emitir un «informe preceptivo y motivado en relación con la aprobación o innovación del instrumento de planeamiento urbanístico que incida directamente sobre los puertos», que se limitará «a valorar aquellas determinaciones que supongan una afección en las competencias de explotación portuaria y se entenderá positivo si no se emite y notifica en el plazo de dos meses». Así pues, el informe de la Administración portuaria es preceptivo, pero no vinculante (44). Sólo en los supuestos de urgencia acreditada o de interés público excepcional pueden autorizarse por la Administración portuaria obras no previstas en el plan especial de ordenación portuaria, en cuyo caso la decisión corresponde adoptarla al Consejo de Gobierno, que deberá apreciar la existencia de las circunstancias mencionadas, lo que implicará la revisión o modificación del plan vigente (art. 14.3 LPTMPV). Es

(43) Pero no puede suceder lo contrario: como consideró la STS 21 mayo 2010 (RJ\2010\5191), «un instrumento de ordenación, en general, o un plan especial, en particular, no pueden servir de soporte normativo para realizar la construcción y ejecución de un puerto deportivo. La realización de esta obra que incide, como hemos señalado, sobre el mar territorial ha de realizarse por la Administración autonómica competente en aplicación de las normas sectoriales correspondientes. Todo ello sin perjuicio de la posterior ordenación urbanística del territorio afectado.»

(44) Art. 80 LPAC.

así que la LPTMPV en este punto, representa una auténtica novedad en relación a lo que se ha establecido en la legislación autonómica de puertos, en la que el informe de la Administración portuaria a emitir durante la tramitación de los instrumentos de ordenación urbanística tiene carácter vinculante en lo que se refiere a la ordenación de la zona portuaria (45), en una clara apuesta por la imposición de la decisión sectorial frente a la urbanística, en línea también con lo establecido en el art. 56 TRLPEMM, que establece, ante la falta de consenso en el período de consultas que debe mantenerse entre las Administraciones implicadas durante la tramitación del plan especial, el informe vinculante del Consejo de Ministros. Este enfoque mayoritario, además, ha recibido un claro respaldo de la Jurisprudencia constitucional (46). Falta por ver, naturalmente, lo que se establezca en el reglamento de desarrollo de la LPTMPV en lo que respecta a la relación entre la planificación sectorial y la ordenación urbanística. En tal sentido, la legislación autonómica, en línea con lo anteriormente expuesto, ha atribuido una clara prevalencia a la planificación sectorial, lo que implicará la modificación del planeamiento urbanístico (47).

También se hace referencia en la LPTMPV a las potestades municipales de control del cumplimiento de la legalidad urbanística, en general, y del planeamiento urbanístico, en particular. Se trata de un aspecto que en su día fue muy conflictivo y que actualmente está resuelto, debiendo distinguirse si las obras se ejecutan por la Administración portuaria y tienen naturaleza portuaria, en cuyo caso no están sujetas a licencia por tratarse de obras públicas de interés general, mientras que si no tienen tal carácter, aunque se ejecuten por la Administración portuaria y, en todo caso, cuando se ejecuten por los particulares, sí están sujetas a licencia municipal previa (48). El art. 15.2 LPTMPV expresa lo expuesto como sigue: «Las obras y actividades portuarias que, en ejercicio de sus competencias, realice la Administración portuaria en zona de servicio de los puertos no estarán sujetas a licencias urbanísticas por razón de su interés general, siempre

(45) Arts. 37 LP Cataluña, 13 LP Canarias, 15 LP Cantabria, 18 LP Baleares, 14 LP Andalucía, 15 LP Valencia y 40 LP Galicia.

(46) Pueden verse, a este respecto, las SSTC 40/1998, de 19 de febrero y 204/2002, de 31 de octubre, y la doctrina constitucional en ellas citadas.

(47) Arts. 15 LP Canarias, 17 LP Cantabria, 15 LP Valencia y 40 LP Galicia.

(48) Este criterio interpretativo fue el que dejó sentado el TC en la STC 40/1998, de 19 de febrero, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. A partir de ahí, la legislación estatal y autonómica, ha seguido esta pauta, estableciendo expresamente la exención del deber de obtener licencia municipal para la ejecución de obras de interés portuario. *Vid.*, en este sentido arts. 60 TRLPEMM, 30 LP Cataluña, 20 LP Canarias, 23 LP Cantabria, 19 LP Baleares, 13 LP Andalucía, 14.3 LP Valencia y 41 LP Galicia. También la jurisprudencia mantiene un criterio unánime, exigiendo la licencia en los supuestos en los que no se trata de obras portuarias en sentido estricto. Por todas, STS 9 junio 2001 (RJ2001\6276) y STSJ Valencia 114/2019 de 22 febrero (JUR 2019\110321).

que se refieran a usos comerciales portuarios, usos pesqueros, usos náutico-recreativos o usos comunitarios públicos. No obstante, dichas obras deberán ser comunicadas a la Administración municipal, para su conocimiento.» Por otra parte, la licencia es exigible si las obras se ejecutan después de que el mar haya sido transformado físicamente en suelo (49).

IV. La gestión de los puertos deportivos

Los puertos son instalaciones destinadas a prestar servicios. En el caso de los puertos deportivos, se trata de realizar las prestaciones que requiere la náutica deportiva y de recreo. La LPTMPV parte de la tradicional distinción de la gestión directa y la indirecta como fórmulas para satisfacer dichas necesidades. En todo caso, sea cual sea el tipo de gestión por el que se opte, el régimen del servicio va a venir modulado por la naturaleza demanial del espacio en que se presta. Son así servicio y dominio público instituciones que en este tipo de instalaciones van de la mano, marcando esta última el régimen jurídico de los servicios. Es esta, quizá, la razón de que ambos aspectos, prestacionales y demaniales, se regulen, respectivamente, en las Secciones 1 («Servicios portuarios») y 2 («Gestión del dominio público portuario») del Capítulo IV LPTMPV («Régimen jurídico de los puertos de Euskadi»).

1. Los servicios portuarios

Definidos en el art. 31 LPTMPV como «las prestaciones dirigidas a satisfacer las operaciones y necesidades portuarias y marítimas y el adecuado funcionamiento de los puertos», los servicios portuarios se detallan en el primer apartado del art. 32 LPTMPV, si bien el segundo apartado del precepto habilita al reglamento para modificar dicha relación. No obstante, no todos los servicios enumerados en el art. 32.1 LPTMPV deben prestarse necesariamente en cada puerto. De la lectura de la relación completa, es obvio

(49) En relación a los puertos deportivos, la jurisprudencia contencioso-administrativa, sentó una doctrina que distinguía, desde la perspectiva de la necesidad de la licencia municipal, una doble fase en la construcción del puerto, negando la competencia municipal para exigir licencia urbanística en los casos de terrenos a ganar al mar antes de que este hubiera sido transformado físicamente, entendiéndose que la competencia municipal en relación tanto al planeamiento como a la ejecución de este y al otorgamiento de licencias de edificación, va referida exclusivamente a la edificación y uso del suelo. Así, se entendió que al no ser suelo el mar litoral antes de ser transformado físicamente, no podían reconocerse competencias municipales relativas a los actos de edificación y uso del suelo cuando este no existe (por todas SSTs 20 noviembre 1984, 4 noviembre 1985, 28 febrero 1986, 19 de junio de 1987, 4 abril 1990, 25 febrero 1992, 30 septiembre 1992, 24 enero 1997, 30 mayo 1997, 15 junio 1999 y SSTSJ País Vasco 18 enero 2002). Este mismo criterio distintivo se recoge expresamente en los arts. 20 LP Canarias y 23 LP Cantabria.

que se mencionan servicios que no son propios de los puertos deportivos. De ahí que el art. 31.1 LPTMPV encomiende a la Administración portuaria la concreción de los servicios portuarios a establecer en cada puerto, mediante la aprobación de los respectivos reglamentos de servicios.

A continuación, el art. 33 LPTMPV regula el régimen de prestación de los servicios, determinando, en primer lugar, que podrán ser prestados por la Administración portuaria directamente o mediante cualquier mecanismo de gestión indirecta legalmente previsto o en régimen de competencia por particulares, siendo en este último caso necesaria una autorización al efecto. La gestión indirecta se excluye, no obstante, en los casos en los que la prestación del servicio conlleve el ejercicio de autoridad o cuando se pueda poner en riesgo la seguridad. El título demanial necesario si la prestación de los servicios portuarios requiere la utilización del dominio público portuario se tramitará conjuntamente con el contrato de gestión, mediante expediente único, quedando vinculados ambos títulos de manera recíproca. Estas previsiones, para el caso que nos ocupa, deben interpretarse en el marco de otros contenidos de la LPTMPV. Y es que las prestaciones a la náutica deportiva y de recreo pueden realizarse en un puerto cuyo destino principal sea la satisfacción de las mismas —un puerto deportivo estrictamente—, o como servicios adicionales a los que se presten en un puerto de otro tipo, en cuyo caso, serían de aplicación las determinaciones contenidas en el art. 33 LPTMPV.

Si se trata de un puerto deportivo, sin embargo, debe distinguirse, a su vez, si se es un puerto de nueva creación o, si por el contrario, estamos ante un puerto ya existente. Siendo el puerto de nueva construcción es exigible el correspondiente proyecto que, además de someterse al preceptivo informe de adscripción que emite la Administración del Estado y al que seguidamente me referiré, se sujetará a lo establecido en dicha legislación de contratos (art. 14 LPTMPV). El contrato a utilizar dependerá, pues, de que el proyecto comprenda, o no, la explotación de la obra, siendo pues las modalidades posibles el contrato de concesión de obras o el contrato de obras (arts. 13 y 14 LCSP). Si se trata de un contrato de obras, ejecutadas estas, y en los casos de puertos ya existentes, la gestión del mismo puede ser llevada a cabo directamente por la Administración, a través de EKP, o encomendada a un particular mediante un contrato de concesión de servicios. La gestión, en todo caso y como se ha señalado, va a venir modulada por la singularidad de los espacios que ocupa el puerto.

2. Los puertos deportivos como bienes de dominio público

Los puertos, ya sean de competencia estatal ya de competencia autonómica, son bienes de dominio público. Así lo cataloga la legislación por-

tuaria, en coherencia, por lo demás, con la definición que de este tipo de bienes hace el art. 5.1 LPAP, al que ya nos referimos. Así pues, los bienes destinados al uso general o al servicio público serán de titularidad de la Administración a la que corresponda la competencia material. En este sentido, el art. 7.1 LPTMPV, en su primer apartado ya aludido, y en cuyo segundo apartado se relacionan las pertenencias del dominio público portuario de la Comunidad Autónoma del País Vasco, incluyendo: «las aguas marítimas, las superficies de tierra, las obras y las instalaciones que se afecten a usos o servicios portuarios, así como las obras e instalaciones realizadas en el dominio público marítimo-terrestre adscrito para finalidades portuarias». Este conjunto de elementos se integran en la denominada zona de servicio, que tiene carácter demanial y se define, como ya nos consta, a través de la Delimitación de los espacios y usos portuarios, e incluye, de acuerdo con lo establecido en el art. 8 LPTMPV, «los espacios de tierra y de agua necesarios para la ejecución de sus actividades y el desarrollo de los usos portuarios, las destinadas a tareas complementarias de aquéllas, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria, y otros complementarios». Opta, así, la LPTMPV, por un concepto extensivo de la zona de servicio portuaria, que puede abarcar, además de los espacios estrictamente portuarios, otros destinados a fines complementarios y a garantizar el crecimiento y el desarrollo del puerto (50). La afectación de los concretos bienes que integran el demanio portuario tiene lugar pues a través de la delimitación de la zona de servicio portuario.

Como se señaló con anterioridad, del puerto ocupa también dominio público marítimo-terrestre, y al Estado, en cuanto titular del mismo, corresponde un importante título de intervención que se articula mediante una técnica concreta: la adscripción, o puesta a disposición, por parte de la Administración estatal, del dominio público marítimo-terrestre nece-

(50) El concepto de zona de servicio es tradicional en nuestra legislación de puertos. Para los deportivos, puede verse el art. 8 RPD, que la definiría como el espejo de agua en una o varias dársenas, más la superficie en tierra dedicada a los muelles, instalaciones y servicios, partiendo pues de una delimitación limitada a los espacios propiamente portuarios. En el marco de la legislación reguladora de los puertos de competencia estatal, el TRLPMM parte también de una concepción extensiva de la zona de servicio, comprensiva no sólo de los espacios de agua y tierra necesarios para los usos portuarios, sino también de espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que puedan destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad (art. 69). En el ámbito autonómico, pueden encontrarse definiciones diversas de la zona de servicio portuaria, variando la amplitud de los usos, portuarios o no, y la extensión que pueda tener dicha zona. De este modo, en algunos supuestos, se define la zona de servicio como el espacio destinado a la prestación de las actividades típicamente portuarias, de los servicios portuarios (art. 2 LP Murcia), en otros casos, la zona de servicio comprende espacios destinados a actividades complementarias a las portuarias (arts. 27 LP Cataluña, 16 LP Andalucía, 3 LP Valencia) y espacios de reserva para el desarrollo de la actividad portuaria (arts. 6 LP Canarias, 6 LP Cantabria, 6 LP Baleares y 52 LP Galicia).

sario para que las Comunidades Autónomas ejerciten sus competencias en materia de puertos y que se articula mediante la emisión de un informe favorable a la ocupación que se inserta dentro del procedimiento de aprobación del proyecto de construcción, ampliación o modificación de los puertos de competencia autonómica(51). Así se pone de manifiesto en el art. 5 TRLPEMM, regulándose la adscripción en los arts. 49 y 50 LC y 104 a 109 RC(52). De ahí que el art. 14 LPTMPV haga alusión a los informes preceptivos previstos en la legislación portuaria estatal exigibles para la construcción, ampliación o reforma de los puertos de titularidad autonómica. Ahora bien, es a EKP a quien corresponde gestionar el demanio portuario de los puertos que se le adscriban, en caso de gestión directa —arts. 24 y 25 LPTMPV—, ejerciendo las potestades que al efecto le atribuye el ordenamiento jurídico y que se expusieron más atrás(53).

(51) El proyecto debe también ser sometido al procedimiento de impacto ambiental en los supuestos legalmente exigidos (art. 17 LPTMPV). La jurisprudencia ha sido también unánime en la exigencia del control por la Administración de la incidencia en el medio ambiente de estas instalaciones: por todas, SSTS 3 julio 2007 (RJ\2007\6612) y 17 junio 2013 (RJ\2013\5623), SSTSJ Islas Baleares 224/1999, de 9 de abril (RJCA/1999/881), País Vasco 691/2002, 11 julio (RJCA\2002\551), Valencia 100/2010, 1 febrero (RJCA\2010\466). La protección ambiental es en sede jurisdiccional un principio asentado. En materia de puertos deportivos, la STSJ Valencia 124/2010, 2 febrero (RJCA\2010\391), confirmó, basándose en el principio de precaución, la suspensión cautelar de unas obras de ampliación de un puerto deportivo en el municipio de Altea que la Administración consideró necesaria para proteger la plataforma de posidonia oceánica y evitar una situación irreversible que podría razonablemente derivarse de continuarse con la ejecución de las obras de ampliación: «A la hora de valorar la conformidad a derecho de la actuación de la Administración a la hora de adoptar dicha medida cautelar, debemos hacer referencia necesaria al principio de precaución. Al respecto, como indica la STS de 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 8970) (Sección 5, Ponente Sr. Peces Morate), con cita de la STS de 26 de diciembre de 1989(SIC) (RJ 1989, 9649), la interpretación de las normas aplicables debe partir del mandato constitucional de protección de la naturaleza, recogido en el art. 45 de la CE, de manera que, en caso de duda, los órganos competentes han de inclinarse por negar la autorización para cualquier actividad que pueda dañar o menoscabar el deseable equilibrio natural.»

(52) El título de intervención que comporta la titularidad del dominio público marítimo-terrestre necesario para construir, ampliar o modificar un puerto de titularidad autonómica va a modular el régimen de estos y, desde esta perspectiva, existen determinaciones de la legislación de costas de necesaria observancia en el régimen de los puertos autonómicos. Son de destacar, en este sentido, el límite de los plazos concesionales, en especial en los terrenos que se ganen al mar, la exigencia del canon demanial a favor del Estado en los supuestos de puertos creados a partir de la entrada en vigor de la LC, los usos complementarios que puedan desarrollarse en los puertos autonómicos. Sobre la incidencia de la reforma de la LC en los puertos de competencia de las Comunidades Autónomas, JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, «Los efectos de la modificación de la Ley de Costas sobre el régimen jurídico de los puertos autonómicos», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 295, 2015, págs. 45-99.

(53) El art. 24.a) LPTMPV añade que EKP puede actuar también como concesionario, supuesto que se podría dar en los casos de zonas náutico-deportivas en puertos de interés general de competencia del Estado. Sin embargo, podría haberse previsto en la LPTMPV la posibilidad que da el art. 73 TRLPEMM de regular la utilización del dominio público portuario autonómico por la Administración del Estado, sometiéndola pura y simplemente a una autorización administrativa, lo que tendría como resultado, de acuerdo con el principio de reciprocidad que informa la regulación contenida en dicho precepto de la Ley estatal, que la Comunidad Autónoma pudiera también utilizar espacios que fueran precisos en el dominio público portuario estatal con la preceptiva autorización.

Por su parte, la gestión por terceros de un puerto deportivo conlleva, necesariamente, la obtención de la preceptiva concesión, que habilitará tanto la prestación de los servicios portuarios como la utilización del dominio público. Sigue en este punto el art. 35 LPTMPV la tradicional regulación del régimen de autorizaciones y concesiones del dominio público portuario, estableciendo la necesidad del título habilitante para los usos que tengan especiales circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad, o que requieran la ejecución de obras e instalaciones, cuyo régimen se establece en los artículos siguientes de la LPTMPV, que a su vez se remite, como legislación supletoria, a la de patrimonio de Euskadi, y a la de contratos del sector público. En el caso de un puerto deportivo, siendo que la ocupación será superior a tres años y conlleva obras e instalaciones no desmontables, el título obligado es la concesión (art. 36 LPTMPV) (54), correspondiendo la competencia para su otorgamiento al Departamento competente en materia de puertos —art. 5.2.e) LPTMPV—, y en todo caso, a la Administración portuaria su modificación, revisión y extinción así como las funciones de vigilancia, inspección y control en relación con dicha utilización (55).

A partir de aquí, la LPTMPV es prolija en la regulación de las concesiones y autorizaciones demaniales. En relación a la concesiones, se regula el procedimiento de otorgamiento (arts. 38 a 42), las condiciones mínimas que deberán figurar en las mismas (art. 43), su transmisibilidad (art. 45), el régimen de su revisión, modificación y rescate (arts. 47 a 48), y el régimen de garantías. Es común para autorizaciones y concesiones lo dispuesto en los arts. 51 a 54 LPTMPV, en relación a su extinción, revocación y caducidad. Por su parte, el régimen de garantías de autorizaciones y concesiones se regula en los arts. 55 a 58 LPTMPV (56). La concesión, por lo demás, está sujeta a la tasa por ocupación privativa y utilización del dominio público portuario regulada en el art. 197 quinquies del Texto Refundido de la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto Legisla-

(54) En los supuestos de gestión directa, no obstante, es posible que determinados usos se encomienden a particulares, en cuyo caso, habrá que estar al tipo de uso para determinar el título habilitante que proceda.

(55) Sobre las concesiones en el dominio público portuario, pueden verse los trabajos de JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, «Puertos y concesiones administrativas», en CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (Dir., *Administración y competencia: un análisis de la labor general de la Administración y una especie de mirada a la situación de competencia en los puertos*, Aranzadi, 2015, págs. 203-218 y SABATÉ i VIDAL, Josep María y FUENTES i GASÓ, Josep Ramón, «Derecho público y derecho privado en las concesiones administrativas de dominio de los puertos y dársenas deportivas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2015.

(56) Por su parte, las especialidades de las autorizaciones se regulan en los arts. 49 y 50 LPTMPV.

tivo 1/2007, de 11 de septiembre, que a estos efectos modifica en profundidad la disposición final primera de la propia LPTMPV. Las potestades de policía y sancionadora de la Administración portuaria, por su parte, se regulan en el Capítulo VI LPTMPV. A los preceptos citados nos remitimos, por motivos obvios de extensión.

Conviene, no obstante detenernos en una cuestión clave para los titulares de concesiones de puertos deportivos: los plazos concesionales, que el art. 36 LPTMPV limita a cincuenta años, incluyendo las prórrogas. El número de años no es casual, pues responde a los condicionantes que la legislación de costas establece en relación al dominio público adscrito. En efecto, el 49.1 LC limita los plazos de las concesiones que se otorguen por las Comunidades Autónomas en dominio público adscrito. La constitucionalidad de esta limitación, que ya se introducía en la LC en 1988, fue avalada por la STC 149/1991, que consideró que el precepto se ciñe a recordar la regla general relativa al plazo máximo de las concesiones establecida en el art. 66.2 LC, precepto este último cuyo contenido, de acuerdo con la mencionada Sentencia, refleja una determinación legislativa que corresponde a la competencia exclusiva del Estado para regular el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre. A nuestro juicio el fundamento último de esta limitación vendría constituido por la propia definición de la adscripción, ya que el legislador, respecto de las potestades cuyo ejercicio traslada a la Comunidad Autónoma, puede conformar y establecer su contenido y condiciones de ejercicio, entre estas últimas, el plazo máximo de los títulos que habiliten la utilización del dominio público sobre el que se podrán ejercitar(57).

En su redacción original, el art. 49.1 LC limitaba el plazo máximo a treinta años. La LPUSL, por su parte, introdujo en el precepto una remisión a la legislación estatal de puertos, disponiendo que en todo caso, el plazo de las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos, incluidas las prórrogas, no podrá ser superior al plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para las concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general. Esta remisión, por lo demás, se reitera en el art. 104 RC. Debe estarse, por tanto, a los plazos establecidos en el art. 82 TRLPMM, en cuya virtud y tras la modificación operada por el art. 56 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, para las concesiones demaniales que conlleven únicamente la explotación del puerto, el plazo máximo será de cincuenta años. En su redacción anterior el pre-

(57) Sería también posible la solución contraria, es decir, queda también a la libre configuración del legislador optar por no establecer tal límite, y dejar a la Comunidad Autónoma correspondiente la facultad de establecer el plazo máximo de las concesiones que otorgue sobre el demanio adscrito. Por otra parte, el plazo podría ser también menor. De la lectura del art. 66 LC, se deduce que el plazo puede ser reducido por la Administración autonómica.

cepto establecía un plazo menor, de cuarenta años(58). Por su parte, para las concesiones de obras públicas portuarias, el art. 101.7 TRLPEMM, en concordancia con lo dispuesto en el art. 29.6 LCSP, establece un plazo de cuarenta años, que podrá prorrogarse en los términos y por las causas previstas en la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas(59). En todo caso, la disposición transitoria quinta de la LPUSL establece un límite para la duración de la prórroga, al disponer que no podrá ser superior a la mitad del plazo máximo de vigencia establecido en la legislación estatal para las concesiones sobre dominio público portuario en los puertos de interés general.

Un supuesto peculiar es el representado por los terrenos ganados al mar que formen parte del dominio público marítimo-terrestre y se incluyan en una concesión de puertos deportivos(60), a los que el art. 172.1

(58) Sobre los plazos concesionales en el ámbito de los puertos de interés general, *vid.*, TRÍAS PRATS, Bartomeu, «El nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 167, 2014, págs. 269-291. En relación a la incidencia de la reforma de la LC en materia de plazos de concesiones de puertos deportivos, GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás, «El efecto 2018 en los puertos deportivos: un tsunami inexistente», en *Actualidad administrativa*, núm. 10, 2017 y SERNA TORMO, Patricia, «El efecto 2018 se desvanece para los puertos deportivos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2018.

(59) Resulta de interés traer aquí la regulación de los plazos concesionales introducida en la nueva disposición transitoria tercera de la LP Canarias, a través de la disposición adicional sexta de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos, que los amplía a setenta y cinco años, en lo que parece ser una aplicación directa del art. 66 LC, sin tomar en consideración las determinaciones de aplicación especial que se establecen para los puertos autonómicos en el art. 49 LC. Es curioso, porque además, hasta la reforma de la LC en 2013, la legislación autonómica introducía criterios muy dispares en relación a los plazos concesionales, obviando en algunos casos lo que a mi entender era ineludible: la aplicación del límite de treinta años que imponía la LC de 1988 y estableciendo plazos más amplios, bien expresamente, bien por la vía de la remisión a la legislación de contratos o a la de puertos de interés general entonces vigente, que efectivamente, permitían entonces plazos de cuarenta o sesenta años, respectivamente. Así, Las leyes balear y andaluza, si bien se remiten a la legislación de contratos, lo hacen dejando a salvo las limitaciones impuestas por la legislación de costas, por lo que, en relación a las concesiones de puertos deportivos, en cuanto dominio público estatal adscrito, se llegaba necesariamente a la conclusión de que su plazo máximo era el de treinta años determinado en el art. 49 LC. Por su parte, el art. 52 LP Cataluña 1998 se remite a la legislación aplicable al dominio público portuario. Las leyes de las Comunidades Autónomas de Murcia y Cantabria, toman como referencia el plazo máximo establecido en la legislación básica de contratos, la primera por remisión, la segunda incluyéndolo expresamente, y estableciendo un límite máximo, con las prórrogas, de sesenta años (arts. 12 LP Murcia y 36 LP Cantabria). Es claro que actualmente habrá que estar a la remisión que se hace en la LC a la legislación estatal de puertos, y por tanto, a los límites de cincuenta años, para las concesiones de dominio público, y de cuarenta, para los contratos de concesión de obra pública. Así lo ha entendido el legislador autonómico que ha dictado leyes posteriores a la reforma de la LC (arts. 32 y 22 LP Valencia, que lo establecen así de manera expresa; 67 y 92 LP Galicia, remitiéndose este último precepto a la legislación de contratos).

(60) No todos los terrenos ganados al mar tienen tal naturaleza, pues la LC reconoce la titularidad privada de aquellos terrenos que se ganaran en propiedad al mar con título administrativo suficiente (disposición transitoria segunda, 2 LC). Entiende justificada esta excepción a la demanialidad JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, «El nuevo régimen de los puertos deportivos y la Ley de Costas», en *Estudios Territoriales*, núm. 34, 1990, pág. 118). En contra, LOPEZ PELLICER, José Antonio, «Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 68, 1990, pág. 556.

RC excluye del régimen de las prórrogas propio de las concesiones portuarias sometiéndolos al régimen que el propio RC establece. Así, las concesiones de puertos autonómicos que incluyan terrenos ganados al mar, tendrán un doble régimen en lo que hace a las prórrogas de los plazos concesionales. En la zona de servicio que no sea terreno ganado al mar, será aplicable el régimen de prórrogas que establece la legislación de puertos. En la parte de la zona de servicio formada por terrenos ganados al mar, se aplicará el régimen de prórrogas previsto en la legislación de costas. En este punto, ha de tenerse presente que estos espacios no han sido sólo utilizados para usos propiamente portuarios, sino que han sido tradicionalmente ocupados por edificaciones destinadas a residencia y habitación. Ello implica que las prórrogas, en el primer caso, podrán gozar de un máximo de 50 años. En el segundo, el límite se fija en 75 años (art. 174 RC). No requiere mayor comentario el tratamiento, singular, que al cabo y por la vía del reglamento, se da a estos terrenos.

El plazo concreto que en cada caso sea aplicable se determina en las condiciones de la concesión (art. 43 LPTMPV), debiéndose tener en cuenta los siguientes criterios que se relacionan en el art. 44 LPTMPV, y que, por lo demás, coinciden exactamente con los que al efecto prevé el art. 82 TRLPEMM: a) Vinculación del objeto de la concesión a la actividad portuaria; b) disponibilidad de espacio de dominio público portuario; c) volumen de inversión, y estudio económico-financiero; d) plazo de ejecución de las obras contenidas en el proyecto; e) adecuación a la planificación y gestión portuarias; f) incremento de actividad que genere en el puerto; g) vida útil de la inversión a realizar por el concesionario. El precepto, por lo demás, deja al reglamento el desarrollo y concreción de estos criterios para determinados tipos de usos.

3. Régimen de los amarres

El amarre se configura como una prestación esencial en la explotación de los puertos, de ahí que adquiera carácter de servicio portuario, según vimos (art. 32.1 LPTMPV). El amarre, por lo demás, implica también ocupación del dominio público portuario por parte del usuario del servicio, como a estos efectos se señala en el art. 36.3 LPTMPV. Ahora bien, el precepto se remite al reglamento en lo que hace al régimen de uso y al procedimiento para el otorgamiento del título habilitante que proceda, estableciendo como única limitación su duración, que no podrá ser superior a quince años. Es, por lo demás, la regulación reglamentaria la tónica más frecuente en el resto de Comunidades Autónomas: sólo las Leyes catalana y balear los regulan, haciendo la mayoría sólo referencias

puntuales(61). En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y para los supuestos de gestión directa, ha de estarse a la Orden de 19 de octubre 2017, del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del País Vaco, por la que se regula el procedimiento de otorgamiento y el régimen de las concesiones de uso de plazas de amarre por titulares de embarcaciones de recreo, que derogó y sustituyó a la Orden de 20 de abril de 2004.

En la búsqueda de la garantía del servicio, la legislación autonómica ha dado respuestas muy diversas. Así, en algunas Comunidades Autónomas, siguiendo la línea tradicional de nuestra legislación de puertos deportivos (art. 12 RPD), se han prohibido los usos exclusivos de amarre, determinándose su naturaleza de uso preferente(62), exigiéndose, al tiempo, la reserva de puestos de amarre para embarcaciones transeúntes(63). En términos genéricos, la legislación autonómica, en este punto, habilita a determinados órganos de la Administración portuaria para la adopción de medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de puntos de amarre(64).

(61) *Vid.* arts. 60 y 97 LP Cataluña (el primero regula la cesión de amarres en las concesiones y el segundo va referido a las marinas); arts. 68 a 71 LP Baleares, que, en una Sección específica introducen el régimen de los amarres tanto para los supuestos de gestión directa como indirecta, preceptos que deben ser complementados con lo dispuestos en los arts. 63 a 75 del Decreto 11/2011, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Puertos de Illes Balears, en lo que hace a los amarres de los puertos gestionados directamente, y en los arts. 88 a 90 del mismo Reglamento en lo relativo a amarres de puertos concedidos.

Los amarres de los puertos en régimen de gestión directa han sido regulados, en la Comunidad Valenciana, por el Decreto 37/2002, de 5 de marzo, por el que se establecen las normas para la gestión de amarres de titularidad pública para embarcaciones deportivas en los puertos de gestión directa de la Generalitat Valenciana, y en el Principado de Asturias, por su parte, se regulan en la Resolución de 6 de noviembre 2009, de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, por la que se aprueba la normativa de asignación de amarres públicos gestionados por la Administración del Principado de Asturias.

(62) De acuerdo con el art. 60 LP Cataluña los amarres otorgan un derecho de uso preferente, principio que se reitera, para las marinas, en el art. 97. Se prohíben expresamente los usos exclusivos de amarre en los arts. 56.4 LP Canarias y 16 LP Andalucía.

(63) Un diez por ciento en el caso de Cataluña (art. 60 LP Cataluña), del quince en el de Canarias (art. 53 LP Canarias) y del diez por ciento en el Valencia (art. 1, tercer párrafo Decreto 123/2004, de 23 julio, por el que se establecen medidas para el desarrollo de actuaciones en materia de puertos e instalaciones náutico-deportivas). Sin concretar porcentajes, la obligada garantía de los amarres para embarcaciones transeúntes se establece encomendando a la Administración portuaria la fijación del número de puestos de amarre en cada puerto en el art. 63 LP Baleares.

(64) Arts. 82 LP Canarias, 63 LP Cantabria, 114 LP Baleares, 73 LP Andalucía, 100 LP Valencia y 128 LP Galicia. Junto a ello, llama la atención la previsión del art. 63.4 LP Baleares que encomienda a Puertos de las Illes Balears la garantía de un porcentaje mínimo de amarres públicos para las embarcaciones tradicionales con valor histórico y patrimonial que hayan sido declaradas Bien de Interés Cultural.

Los elementos portuarios como los amarres se ponen a disposición de terceros, a los que temporalmente se cede el uso y disfrute(65). El régimen de estas cesiones depende del tipo de gestión que se utilice para la explotación del puerto. Siendo la gestión directa, el régimen es de Derecho público, habilitándose el amarre a través del correspondiente título administrativo, autorización o, como en el caso del País Vasco, concesión, siendo esta previsión una novedad introducida por la Orden de 19 de octubre 2017, pues su predecesora, preveía, como título habilitante, una autorización administrativa limitada, por ello, a tres años. Este cambio de orientación en relación al título habilitante requerido tiene una consecuencia importante, pues permite la utilización del dominio público por un plazo mayor, que la LPTMPV establece, como ya nos consta, en quince años. Las Comunidades Autónomas que han regulado el régimen de los amarres han previsto, sin embargo, como título habilitante la autorización, para la que en algunos casos se prevé el mismo plazo que para el resto de autorizaciones demaniales (tres años, en el caso del art. 77 LP Cataluña y cuatro según los arts. 50 LP Canarias y 4 LP Galicia), y en otros, el plazo de la autorización de amarre es distinto (el art. 69 LP Baleares reduce a tres años el plazo de las autorizaciones de amarre, siendo el plazo general, de acuerdo con lo establecido en el art. 64, cuatro años). El art. 43 LP Cantabria, sin embargo, establece un plazo para las autorizaciones de amarre de diez años, mayor que el plazo general, que se limita a tres, respecto del que el mencionado en primer lugar representa una excepción prevista en el art. 39. En todo caso, y a pesar del carácter excluyente del uso por parte de otros de la concesión, la Orden de 19 de octubre de 2017, en su art. 23, prevé que el *órgano* gestor del puerto pueda utilizar la plaza «cuando la embarcación autorizada correspondiente se encuentre ausente de la misma, para atender demandas de embarcaciones en tránsito», en cuyo caso, será aplicable la bonificación correspondiente prevista en la legislación de tasas.

Siendo la gestión del puerto indirecta, el amarre se cede, generalmente, mediante un contrato privado(66). Faltan en la LPTMPV referencias a estos supuestos, que sin embargo sí se contemplan en otras leyes autonómicas(67). Un caso peculiar es de la LP Galicia, en cuyos arts. 101

(65) Como tal, no comporta la transmisión de la titularidad dominical (SAN 8 febrero 2000, JT\2000\272).

(66) Sobre ello, PETIT LAVALL, María Victoria, «El régimen jurídico del contrato de amarre en los puertos deportivos», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis (Dir.), *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Cívitas, 2018, págs. 689-712. Sobre la naturaleza privada del contrato, TSJ Cataluña 689/2014 de 31 julio (JUR 2015\2050).

(67) *Vid.*, arts. 60.1 LP Cataluña 1998, 41.4 LP Cantabria 2004 y 39.4 LP Andalucía 2007.

ss. se regula el régimen aplicable a las autorizaciones temporales de uso de puestos de atraque otorgadas por Puertos de Galicia, y que es de aplicación, de acuerdo con la Exposición de Motivos, tanto si existe concesionario como si no. A pesar de su naturaleza jurídico-privada, la cesión va a presentar un marcado carácter reglamentario porque, además de sujetarse a las estipulaciones contractuales, habrán de observarse las cláusulas concesionales, el reglamento del puerto, el reglamento general de la Administración titular en relación al servicio y policía del puerto, si existe, y la normativa de puertos (68). De ahí que las leyes catalana y cántabra, hayan previsto la presentación, por parte del concesionario a la Administración y con carácter previo al otorgamiento de los contratos, de un contrato tipo, para su conformidad, quedando aquella facultada para imponer clausulados mínimos que garanticen los legítimos intereses de los cesionarios (69).

4. Actividades complementarias a los usos propiamente portuarios

Abordamos en este punto una cuestión de gran relevancia en los puertos en general, y en los autonómicos y específicamente en los deportivos en particular, que tradicionalmente ha originado conflictos en los espacios portuarios y que ha sido resuelta por la legislación sectorial, en el sentido de permitir actividades distintas a las estrictamente portuarias. La LPTMPV también parte de esta premisa, al aludir, entre los posibles usos del puerto, a los denominados usos industriales y comerciales que define, en el art. 12.2, como «aquellas actividades de carácter mercantil, industrial o comercial que, sin constituir servicios portuarios, se pueden realizar en zona de servicio, y que no sean constitutivas de ninguna de las actividades mencionadas en los apartados anteriores», y que, como ya nos consta, deben preverse y ubicarse en la delimitación de la zona de servicio (art. 8.2 LPTMPV). Pero poco más se dice al respecto en la LPTMPV. Tampoco el RAPPV contiene excesivas determinaciones de relieve desde la perspectiva que nos interesa, más allá de la sujeción a autorización y a ciertas limitaciones de los anuncios publicitarios e informativos (art. 19), la prohibición de deshechos (art. 18) y las limitaciones relativas al acceso a las zonas portuarias (arts. 27 ss., sobre los que volveremos). En todo caso, los posibles usos complementarios en un puerto deportivo van a venir delimitados, además de por la legislación portuaria, por la legislación de costas, en cuanto espacios que ocupan dominio pú-

(68) *Vid.*, al respecto, arts. 60.1 LP Cataluña 1998, 41.4, segundo párrafo LP Cantabria 2004 y 39 LP Andalucía 2007. En este sentido, y en la Jurisprudencia, STS 1175/2017 de 4 julio (RJ/2017/3251).

(69) Arts. 60.2 LP Cataluña 1998 y 41.4, tercer párrafo LP Cantabria 2004.

blico marítimo-terrestre. Analizaremos las distintas posibilidades, distinguiendo según el tipo de uso, y utilizando para ello la tradicional clasificación de los usos del dominio público —uso común general, uso especial y uso privativo—.

Así, en primer término, cabría plantearse la sujeción de los puertos deportivos, en cuanto que ocupan dominio público marítimo terrestre, al uso común general, o en los términos previstos en el art. 31 LC, a la utilización libre, pública y gratuita del puerto. La normativa especial ha previsto, en efecto, el acceso libre y gratuito a los puertos de titularidad autonómica, supeditándolo —y en este sentido deben interpretarse las distintas posibilidades enunciadas en el art. 31 LC—, a la garantía del servicio portuario, de modo que se permite siempre y cuando no obstaculice la actividad principal del puerto, lo que supone en términos generales una prohibición de acceso a los muelles y zonas de operaciones. Con estos límites, el uso público de los puertos está, implícita o expresamente permitido en la mayoría de las leyes autonómicas de puertos (70). La LPTMPV, sin embargo, nada prevé al respecto. Sí lo hace el RAPPV, que limita el acceso a las zonas portuarias a las personas y vehículos que intervengan en las operaciones que se desarrollen en las mismas, exceptuándose de la prohibición de uso público que dicha determinación comporta, a los residentes en inmuebles que únicamente tengan acceso a los mismos a través de la zona portuaria, y a los servicios de urgencias, salvamento, bomberos y policía en el ejercicio de sus competencias.

El tipo de uso más conflictivo han sido las actividades a través de las que se materializan usos especiales y privativos del dominio público portuario. Estas actividades, avaladas por nuestra legislación tradicional de puertos y también por la jurisprudencia —que, no obstante, las someterá a determinados requisitos—, han venido a dar respuesta a distintos planteamientos: en unos casos son complementos que se establecen para rentabilizar el puerto, en otros, se argumenta por los municipios, su naturaleza de elementos dinamizadores de la vida local. La variedad de usos posibles puede considerarse desde perspectivas diversas: como zona de expansión —uso público, actividades culturales y recreativas del municipio— como zona de desarrollo comercial y como zona de desarrollo turístico, cuestión que va ligada a la posibilidad de usos residenciales en los puertos. La legislación autonómica recaída en materia de puertos ha sido receptiva a la implantación de actividades en los puertos que van más allá de las que pueden definirse como estrictamente portuarias, admitiéndose, con carácter general, las actividades complementarias o instrumentales.

(70) En este sentido arts. 28.2 LP Cataluña 1998, 43.3.F) LP Canarias y 97.j) LP Galicia,. El art. 17 LP Andalucía 2007 determina que los puertos destinados a usos náuticos deportivos son de acceso libre, sin más limitaciones que las requeridas por razón de seguridad o explotación.

En todo caso, las posibilidades de implantación de actividades complementarias vienen delimitadas, en lo que hace al dominio público marítimo-terrestre que ocupa el puerto de titularidad autonómica, por el marco que en este punto supone el régimen general de utilización establecido en la legislación de costas. Hasta el momento, por la aplicación de dicho régimen, se podrían implantar los usos que esta legislación permite, debiéndose observar, en todo caso, el régimen de prohibiciones que asimismo establece. Y en este punto, la reforma de la LC de 2013 introdujo grandes cambios al respecto, incorporando la LPUSL al art. 49 LC un nuevo apartado cuarto, en el que se establecen una serie de limitaciones en relación a los usos complementarios de los puertos adscritos, y que son de aplicación ya se gestionen directa o indirectamente. Así, el precepto permite, en la zona de servicio portuaria de los bienes de dominio público marítimo-terrestre adscritos que no reúnan las características del art. 3 LC, usos comerciales y de restauración siempre que no perjudique el dominio público marítimo-terrestre, ni la actividad portuaria y se ajusten a lo establecido en el planeamiento urbanístico, prohibiéndose, en todo caso, las edificaciones destinadas a residencia o habitación. La expresa mención a usos comerciales y de restauración resulta un tanto imprecisa, pues en los puertos autonómicos los usos complementarios no se ciñen a los mencionados, sino que por el contrario, y con una visión más amplia desde un punto de vista social, también se admiten por la legislación autonómica usos recreativos, de ocio, deportivos y culturales(71), siempre que, respetando lo establecido en el art. 32 LC, no puedan tener otra ubicación. En este punto la legislación sectorial sigue una pauta introducida por nuestra tradicional legislación en materia de puertos deportivos y continuada en la vigente legislación estatal de puertos, pauta que tradicionalmente fue avalada por la Jurisprudencia (72).

En esta parte del puerto, esto es, en la zona de servicio portuaria que ocupe dominio público marítimo-terrestre y en la que ocupa zona de servidumbre de protección, los usos residenciales, en principio, están prohibidos. En el resto del puerto, por tanto, dichos usos residenciales son susceptibles de darse siempre y cuando se adecuen a la legislación y al

(71) Arts. 6.4 LP Murcia; 30 LP Cataluña; 6.5 LP Canarias; 52 LP Baleares, 16.2 LP Andalucía, 19.2 LP Valencia, 55.2 LP Galicia. Por otra parte, debe recordarse que estas actividades se encontrarían sujetas a licencia municipal previa, encontrándose únicamente exentas las obras o instalaciones propiamente portuarias, de acuerdo con la doctrina mantenida en la STC 40/1998, doctrina que, por otra parte, queda reflejada en el art. 30 LP Cataluña.

(72) El art. 6 RPD, derogado por el RC, exigía, en los puertos de base, la existencia de edificios de servicios con establecimientos comerciales y oficinas bancarias si fueran solicitadas por entidades bancarias. Por su parte, la legislación estatal de puertos permite la incorporación de usos complementarios (art. 3.6 TRLPEMM). Pueden verse a este respecto y a título de ejemplo, las SSTS 24 febrero 1962, 9 abril 1966, 15 junio 1990 y la STSJ Andalucía 15 mayo 1991. Y más recientemente, STS 1 abril 2013 y STSJ Valencia 862/2003 de 15 mayo, *v.gr.*

planeamiento urbanístico. Así debe entenderse el tenor de la disposición transitoria tercera LPTMPV, que dispone que «los usos residenciales existentes en la zona de servicio de los puertos a la entrada en vigor de esta ley se entenderán consolidados» (73).

En consonancia con lo anterior, la legislación autonómica ha previsto expresamente los usos residenciales. En particular, la ley canaria, en sentido muy similar al que se acaba de exponer (74), que hemos mantenido en diversos trabajos (75), y que ha sido confirmado por la STC 34/2014, de 27 de febrero, que declaró inconstitucional la previsión en la LP Andalucía, en los arts. 4 b) y 16.3, de usos hoteleros en el dominio público portuario, por estar prohibidos por la LC con carácter general, tanto en el dominio público marítimo-terrestre como en la zona de servidumbre de protección y considerar, por tanto, que dichos preceptos contradecían lo dispuestos en los arts. 25 y 32 LC. Cuestión distinta es que dichos usos se hubieran limitado en la Ley andaluza a los espacios portuarios que no formaran parte del dominio público marítimo-terrestre o de la zona de servidumbre de protección, en cuyo caso nada hubiera habido que objetar. De ahí también que la STC 34/2014 confirmara la constitucionalidad, prevista en los arts. 16.2 y 20.3 LP Andalucía, de permitir dentro del dominio público portuario otros usos no portuarios, siempre que se interprete «en el sentido de entender que los usos compatibles a que los mismos se refieren excluyen, en todo caso, los de residencia o habitación que expresamente se declaran inconstitucionales en la presente Sentencia» cuando se pretendan permitir en el dominio público marítimo-terrestre.

(73) En este sentido, el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la LPTMPV, publicado en virtud de la Resolución de 4 de febrero de 2019: «ambas partes coinciden en que dicha disposición no excluye la aplicación de la legislación de costas, especialmente los artículos 25, 32 y 49.4, que prohíben las edificaciones destinadas a residencia o habitación. Por otra parte, en relación a las ocupaciones para usos residenciales anteriores a la entrada en vigor de la propia Ley 22/1988, de Costas, ambas partes concuerdan en interpretar que las mismas se sujetan a lo previsto en disposiciones transitorias que la legislación estatal de costas contempla para tales ocupaciones. Para ello, la Comunidad Autónoma incluirá tal matización en el desarrollo reglamentario de la Ley.» (Apartado 1.c).

(74) El art. 6.5 LP Canarias, efectivamente, permite los usos alojativos turísticos ubicados fuera de la zona de dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal y de la zona de servidumbre de protección, aunque los dota de un carácter excepcional, teniendo que ser aprobados por el Gobierno. El art. 30 LP Cataluña, tras permitir las ocupaciones y utilizaciones que se destinen a residencia o habitación, remite a la legislación estatal aplicable en lo que se refiere a los términos concretos de tal previsión.

(75) Una posición distinta era defendida por RIVAS ANDRÉS, Rafael, en sus trabajos «Sobre la propiedad privada del interior de los Puertos nunca han recaído las servidumbres legales de costas, y la zona litoral de servicio sólo se le puede imponer por vía de retención o por vía de expropiación», en *La notaría*, núm. 9, 2002, págs. 38-70 y «En los puertos no se aplica ni la ley de costas ni sus servidumbres», en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2007, págs. 1415-1434.

Finalmente, el art. 49.4 LC, en su segundo párrafo, remite al reglamento la fijación de los criterios de asignación de superficie máxima para los usos previstos, debiendo tomarse en consideración, a estos efectos, el número de amarres del puerto y los demás requisitos necesarios para no perjudicar el dominio público marítimo-terrestre, ni la actividad portuaria. Los apartados 2 y 3 del art. 105 RC 2014 desarrollan esta previsión legal. El último apartado determina un criterio general que afecta a la planificación y ubicación de los usos permitidos en el art. 49 LC, de acuerdo con el cuál, se subordinará a las necesidades de la actividad portuaria, no debiendo interferir, afectar o perjudicar a la misma. De otro lado, se especifican las condiciones concretas de asignación de superficie máxima para los usos permitidos en los términos que siguen: a) será inferior al 16 por ciento de la lámina de agua comprendida por los diques del puerto; b) será inferior al 10 por ciento de la superficie de tierra del puerto; c) será inferior a 20 metros cuadrados por amarre. La Comunidad Autónoma, pues, en el proyecto de ampliación, modificación o construcción de un puerto de su competencia, habrá de estar a estas condiciones y pautas, debiendo someterse en este punto al criterio de la Administración del Estado, puesto que el informe de adscripción, según determina el art. 106 RC 2014 en lo que es una novedad respecto de la reforma introducida por la LPUSL, se debe pronunciar favorablemente sobre la determinación concreta de la superficie y ubicación que vaya a destinarse a los usos permitidos por el art. 49.4 LC.

V. Abreviaturas

- CE: Constitución Española.
- EA: Estatuto de Autonomía.
- EKP : Euskadiko Kirol Portuak.
- EKPSA: Euskadiko Kirol Portua, S.A.
- LC: Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas
- LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
- LJ: Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- LP Andalucía: Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía.
- LP Baleares: Ley 10/2005, de 21 de junio, de Puertos de las Islas Baleares.
- LP Canarias: Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias.
- LP Cantabria: Ley 5/2004, de 16 noviembre, de Puertos de Cantabria.
- LP Cataluña: Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña.
- LP Galicia: Ley 6/2017, de 12 de diciembre, de Puertos de Galicia

- LP Murcia: Ley 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de Murcia.
- LP Valencia: Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat de Valencia.
- LPAC: Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- LPTMPV: Ley 2/2018, de 28 junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco.
- LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- RAPPV: Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuaria del País Vasco.
- RC: Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.
- RPD: Reglamento de Puertos Deportivos, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1980.
- TRLHPV: Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.
- TRLPEMM: Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

VI. Bibliografía

- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio (2010): «La gestión urbanística de los espacios "Puerto-Ciudad". ¿Aplicación de las limitaciones de la ley de costas a los terrenos del dominio público portuario que son desafectados?: puertos y servidumbre», en SÁNCHEZ GOYANES, E. (Dir.), *El Derecho de costas en España*, La Ley, 2010.
- GARCÍA VALDERREY, Miguel Ángel (2017): «Aspectos prácticos de la consideración urbanística de los puertos», en *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, núm. 149.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (2017): «El efecto 2018 en los puertos deportivos: un tsunami inexistente», en *Actualidad administrativa*, núm. 10.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier (1990): "El nuevo régimen de los puertos deportivos y la Ley de Costas», en *Estudios Territoriales*, núm. 34, págs. 107-136.
- , (2015): «Los efectos de la modificación de la Ley de Costas sobre el régimen jurídico de los puertos autonómicos», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 295, pp. 45-99.

- , (2015): «Puertos y concesiones administrativas», en CANEDO ARRILLAGA, María Pilar (Dir.), *Administración y competencia: un análisis de la labor general de la Administración y una especie de mirada a la situación de competencia en los puertos*, Aranzadi, págs. 203-218.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I (2016): «El Derecho Administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración», en *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1, págs. 65-76.
- LOPEZ PELLICER, José Antonio (1990): "Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 68, págs. 533-558.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel (2007): «Los puertos y sus servicios», en PETIT LAVALL, María Victoria (Dir.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Vol. 2, págs. 1633-1660.
- NAVAJAS REBOLLAR, Miguel (2000): *Régimen jurídico-administrativo de los puertos*, Marcial Pons.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (Dir.) (2013): *Costas y urbanismo*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2013.
- , (2014): *El nuevo Derecho de Costas. Ley y nuevo Reglamento General de Costas*, Ed. La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona.
- PETIT LAVALL, María Victoria (2018): «El régimen jurídico del contrato de amarre en los puertos deportivos», en GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis (Dir.), *El Derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Civitas, págs. 689-712.
- PONS CANOVAS, Ferran (2013): «Puertos, urbanismo y medio ambiente», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, págs. 483-526.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael (2002): «En el interior de los puertos el "Plan de utilización de espacios portuarios" no puede sustituir al "Plan especial" urbanístico: Extracto de un dictamen», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 196, págs. 33-70.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael (2002): «Sobre la propiedad privada del interior de los Puertos nunca han recaído las servidumbres legales de costas, y la zona litoral de servicio sólo se le puede imponer por vía de retención o por vía de expropiación», en *La notaria*, núm. 9, págs. 38-70.
- , (2007): «En los puertos no se aplica ni la ley de costas ni sus servidumbres», en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, págs. 1415-1434.
- SABATÉ i VIDAL, Josep María y FUENTES i GASÓ, Josep Ramón (2015): «Derecho público y derecho privado en las concesiones administrativas de dominio de los puertos y dársenas deportivas», en *Actualidad Administrativa*, núm. 5.
- SERNA TORMO, Patricia (2018): «El efecto 2018 se desvanece para los puertos deportivos», en *Actualidad Administrativa*, núm. 6.

- TRÍAS PRATS, Bartomeu (2014): «El nuevo régimen de duración de las concesiones portuarias en los puertos de interés general», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, págs. 269-291.
- , (2018): «Los retos de los puertos estatales ante el nuevo reglamento europeo de puertos», en *Revista Española de Derecho Administrativo* 191, págs. 229-245.
- VILLAR ROJAS, Francisco José (2007): «Las infraestructuras de transporte: puertos y aeropuertos (infraestructuras y urbanismo)», en *REDETI: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 30, págs. 67-114.

Jurisprudencia



Reinicio de actividades y evaluación ambiental. Comentario al asunto C-411/17, STJUE (Gran Sala) de 29 de julio de 2019

Restarting of Industrial Production and Environmental Assessment. Comments to case C-411/17, Great Chamber of the EUCJ of July 29th, 2019

AGUSTÍN GARCÍA URETA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
agustin.garcia-ureta@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.07>

LABURPENA: Lan horrek Europako Batasuneko Justizia Auzitegiaren epaia azterten du, bi zentral nuklearren ekoizpenarekin jarraitzeko baimenari buruzko auzi batean. Epaiak aintzat hartzen du ingurumen-inpaktuaren ebaluazioari buruzko araudiaren aplikazioa (2011/92 Direktiba) lege-egintzen kasuan, bai eta Habitategi buruzko Direktiba ere. Auzitegiak emandako baimenak proiektu bati buruzkoak zi-rela ondorioztatu zuen, Direktibaren zentzuan, eta haren ondorioak legegintza-prozesuan ebaluatu behar zirela. Era berean, ingurumen-ebaluazioari buruzko arauak habitategi buruzko zuzentarauaren arabera aplikatzen direla adierazi zuen. Zuzentarau horren ondorioetarako, Auzitegiak adierazi zuen eragindako estatu kidearen hornidura elektrikoa eteteko mehatxu «erreal eta larria» saihesteko beharra bakarrik izan zitekeela aurreikusitako proiektuak gauzatzea justifikatzen zuen segurtasun publikoko arrazoi bat.

HITZ GAKOAK: Lege-egintza bidez onartutako proiektua. Zentral nuklearrak. Ingurumen-inpaktuaren ebaluazioa.

ABSTRACT: This comment analyses the judgment of the European Court of Justice in a case regarding the authorization granted to two nuclear power stations. The Court considers the application of the environmental impact assessment Directive (2011/92) in the case of the adoption of legislative acts and also of the Habitats Directive. The Court concludes that the authorization related to a project as defined in the former Directive and that their effects should have been assessed in the legislative procedure. Likewise, the Court held that the rules on environmental assessment under the habitats Directive were also applicable. Within the context of this Directive, the Court held that the only ground capable of constituting a public security ground for the purposes of that directive that would justify proceeding with the project was the need to avoid a genuine and serious threat of rupture of that Member State's electricity supply.

KEYWORDS: Project adopted by legislative act. Nuclear power stations. Environmental impact assessment.

RESUMEN: Este trabajo examina la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un asunto relativo a la autorización a dos centrales nucleares. La sentencia considera la aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental (Directiva 2011/92) en el caso de actos legislativos, así como de la Directiva de hábitats. El Tribunal llega a la conclusión de que las autorizaciones concedidas se referían a un proyecto, en el sentido de la Directiva y que sus efectos debían haberse evaluado en el proceso legislativo. Igualmente, afirmó la aplicación de las normas sobre evaluación ambiental bajo la directiva de hábitats. A los efectos de esta directiva, el Tribunal afirmó que solo la necesidad de evitar una amenaza «real y grave» de corte del suministro eléctrico del Estado miembro afectado podía constituir una razón de seguridad pública que justificase la ejecución de los proyectos previstos.

PALABRAS CLAVE: Proyecto aprobado por acto legislativo. Centrales nucleares. Evaluación de impacto ambiental.

Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción y hechos del asunto.—II. Cuestiones consideradas por el TJUE. 1. Reinicio de actividades y obligación de realizar una EIA. 2. Momento de realización de la EIA. 3. La posibilidad de eximir el proyecto de EIA con fundamento en la necesidad de garantizar el suministro eléctrico. 4. La naturaleza de la ley que prorrogaba la Directiva a los efectos de la EIA. 5. La aplicación del requisito de evaluación de la Directiva de Hábitats. 5.1. Reiteración de los requisitos generales de evaluación y aplicación al proyecto contemplado. 5.2. Riesgo sobre los lugares Natura 2000 y momento en el que efectuar la evaluación. 6. Las excepciones invocables para ejecutar un proyecto a pesar de contar con una EIA negativa. El caso del suministro eléctrico. 7. Mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias a la DH y regularización.—III. Comentarios conclusivos.—Bibliografía.

I. Introducción y hechos del asunto

1. La evaluación de impacto ambiental (en adelante, EIA) constituye un mecanismo de prevención cuya aplicación continúa planteando sucesivos asuntos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE),⁽¹⁾ treinta y un años tras la entrada en vigor de la Directiva 85/337 (actual Directiva 2011/92, en adelante DEIA) y veinticinco años desde la entrada en vigor de la Directiva 92/43 (Hábitats, en adelante DH). En estas décadas se pueden advertir algunas tendencias positivas, caso de la generalización de aplicación de la EIA o una incidencia que va más allá de lo procedimental, en particular en el supuesto de la DH⁽²⁾. Ahora bien, es posible percibir otras no tan positivas, caso de una discutible discrecionalidad por parte de los Estados miembros a la hora de definir los proyectos sujetos a EIA, pero también una doctrina poco motivada y elaborada sobre la «regularización» de las evaluaciones, por parte del TJUE. Esta doctrina ofrece un margen de actuación a los Estados miembros que puede redundar negativamente en lo que la EIA pretende precisamente evitar, a saber, el constante deterioro ambiental, mediante la obligación de considerar previa y «debidamente» las implicaciones que un proyecto pueda acarrear. El presente asunto tiene interés por varios motivos. Por una

(1) MORENO MOLINA, Angel., «Environmental Impact Assessment in EC Law; A Critical Appraisal», en Macrory, R., (ed.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law* (Europa Law Publishing, Groningen, 2006), págs. 43-59. BORN, Charles-Hubert., «El juez europeo y la Directiva de impacto Ambiental: balance de treinta años», en GARCÍA URETA, A., (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años* (Marcial Pons, 2016), págs. 9-28.

(2) GARCÍA URETA, Agustín., «Environmental assessment under the Habitats Directive: something other than a procedure?», en *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 2018, págs. 113-125.

parte, por ofrecer un buen muestrario de las exigencias de la normativa de evaluación de la UE, tanto general como en materia de hábitats, en un amplio rango de aspectos. En segundo lugar, por recoger algunos principios sobre la «regularización» de proyectos no sujetos (o incorrectamente sujetos) a evaluación, así como sobre el posible mantenimiento de una norma estatal contraria a la de UE. En tercer término, por recordar obligaciones básicas a cumplimentar por las autoridades estatales, incluidas las jurisdiccionales.

2. El asunto tuvo que ver con dos centrales nucleares (Doel 1 y Doel 2) que se encontraban en funcionamiento en Bélgica desde el 15 de febrero de 1975 y el 1 de diciembre de 1975, respectivamente. Estas centrales habían sido objeto de una autorización única otorgada por tiempo indefinido en 1974. La normativa belga había establecido (mediante una ley de 2003) el abandono gradual de la producción de electricidad por las centrales nucleares. La ley contenía una cláusula por la que todas las autorizaciones individuales expedidas con una duración indefinida caducaban una vez transcurridos cuarenta años a contar desde la fecha de arranque industrial de la instalación. Sin embargo, en junio de 2015 se aprobó una ley (en vigor el 6 de julio de 2015), con la finalidad de garantizar la seguridad del suministro energético. Esta ley decidió prorrogar la explotación de las dos centrales por un período de diez años. En el caso de Doel 1, la ley implicó volver a producir electricidad. Sin embargo, en ambos supuestos las dos centrales debían cesar su actividad en febrero y diciembre de 2025, respectivamente. En septiembre de 2015, las autoridades belgas confirmaron su decisión, adoptada en agosto, de no someter las modificaciones proyectadas por la empresa explotadora de las centrales a una EIA. En noviembre de 2015, la empresa y las autoridades estatales concluyeron un convenio en el que se acordaba la realización de un plan de inversiones por un importe aproximado de 700 millones de euros, para la prórroga de la explotación de las dos centrales. La ley de 2015 fue objeto de un recurso ante el Tribunal Constitucional, al entender que se había adoptado con infracción del Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, la DEIA y las directivas de aves silvestres (2009/147) y hábitats.

II. Cuestiones consideradas por el TJUE

1. Reinicio de actividades y obligación de realizar una EIA

3. Una de las cuestiones planteadas por el juez estatal tuvo por objeto si el reinicio de una actividad, inicialmente clausurada y si las previ-

siones de la DEIA resultaban aplicables, en particular, aquellas referidas a la noción de proyecto y, como se examina más adelante, la obligación de llevar a cabo una EIA. La respuesta del TJUE sobre este interrogante no suscitó divergencias con respecto a una asentada jurisprudencia. En efecto, la noción de proyecto («obras o a intervenciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento»)(3) no ofrece, a diferencia de la de plan, grandes dificultades conceptuales y, en principio, de aplicación(4). En el asunto que aquí se comenta, el TJUE prestó atención al hecho de que la actividad de las dos centrales nucleares dependía de importantes inversiones y de trabajos de modernización. Más en concreto, como destacó el TJUE, tales trabajos abarcaban «especialmente» la renovación de las cúpulas de las centrales, de las piscinas de almacenamiento del combustible gastado, la instalación de una nueva estación de bombeo y obras de adaptación de los cimientos para dotar de una mayor protección de las referidas centrales contra las inundaciones(5). En resumen, no se trataba solamente de «mejoras en las estructuras existentes», sino también de la realización de tres construcciones. Dada su naturaleza, tales trabajos podían alterar la realidad física de los correspondientes emplazamientos. Ahora bien, el TJUE precisó una cuestión adicional, a saber, que tanto los trabajos previstos como las medidas adoptadas por el legislador belga se encontraban indisolublemente ligados a las primeras, a efectos de la apreciación de la existencia de un proyecto en el sentido de la DEIA. Por tanto, formaban parte «de un mismo proyecto»(6).

4. Ahora bien, una vez determinado que las actuaciones previstas coincidían con la noción general de «proyecto» en la DEIA, quedaba por resolver una de las cuestiones más importantes de aplicación de esta y la que posiblemente más asuntos plantea no solo ante el TJUE sino también ante sus homólogos estatales, a pesar de una jurisprudencia consolidada en relación con los criterios que han de guiar la sujeción de los proyectos a EIA. Así como los proyectos enumerados en el Anexo I no ofrecen, en principio, dudas, en el caso de los del Anexo II, corresponde a

(3) Asunto C-411/17, apt. 62.

(4) Esto no siempre sucede; véanse los asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA y Vereniging Leefmilieu contre College van gedeputeerde staten van Limburg y College van gedeputeerde staten van Gelderland*, ECLI:EU:C:2018:882.

(5) Téngase en cuenta que la Directiva 2014/52 modifica el art. 3 DEIA, de manera que es preciso analizar entre los efectos ambientales los «esperados derivados de la vulnerabilidad del proyecto ante riesgos de accidentes graves o de desastres que incidan en el proyecto de que se trate».

(6) Asunto C-411/17, apt. 71. El TJUE añadió que la circunstancia de que la ejecución de las referidas medidas exigiese, respecto de una de las dos centrales afectadas, la adopción de actos ulteriores, como la expedición de una nueva autorización individual de producción de electricidad con fines industriales, resultaba «intrascendente».

los Estados miembros determinar criterios y umbrales, de acuerdo con su naturaleza, dimensiones y localización (7). La aplicación de la DEIA y la jurisprudencia demuestran que, a la hora de establecer umbrales, los Estados miembros suelen sobrepasar su margen de apreciación, bien porque sólo tienen en cuenta algunos de los criterios del anexo III, bien porque exceptúan algunos proyectos de antemano (8).

5. En el asunto que aquí se comenta, el TJUE quiso dejar aclarado que la DEIA no exigía que cualquier proyecto se sometiese a EIA, sino solamente los enumerados en los anexos I y II DEIA. En el caso de las centrales nucleares no había duda alguna de su inclusión en el Anexo I DEIA («[c]entrales nucleares y otros reactores nucleares, *incluidos el desmantelamiento o la puesta fuera de servicio definitivo* de tales centrales y reactores») (9). Por su parte, el mismo anexo I.24 se refiere a «cualquier modificación o extensión de un proyecto consignado en el presente anexo [I], cuando dicha modificación o extensión cumple, por sí sola, los posibles umbrales establecidos en el presente anexo», mientras que el Anexo II.13 incluye «cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el anexo I o en este anexo [II], ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución, que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente (modificación o *extensión no recogidas en el anexo I*)» (10). Para el TJUE resultaba claro que el Anexo I.24 hacía referencia a las modificaciones o extensiones de un proyecto que, especialmente por su carácter o su magnitud, entrañaban un riesgo de repercusiones sobre el medio ambiente «similar» al del propio proyecto (11). En el asunto las medidas contempladas prorrogaban, «por un período *significativo* de diez años», la validez de la autorización de producción de electricidad con fines industriales por las dos centrales afectadas, limitada anteriormente a cuarenta años, en combinación con importantes trabajos de renovación necesarios por tratarse de unas centrales «vetustas» y por la obligación de ajustarlas a las normas de seguridad. En consecuencia, tales medidas debían ser consideradas de una magnitud comparable a la del arranque inicial de dichas centrales en cuanto al riesgo

(7) Arts. 2.1 y 4.2 DEIA, respectivamente; criterios desglosados en el Anexo III DEIA.

(8) Véase COM(2009)378 final, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación y eficacia de la Directiva EIA (Directiva 85/337/CEE del Consejo, modificada por las Directivas 97/11/CE y 2003/35/CE), pág. 5.

(9) Anexo I.2.b) DEIA, cursiva añadida. la nota a pie 8 de este anexo aclara que las centrales nucleares y otros reactores nucleares «dejan de considerarse como tales instalaciones cuando la totalidad del combustible nuclear y de otros elementos radiactivamente contaminados haya sido retirada de modo definitivo del lugar de la instalación».

(10) Cursiva añadida.

(11) Asunto C-411/17, apt. 28.

de repercusiones medioambientales(12). Aunque el TJUE no desarrolló en mayor detalle esta cuestión, es apreciable que en su sentencia pesó que se trataba de unas centrales de la década de los años setenta del siglo pasado y que respondían a una tecnología que requería de importantes inversiones para poder habilitarlas de nuevo para la producción de energía eléctrica(13).

6. Un elemento añadido a la obligación de EIA derivaba de la perspectiva transfronteriza del proyecto. Esta cuestión ya había sido considerada por el TJUE en un asunto contra Bélgica, al afirmar que el hecho de que una instalación se ubicase lejos de la frontera entre varios Estados miembros no la excluía de las obligaciones de la Directiva(14). y, cabe añadir, del Convenio de evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo.

2. Momento de realización de la EIA

7. La doctrina sobre el momento en que efectuar la EIA, teniendo en cuenta que los procedimientos decisorios pueden constar de varias fases, se encuentra consolidada. No obstante, otra cuestión diferente es su aplicación práctica. Como es bien sabido, la DEIA exige que los proyectos sujetos a EIA deban someterse a esta y a una autorización. Por cierto, que la dicción del art. 2 DEIA no ha variado el orden de enunciación de los requisitos, 1) la autorización y 2) la EIA, lo que no se corresponde con el carácter preventivo de la segunda. Sea como fuere, el TJUE ha mantenido que el carácter previo de EIA se justifica, lógicamente, por la necesidad de que, en el proceso de decisión, la autoridad competente tenga en cuenta lo antes posible las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y de decisión, siendo el objetivo evitar, desde el principio, causar contaminación o daños, más que combatir posteriormente sus efectos.

(12) Asunto C-411/17, apt. 79.

(13) En el caso español, las centrales de José Cabrera (Zorita) (en proceso de desmantelamiento), Vandellós I (ya desmantelada) y Santa María de Garoña (en proceso de desmantelamiento) (se pusieron en marcha entre 1968 y 1970. Entre 1980 y 1989 iniciaron su actividad las centrales de Almaraz, Ascó, Cofrentes, Vandellós II y Trillo. En la actualidad, la planta más antigua en activo es Almaraz (su actividad se inició en 1981). Véase la Instrucción IS-22, revisión 1, de 15 de noviembre de 2017, del Consejo de Seguridad Nuclear, sobre requisitos de seguridad para la gestión del envejecimiento y la operación a largo plazo de centrales nucleares.

(14) Asunto C-133/94, *Comisión v. Bélgica*, ECLI:EU:C:1996:181, apt. 53. Según el TJUE, el argumento de que sólo los proyectos localizados en las regiones fronterizas podían afectar al medio ambiente de otro Estado miembro era erróneo, porque no tenía en cuenta la posibilidad de contaminación a través del aire o del agua.

8. Ahora bien, por lo que se refiere al procedimiento de autorización, el TJUE no ha cuestionado que pueda constar de varias fases. En este caso la EIA debe efectuarse, en principio, tan pronto como sea posible identificar y evaluar todos los efectos que dicho proyecto pueda producir en el medio ambiente» (15). La justificación de la prontitud del análisis ambiental radica en el carácter preventivo de la EIA. La jurisprudencia del TJUE ha introducido como criterio de examen de las fases procedimentales la incidencia de alguna de ellas sobre las ulteriores. De esta manera, si se está ante una decisión principal y otra de ejecución, vinculada por la primera, esto es, que no pueda «ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal», los efectos ambientales deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la principal. Alternativamente, «[s]olo en el supuesto de que los referidos efectos *únicamente* sean identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante este último procedimiento» (16). A pesar de esta posibilidad (ciertamente restrictiva) que abre el TJUE (advértanse los dos adverbios en una misma frase), la jurisprudencia apunta con claridad a que la EIA deba efectuarse en los primeros estadios de un proceso decisonal. Las posibles dificultades para identificar (todos) los efectos no pueden militar a favor de una postergación del análisis, sobre todo si una previa autorización ya predetermina con un grado necesario, aunque no enteramente completo, de vinculación, lo que ulteriormente pueda hacerse en un estadio ulterior.

9. En el asunto que aquí se comenta, el TJUE dejó en manos del juez estatal concluir si la Ley de 2015 equivalía a una autorización en el sentido de la DEIA. No obstante, esta declaración resultaba retórica. En efecto, el primero no quiso dejar pasar la oportunidad para afirmar que la ley establecía «de manera precisa y sin condiciones», por un lado, el reinicio, por un período de casi diez años, de la producción de electricidad de una central nuclear que había sido cerrada, con el consecuente diferimiento de diez años de la fecha que el legislador nacional había fijado inicialmente para su desactivación y la finalización de su producción de electricidad, y, por otro lado, el diferimiento, también por diez años, de la fecha inicialmente fijada por el legislador nacional para el cese de la producción industrial de electricidad de una central en funcionamiento. Aunque la ejecución de esas medidas precisaba de la adopción de actos ulteriores, «en el marco de un proceso complejo y regulado», no era menos cierto que, una vez adoptadas por el legislador nacional, ya no se contemplaba a priori la posibilidad

(15) Asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells contra Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, ECLI:EU:C:2004:12, apt. 52.

(16) Asunto C-411/17, apt. 86, cursiva añadida.

de que las referidas medidas, que definían las características «esenciales» del proyecto, fuesen discutidas o cuestionadas (17). En consecuencia, en palabras del TJUE:

«La circunstancia de que la ejecución de ese proyecto requiera la expedición, para una de las dos centrales afectadas, de una nueva autorización individual de producción de electricidad con fines industriales, por su parte, no puede justificar que no se efectúe una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente hasta que no se haya adoptado la citada Ley» (18).

«Por lo que respecta a la cuestión de si la evaluación de impacto ambiental debía tener por objeto también los trabajos indisociablemente ligados a las medidas controvertidas en el litigio principal, la respuesta sería afirmativa en caso de que tanto esos trabajos como sus efectos potenciales en el medio ambiente fueran suficientemente identificables en esa fase del procedimiento de autorización, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente» (19).

10. Aparte de los anteriores extremos, para el TJUE resultó fundamental que el Parlamento belga hubiese conocido tanto la naturaleza como el importe de los trabajos requeridos por las medidas contempladas en la ley de 2015 «antes» de que esta fuera adoptada, lo que incluía una cuestión no precisamente menor, a saber, el volumen de residuos radiactivos que podía ser generado por las medidas controvertidas en el litigio principal (20).

3. La posibilidad de eximir el proyecto de EIA con fundamento en la necesidad de garantizar el suministro eléctrico

11. A pesar del, en principio, gran número de proyectos que pueden verse sujetos a EIA (21), la DEIA ya previó en 1985 la posibilidad de ex-

(17) Asunto C-411/17, apts. 87-88.

(18) Asunto C-411/17, apt. 89.

(19) Asunto C-411/17, apt. 92.

(20) Asunto C-411/17, apt. 89. Los residuos a generar eran 350 m³.

(21) Téngase en cuenta que la definición de proyectos del Anexo II depende de tres criterios que deben ser empleados de manera conjunta (naturaleza, dimensiones y localización). Está por hacerse un estudio completo de la situación en los Estados miembros para calibrar si se cumple con esta obligación.

cluir, en todo o en parte, a un proyecto de este requisito. Ciertamente es que de la abierta redacción del art. 2.3 DEIA se ha pasado a otra más ceñida (22).

Tabla 1
Exclusiones de la aplicación de la DEIA

Directiva 85/337, art. 2.3	Directiva 2011/92 (tras su modificación por la Directiva 2014/52), art. 2.4
3. En casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva todo o parte de un proyecto específico. En tal caso, los Estados miembros:	4. Sin perjuicio del artículo 7, los Estados miembros, en casos excepcionales y siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva, podrán excluir un proyecto específico de las disposiciones de la presente Directiva si su aplicación fuera a tener efectos perjudiciales para la finalidad del proyecto. En tal caso, los Estados miembros:
a) examinarán la conveniencia de otra forma de evaluación y si procede poner a disposición del público las informaciones así recogidas;	a) examinarán la conveniencia de otra forma de evaluación;
b) pondrán a disposición del público interesado las informaciones relativas a dicha exención y las razones por las cuales ha sido concedida;	b) pondrán a disposición del público afectado la información recogida con arreglo a otras formas de evaluación mencionadas en la letra a), la información relativa a la decisión sobre dicha excepción y las razones por las cuales ha sido concedida;
c) informarán a la comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales.»	c) informarán a la Comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales.»

12. Como resulta apreciable, la DEIA exige que se cumplan sus objetivos, lo que requiere un análisis de los efectos ambientales del pro-

(22) El art. 2.3 de la DEIA indicaba, en su redacción original: «En casos excepcionales, los Estados miembros podrán exceptuar de la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva todo o parte de un proyecto específico».

yecto. En segundo término, la invocación de una excepción solo resulta posible si la aplicación de la DEIA implica un perjuicio para los objetivos del proyecto, por lo que la carga de la prueba requiere superar este umbral. Esta segunda circunstancia limita también la aplicación de una excepción, en la medida en que la DEIA persigue tal análisis de efectos ambientales. Para poder acudir a una salvedad debería tratarse de un proyecto que, entre otras cuestiones, no debiese quedar abierto al escrutinio público o, en su caso, a todo el rango de elementos ambientales a examinar.

13. La DEIA no deja en manos de los Estados miembros la decisión de exclusión sin cumplimentar previamente algunas garantías. De ahí la concurrencia de una triple obligación de: a) examinar la conveniencia de *otra forma* de evaluación y si procede poner a disposición del público las informaciones así recogidas; b) poner a disposición del público interesado las informaciones relativas a dicha exención y las razones por las cuales ha sido concedida; y c) informar a la Comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales. Como ha indicado el TJUE, tales obligaciones no constituyen meras formalidades, sino requisitos destinados a que se cumplan, en la medida de lo posible, los objetivos de la Directiva EIA (23). Correlativamente constituyen elementos de control exigibles ante la jurisdicción estatal, pero también, en su caso, ante el TJUE, en la medida en que la Comisión puede comenzar el correspondiente procedimiento por infracción (24), junto con la solicitud de medidas cautelares. Estas, por cierto, están dejando de ser una *rara avis* procesal en materia ambiental, como lo pone de manifiesto la jurisprudencia del TJUE en los últimos años (25).

14. En el asunto que aquí se comenta, el TJUE afirmó que la DEIA solo permitía eximir un proyecto de EIA si el Estado miembro pudiese demostrar que el riesgo para la seguridad de suministro de electricidad invocado era «razonablemente probable» y que la urgencia del proyecto en cuestión justificase prescindir de la EIA. Ha de advertirse que estos requisitos se mencionan en la sentencia a los efectos de poder excluir un proyecto de EIA (con independencia de cumplimentarse las tres obligaciones antes referidas). Ahora bien, como se puede observar, el TJUE ciñe la capacidad de los Estados miembros para motivar la invocación de la

(23) Asunto C-411/17, apt. 99.

(24) Art. 258 TFUE.

(25) Asunto C-441/17 R, *Comisión v. Polonia*, ECLI:EU:C:2017:877; asunto C-573/08 R, *Comisión v. Italia*, ECLI:EU:C:2009:775; asunto C-76/08 R, *Comisión v. Malta*, ECLI:EU:C:2008:252.

exención. En otras palabras, no es posible invocar cualquier justificación a los efectos de superar el umbral que establece la DEIA. En el análisis que llevó a cabo el TJUE, la justificación del suministro eléctrico no bastaba por sí misma, sino que era preciso («solo») que el riesgo para el suministro fuese probable y urgente. Un análisis de tales requisitos plantea algunos comentarios. El primero de ellos no resulta muy exigente, en la medida en que el TJUE, quizás para no imponer una pesada carga a los Estados miembros, solo se refirió en términos de «razonabilidad» o, en otras palabras, de una decisión que hubiese tenido en cuenta un adecuado balance entre bienes jurídicos. El segundo criterio empleado por el TJUE resulta más complejo de acreditar. En efecto, la urgencia no puede esgrimirse de cualquier manera, sobre todo cuando se trata de procesos decisorios que pueden durar varios años. Calibrada con la realización de una EIA, la mera invocación de la urgencia no resultaría suficiente.

4. La naturaleza de la ley que prorrogaba la Directiva a los efectos de la EIA

15. La excepción genérica que antes se ha considerado no es la única que menciona la DEIA. En efecto, desde 1985 el legislador de la UE contempló la posibilidad de que los Estados miembros excluyesen un acto legislativo de su ámbito de aplicación. No obstante, la norma que contempla esta cuestión ha sufrido alguna alteración.

Tabla 2

Actos legislativos y EIA

Directiva 85/337	Directiva 2011/92 (tras su modificación por la Directiva 2014/52)
«5. La presente Directiva no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo.»	«5. Sin perjuicio del artículo 7, en los casos en los que se apruebe un proyecto mediante un acto legislativo nacional específico y siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva, los Estados miembros podrán excluir dicho proyecto de las disposiciones de la presente Directiva relacionadas con la consulta pública.»

16. En el asunto que se comenta una de las cuestiones prejudiciales planteó si la ley belga de 2015 constituía un acto legislativo nacional espe-

cífico en el sentido de la DEIA. A pesar de que el TJUE no ha definido qué abarca la locución de «acto legislativo» (v.g., leyes y, en su caso, normas con rango de ley) su jurisprudencia no ofrece dudas respecto de la aplicación de la DEIA. Así, se exige que el proyecto que se adopte mediante un acto legislativo específico presente las mismas características que una autorización, es decir, ha de otorgar al titular del proyecto el derecho a realizarlo. Segundo, el proyecto debe ser detallado. En otras palabras, debe ser lo suficientemente preciso y definitivo, conteniendo «todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, una vez tomados en consideración por el legislador». Tercero, el legislador debe disponer de información suficiente en el momento de aprobar el proyecto en cuestión. Lo anterior implica que la información a proporcionar debe contener «al menos» una descripción que incluya información relativa a su emplazamiento, diseño y tamaño, una descripción de las medidas previstas para evitar, reducir y, si fuera posible, compensar, los efectos adversos significativos, así como de los datos requeridos para identificar y evaluar los principales efectos que el proyecto pueda tener en el medio ambiente, una exposición sucinta de las principales alternativas estudiadas por el titular del proyecto y una indicación de las principales razones de su elección a la vista de las repercusiones sobre el medio ambiente, así como un resumen no técnico de toda esta información (26).

17. Como se puede comprobar, la posible excepción de la DEIA no es tal, ya que ha de efectuarse una EIA en el propio procedimiento legislativo. Aplicando al caso la anterior jurisprudencia, el TJUE llegó a la conclusión de que no había conocimiento de la información básica, tanto de las medidas controvertidas, como respecto de los trabajos indisolublemente ligados a tales medidas. Además, la ley constituía en realidad «meramente» una primera etapa del proceso de autorización del proyecto, por lo que no se cumplía el requisito de haber sido adoptado en detalle mediante un acto legislativo «específico» (27).

5. La aplicación del requisito de evaluación de la Directiva de Hábitats

5.1. REITERACIÓN DE LOS REQUISITOS GENERALES DE EVALUACIÓN Y APLICACIÓN AL PROYECTO CONTEMPLADO

18. Teniendo en cuenta la entidad de los trabajos no resultó extraño que surgiese la aplicación de la DH, considerando también la trascendencia que está adquiriendo su mecanismo de evaluación de impacto. En

(26) Asunto C-411/17, apt. 129.

(27) Asunto C-411/17, apt. 113.

efecto, a diferencia de la DEIA, la DH exige una evaluación positiva para poder ejecutar un proyecto (a salvo de la invocación de una serie de excepciones). De ahí que el juez estatal preguntase si unas medidas como las previstas en el asunto constituían un plan o un proyecto que debía ser objeto de EIA bajo la DH, y si la EIA debía efectuarse antes de que el legislador adoptase tales medidas.

19. El TJUE también adoptó una postura didáctica sobre los requisitos generales de la EIA, tanto en lo relativo a su exigencia como a las formalidades. Aparte de lo anterior, el TJUE confirmó que las medidas objeto del asunto entraban en la noción de proyecto de la DEIA y, con mayor motivo, en la DH(28), y que el proyecto no guardaba relación con la gestión del lugar natura 2000 ni (lógicamente) era necesario para dicha gestión.

20. Quedaba, no obstante, por considerar el caso de las actividades «recurrentes», esto es, aquellas que se repiten en el tiempo (v.g., dragados o actividades agrícolas) y que ya han sido consideradas por el TJUE en asuntos anteriores(29). Para este, el hecho de que una actividad recurrente hubiese sido autorizada antes de la entrada en vigor de la DH no constituía, en sí mismo, un obstáculo para que pudiese considerarse, «con motivo de cada intervención ulterior», un proyecto distinto a efectos de la Directiva. El criterio empleado por el TJUE ha sido el de la persistencia, de manera que ciertas actividades constituyan una operación única y, de esta manera, considerarse un mismo proyecto. Si no acontece tal continuidad e identidad, no puede hablarse de una sola actividad sino de varias. En el supuesto de las centrales nucleares, su actividad no se iba a llevar a cabo en condiciones de ejecución idénticas a las inicialmente autorizadas, aunque solo fuese porque tanto los conocimientos científicos como las nuevas normas de seguridad aplicables habían evolucionado, y estas últimas justificaban la realización de trabajos de modernización de un volumen considerable. Aunque lo anterior resultaba consistente con la propia jurisprudencia del TJUE, este quiso despejar también la cuestión de la intervención del legislador para autorizar el proyecto lo que, en su opinión, carecía de incidencia, ya que la DH no recoge una excepción paralela a la de la DEIA en materia de actos legislativos.

(28) Asunto C-411/17, apt. 123. Véanse los asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *supra* nota 3, apts. 65-66.

(29) GARCÍA URETA, Agustín, «Nitrogen depositions, agriculture undertakings and Natura 2000. Comments on Joined Cases C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 November 2018», *Environmental Liability*, 2019, págs. 126-136.

Véanse el asunto C-226/08, *Stadt Papenburg v. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:10, y los asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *supra* nota 3.

5.2. RIESGO SOBRE LOS LUGARES NATURA 2000 Y MOMENTO EN EL QUE EFECTUAR LA EIA

21. En este punto, el TJUE consideró, de acuerdo con su jurisprudencia sobre el riesgo (afección a los objetivos de conservación del lugar) si el proyecto acarrea tal probabilidad. Si la consideración de tales objetivos se desprende de la literalidad del art. 6.3 DH («se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar»), hay que señalar que la EIA debe examinar los efectos en hábitats y especies, pero con independencia de objetivos que aun relacionados con elementos de la realidad (fáctica, se entiende) corresponden a una decisión administrativa, por más que aquella deba cumplir con los generales que determina la Directiva, caso del «mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los hábitats naturales y de las especies silvestres de la fauna y de la flora de interés comunitario». En este punto, la obligación de evaluación resulta más difuminada que en el caso de la DEIA, que tiene en cuenta básicamente la afección ambiental(30).

22. En el caso que aquí se comenta el TJUE no pudo menos que afirmar que era patente que el proyecto, tanto por el volumen de los trabajos que implicaba como por la duración prevista de la prórroga de la actividad, podía comprometer los objetivos de conservación de los lugares situados en las inmediaciones, aunque solo fuese por el propio modo de funcionamiento de las centrales y, en particular, por la captación de grandes masas de agua del río cercano destinadas al sistema de refrigeración y por la expulsión de esas masas de agua(31), pero también por el riesgo de accidente grave que llevaba consigo el expresado proyecto(32).

23. En segundo lugar, el TJUE afirmó que las medidas previstas debían someterse a tal EIA antes de ser adoptadas por el legislador. La circunstancia de que la ejecución de aquellas implicase actos ulteriores, como la expedición, para una de las centrales afectadas, de una nueva autorización individual, no resultaba determinante. Los trabajos indisolublemente ligados a esas medidas también debían ser objeto de EIA antes de la adopción de estas últimas si su naturaleza y sus efectos potenciales en los lugares protegidos eran suficientemente identificables en esa fase(33), extremo que correspondía verificar al órgano jurisdiccional remitente.

(30) Art. 3 DEIA.

(31) Véase también el asunto C-142/16, *Comisión v. Alemania*, ECLI:EU:C:2017:301.

(32) asunto C-411/17, apt. 137.

(33) Esta concreta apreciación se dejó en manos del juez remitente.

6. Las excepciones invocables para ejecutar un proyecto a pesar de contar con una EIA negativa. El caso del suministro eléctrico

24. Como es bien sabido, la DH permite que se pueda ejecutar un proyecto a pesar de contar con una EIA negativa. Para ello, a falta de soluciones alternativas, el art. 6.4 DH enumera una serie de justificaciones, dependiendo de la ausencia de hábitats o especies prioritarios. En el primer caso, son invocables razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de índole social o económica. En el segundo supuesto solo se pueden alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, «otras» razones imperiosas de interés público de primer orden. Estas justificaciones han sido objeto de examen sobre todo en los sucesivos, aunque, de manera llamativa, escasos, dictámenes de la Comisión Europea (34).

25. El TJUE planteó una discrepancia directa con lo señalado en la cuestión prejudicial. Así como esta había asumido que los estudios y las audiencias llevados a cabo en la tramitación del procedimiento de adopción de las medidas controvertidas habían permitido realizar una EIA conforme a la DH, aquel afirmó que no constaba que esos estudios y audiencias lo hubiesen permitido. El añadido de que incumbía al juez estatal verificar si podía considerarse que tal evaluación satisfacía las exigencias de la DH era, en realidad, una formalidad del mecanismo de colaboración judicial bajo el art. 267 TFUE.

26. Más interés puede tener en la sentencia si el objetivo de garantizar la seguridad de suministro de electricidad de un Estado miembro constituía una razón imperativa de interés público de primer orden (art. 6.4, primer párrafo) DH. En este punto, como en otros de la sentencia, la posición del TJUE fue didáctica, al recordar que el interés que podía justificar la realización de un plan o de un proyecto debía ser a la vez «público» y «de primer orden», es decir, de tal importancia que pudiese ponderarse con el objetivo de conservación de los hábitats naturales, de la fauna, incluida la avifauna, y de la flora silvestre. De hecho, el TJUE ya había señalado anteriormente que las obras destinadas a la implantación o a la ampliación de una empresa no responden «por principio» a

(34) Sobre este mecanismo puede verse KRÄMER, Ludwig, «The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive» (2009) en *Journal of Environmental Law* 59-85; GARCÍA URETA, A., «Habitats and Environmental Assessment of Plans and Projects», (2007) en *Journal of European Planning and Environment Law* 91-96. MCGILLIVRAY, Donald, «Compensatory measures under Article 6(4) of the habitats Directive: no net loss for Natura 2000», en HUBERT-BORN, Charles, *The Habitats Directive After 20 Years: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, págs. 101-118.

esas condiciones más que en circunstancias excepcionales. Ahora bien, el TJUE no ha dejado definitivamente cerrada la posibilidad de que proyectos privados puedan ampararse en las cláusulas del interés público, al señalar que «[n]o puede excluirse que concurren esas condiciones cuando un proyecto, aun siendo de naturaleza privada, presente realmente, por su propia naturaleza y a la vez por el contexto económico y social en el que se inserta, un interés público de primer orden, siempre que se demuestre la falta de soluciones alternativas» (35). La primera condición («por su propia naturaleza») no se llega a comprender. En efecto, un proyecto privado tiene por objeto la consecución de intereses particulares, lo que se enmarca en una economía de libre mercado que, por cierto, es una de las bases de la UE. Debido al estricto tenor de la DH, la jurisprudencia del TJUE debería haber exigido un vínculo directo entre el proyecto privado y sus derivaciones y efectos públicos y no meramente mediato.

27. Para justificar la posible invocación del abastecimiento energético, el TJUE recordó, por una parte, su mención en el art. 194.1.b) TFUE (36) y, en segundo lugar, su ubicación, si bien no expresa, entre las justificaciones de la DH. Ahora bien, el TJUE cualificó su posible aplicación en el supuesto de estarse ante hábitats o especies prioritarios, ya que solo la necesidad de evitar una amenaza «real y grave» de corte del suministro eléctrico del Estado miembro afectado podía constituir una razón de seguridad pública que justificase la realización del proyecto. Si se analiza con un cierto detenimiento la afirmación del TJUE puede llegarse a la conclusión de que no constituye una creación judicial. En efecto, todas las justificaciones de la DH deben verificarse. En otras palabras, la mera invocación de una eventual razón imperiosa no es suficiente a los efectos de salvar el escollo de a) una EIA negativa y b) la ausencia de alternativas. Resulta lógica esta conclusión, en la medida en que la invocación de una justificación tiene que ser lo suficientemente consistente como para superar la protección de los bienes jurídicos que ampara la DH. El segundo criterio empleado por el TJUE (la gravedad) tampoco ofrece mayores dificultades, ya que habrá sido necesario demostrar la inexistencia de alternativas que puedan ofrecer otras vías para evitar la invocación de una justificación pero, correlativamente, la ejecución de un proyecto contando con una EIA negativa. Sobre esta cuestión se vuelve en el siguiente epígrafe.

(35) Asunto C-182/10, *Solvay v. Région wallonne*, ECLI:EU:C:2012:82, apt. 77.

(36) Art. 194.1.b) TFUE: «1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros: b) garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión».

7. Mantenimiento en el tiempo de medidas contrarias a la DH y regularización

28. Una de las lagunas más llamativas (e importantes) en la DEIA y DH es que no determinan las consecuencias derivadas de un incumplimiento de sus obligaciones. El legislador de la UE ha evitado en los treinta y un años de vigencia de la DEIA, los veintisiete de la DH y los dieciocho de la Directiva 2001/42 (planes) entrar a regular esta cuestión. De manera especulativa podría quizás señalarse que ha optado porque sea cada Estado miembro el que, de acuerdo con su sistema procesal, determine esta cuestión, sorteando así posibles quejas de injerencia de la UE en sus sistemas jurídicos. Claro está que una ausencia de pautas comunes implica diferentes enfoques. El TJUE tampoco ayuda con una doctrina que, de manera discutible, ha establecido algunos (indeterminados) principios que pueden ser de escasa asistencia para el juez estatal. En efecto, por una parte, ha señalado cuestiones generales sobre la «regularización» de las evaluaciones, sin justificar debidamente sus afirmaciones(37). En segundo término, ha trasladado al juez estatal una nada sencilla ponderación de aspectos (lo que no se reduce solo a las regularizaciones bajo la DEIA)(38). Según el TJUE, el Derecho de la UE no puede oponerse a que las normas nacionales aplicables permitan, en determinados casos, regularizar operaciones o actos que son irregulares desde el punto de vista del Derecho comunitario. Tal posibilidad debe quedar supeditada a la condición de que no ofrezca a los interesados la oportunidad de eludir las normas europeas o de verse dispensados de su aplicación y, de que dicha posibilidad siga siendo excepcional(39). Como resulta apreciable el TJUE no ha explicado el por qué de la autolimitación del Derecho de UE, en qué concretos casos se puede llevar a cabo una regularización, qué implica eludir la aplicación de la DEIA, si es posible «cuadrar el círculo» de llevar a cabo una EIA *ex post* y cumplir con la normativa de la UE o, en última instancia, cuándo la excepción es tal excepción (valga la redundancia). Según el TJUE:

«[E]l Derecho de la Unión no se opone a que se efectúe una evaluación de ese impacto para regularizarla, durante la

(37) GARCÍA URETA, Agustín, «The regularisation of environmental impact assessments in the case law of the European Court of Justice», en *Environmental Liability*, 2018, págs. 43-52.

(38) Véase en el caso de la DH, el asunto C-399/14, *Grüne Liga Sachsen eV v. Freistaat Sachsen*, ECLI:EU:C:2016:10.

(39) Asunto C-215/06, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:2008:380, apt. 57; Asunto C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL, Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2019:622, apts. 175-176.

ejecución del proyecto o incluso una vez realizado este, siempre que se cumpla el doble requisito de que, por un lado, las normas nacionales que permiten esa regularización no ofrecen a los interesados la oportunidad de eludir las normas del Derecho de la Unión o de verse dispensados de su aplicación y, por otro, que la evaluación efectuada para regularizarla no abarque únicamente el impacto ambiental futuro de ese proyecto, sino que tenga en cuenta también el impacto ambiental ocasionado desde su realización» (40).

29. El alcance de esta doctrina es tal que el TJUE no ha tenido reparo en aplicarla, por primera vez y en el asunto que aquí se comenta, a la DH. Queda por ver si esta doctrina será extensible a la evaluación de impacto estratégica.

30. Aparte de lo anterior, el TJUE sigue manteniendo la posición general de que todas autoridades estatales competentes están obligadas a adoptar, en el marco de sus competencias, todas las medidas necesarias para poner remedio a la omisión de una EIA, por ejemplo, retirando o suspendiendo una autorización ya concedida, con vistas a efectuar tal evaluación. La locución de «todas» las autoridades, lógicamente incluye a las judiciales. En el caso que aquí se comenta, el TJUE precisó, tras recordar los principios de equivalencia y efectividad, que aquellas «*deben adoptar, sobre la base de su ordenamiento nacional*, medidas dirigidas a la suspensión o a la anulación de un proyecto que haya sido adoptado sin cumplir la obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental» (41).

31. La dicción del anterior texto de la sentencia tiene interés por dos motivos. En primer lugar, por el recordatorio, no menor, de una obligación y, segundo término, porque el TJUE se remitió al derecho procesal de los Estados miembros. Esto implica que, en principio, como sucede con el sistema de medidas cautelares que contempla la Ley 29/1998, el juez no las pueda adoptar de oficio (42). Ahora bien, una vez solicitadas (y verificada la incorrecta o ausente EIA), al juez estatal no le queda otro remedio que suspender el proyecto con la finalidad de que se lleve a cabo la EIA. Esta circunstancia viene a imponerse sobre la doctrina del Tribunal Supremo (43), de que la concesión de tal medida cautelar resolvería

(40) Asuntos acumulados C-196/16 y C-197/16, *Comune di Corridonia v. Provincia di Macerata, Provincia di Macerata Settore 10 – Ambiente*, ECLI: EU:C:2017:589, apts. 37-38.

(41) cursiva añadida.

(42) Art. 129.1 LJCA.

(43) Véase el ATS de 13 de julio de 2009, ECLI: ES:TS:2009:10431A; para una crítica de la posición del Tribunal Supremo puede verse GARCÍA URETA, Agustín, «The Habitats Directive and jails: why the Spanish Supreme Court has got it wrong», *Environmental Liability*, 2011, págs. 53-62

el fondo de un recurso contra un proyecto de construcción (por falta de EIA), por lo que no podría acceder a tal solicitud. Hay que entender, por tanto, que, ante la ausencia o incorrecta realización de una EIA, el juez está compelido a garantizar las obligaciones de la DEIA y DH, lo que implica, al menos, la suspensión del correspondiente proyecto (o plan, si sujeto a la segunda directiva).

32. La sentencia del TJUE consideró un último aspecto, a saber, el relativo a su capacidad de suspensión provisional de los efectos del Derecho de la UE sobre una norma contraria a este ordenamiento jurídico. Los pilares doctrinales sobre esta cuestión han sido ya elaborados por el TJUE en varios planos. Primero, solo le corresponde a él tal suspensión, debido a la aplicación uniforme del Derecho de la UE (44). Ahora bien, el TJUE puede autorizar «excepcionalmente» a un órgano jurisdiccional nacional, por causa de la existencia de una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, a que aplique una disposición estatal para mantener determinados efectos de un acto nacional anulado, pero siempre que se cumplan ciertos requisitos.

- a) El acto nacional impugnado ha de constituir una medida de transposición adecuada de la normativa europea.
- b) Es necesario que la adopción y la entrada en vigor de un nuevo acto nacional no permitan evitar los efectos perjudiciales en el medio ambiente que se deriven de la anulación del acto impugnado.
- c) La anulación del acto debe tener como consecuencia crear un vacío legal por lo que respecta a la transposición de la normativa de la UE que resulte perjudicial para el medio ambiente.
- d) El mantenimiento excepcional de los efectos de tal acto sólo debe cubrir el tiempo estrictamente necesario para que se adopten las medidas que subsanen la irregularidad declarada (45).

33. En el asunto que aquí se comenta, el TJUE afirmó que solo le competía a él determinar las condiciones en las que podía estar justificado excepcionalmente mantener los efectos de las medidas controvertidas por consideraciones imperiosas ligadas a la seguridad de suministro de electricidad de Bélgica. El TJUE añadió:

(44) Asunto C-379/15, *Association France Nature Environnement v. Premier ministre, Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie*, ECLI:EU:C:2016:603, apt. 33. Véase el comentario de SOWERY, Katy, «Reconciling primacy and environmental protection: Association France Nature Environnement», *Common Market Law Review*, 2017, págs. 1157-1177

(45) Asunto C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Terre wallonne ASBL v. Région wallonne*, ECLI:EU:C:2012:103, apts. 57-62.

«A este respecto, tales consideraciones pueden justificar el mantenimiento de los efectos de medidas nacionales que se han adoptado incumpliendo las obligaciones que se derivan de las Directivas EIA y hábitats *solamente* si, en la hipótesis de una anulación o una suspensión de los efectos de esas medidas, existiera una amenaza real y grave de corte del suministro eléctrico del Estado miembro afectado a la que no se pudiera hacer frente *por otros medios y mediante otras alternativas*, en particular en el marco del mercado interior» (46).

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si, habida cuenta de los otros medios y alternativas de los que dispone el Estado miembro afectado para garantizar el suministro eléctrico en su territorio, está justificado, de este modo, el mantenimiento excepcional de los efectos de las medidas impugnadas en la instancia por la necesidad de hacer frente a una amenaza de esa clase.»

34. Si se observa con cierto detenimiento las anteriores afirmaciones, el TJUE solo se está refiriendo en términos de hipótesis. Lo que inicialmente constituiría una aceptación de que, en las condiciones del asunto, era posible el mantenimiento de las medidas estatales, se pone en duda a la luz de la segunda parte de la argumentación. En efecto, como antes se ha señalado, la posible invocación de una justificación bajo el art. 6.4 DH queda subordinada a la previa inexistencia de alternativas. La respuesta del TJUE viene a cuestionar precisamente tal ausencia, si bien esta vez a los efectos de autorizar el mantenimiento de las medidas que habían dado lugar al litigio principal. Con todo, en el contexto del art. 6 (apartados 3 y 4) DH las apreciaciones del TJUE arriba citadas tenían también importancia, al corresponder a las autoridades belgas haber justificado la imposibilidad de recurrir al suministro energético proveniente de otro(s) Estado(s) miembro(s), impidiendo así recurrir a la seguridad del suministro. La respuesta del TJUE también vendría a cuestionar la invocación de cuestiones atinentes a la seguridad «nacional» de un Estados miembro en un mercado interior europeo de la energía.

III. Comentarios conclusivos

35. El asunto aquí examinado no se aparta de una jurisprudencia asentada en materia de evaluación de proyectos, tanto en relación con la DEIA como con la DH. Con todo, la importancia del caso no se puede ig-

(46) Asunto C-411/17, apt. 179.

norar por varios motivos. En primer lugar, por la entidad de los trabajos previstos para las dos centrales nucleares y a la burda pretensión del legislador belga de soslayar las obligaciones de la DEIA y DH cuando, a la luz de los hechos, resultaba evidente que no era posible circunvalarlas. En segundo, lugar, el control judicial de la justificación invocable para poder ejecutar el proyecto en el contexto de la DH, la seguridad del suministro eléctrico, aspecto este que el TJUE viene a poner en cuestión al hacer mención a la existencia de un mercado único eléctrico. En tercer lugar, la ampliación de la poco elaborada doctrina sobre la regularización de las EIA y su ampliación, sin mayor explicación, a la DH. Esta circunstancia apunta a que también se terminará extendiendo a la Directiva 2001/42 (EIA estratégica). En cuarto y último lugar, el recordatorio, no menor, sobre la obligación del juez estatal de suspender aquellos proyectos que, debiendo estar sujetos a EIA, no lo hayan sido o, en su caso, se hayan sometido a una EIA incompleta. Esta circunstancia pone en cuestión, en el caso español, la doctrina denegatoria de tal medida cautelar por entender que con ello se adelantaría la resolución de la cuestión de fondo de un recurso contra un proyecto.

Bibliografía

- BORN, Charles-Hubert., «El juez europeo y la Directiva de impacto Ambiental: balance de treinta años», en GARCÍA URETA, Agustín, (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, 2016, págs. 9-28.
- GARCÍA URETA, Agustín, «Environmental assessment under the Habitats Directive: something other than a procedure?», en *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 2018, págs. 113-125.
- , «Nitrogen depositions, agriculture undertakings and Natura 2000. Comments on Joined Cases C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 November 2018», *Environmental Liability*, 2019, págs. 126-136.
- , «The regularisation of environmental impact assessments in the case law of the European Court of Justice», en *Environmental Liability*, 2018, págs. 43-52.
- , «The Habitats Directive and jails: why the Spanish Supreme Court has got it wrong», en *Environmental Liability*, 2011, págs. 53-62.
- , «Habitats and Environmental Assessment of Plans and Projects», (2007), en *Journal of European Planning and Environment Law* 91-96.
- KRÄMER, Ludwig, «The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive» (2009), en *Journal of Environmental Law* 59-85.

- MORENO MOLINA, Ángel., «Environmental Impact Assessment in EC Law; A Critical Appraisal», en Macrory, R., (ed.), *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006, págs. 43-59.
- MCGILLIVRAY, Donald, «Compensatory measures under Article 6(4) of the habitats Directive: no net loss for Natura 2000», en BORN, Charles-Hubert, *The Habitats Directive After 20 Years: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, págs. 101-118.
- SOWERY, Katy, «Reconciling primacy and environmental protection: Association France Nature Environnement», en *Common Market Law Review*, 2017, págs. 1157-1177.



La alta conflictividad sobre los tributos propios autonómicos ante el Tribunal Constitucional: un problema no resuelto

The large amount of cases before the Constitutional Court regarding regional taxation: an unresolved problem

JAVIER MORENO GARCÍA
Letrado del Gobierno Vasco
jj.moreno@euskadi.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.08>

LABURPENA: Kronika honek ematen du berri Estatuko eta tokiko zergekin zergapetze bikoitzaren debekuari buruzko Konstituzio Auzitegiak ebatzitako kasu ugarietaz, berrogeita hamar baino gehiago. Debeku hau AEFLoren 6. artikuluan kokatzen da. Hainbeste gatazkari aurre egiteko egindako lege-aldaketa hutseginari eta konstituzio-doktrinaren bilakaerari erreparatzen zaie, eta kasu paradigmatico batean, Extremadurako tributu beraren aurrean, Konstituzio Auzitegiaren 179/2006 eta 22/2015 epaiek Konstituzioaren kontrakotzat jo zuten, eta, aldiz, Konstituzio Auzitegiaren 120/2018 epaiak konstituzionaltasuna berretsi zuen.

HITZ GAKOAK: zerga propioak. Zergapetze bikoitzaren debekua.

ABSTRACT: This chronicle considers the large number of resolutions, more than fifty, delivered by the Constitutional court on the ban of double taxation of regional taxes in their overlapping with State and local taxation and that is contemplated in art. 6 LOFCA. It is noticed the unsuccessful legal amendment introduced to discourage such large amount of cases and the evolution of the constitutional doctrine with a paradigmatic case where the same tax from Extremadura was declared unconstitutional by judgments 197/2006 and 22/2015 and then the forthcoming judgment 120/2018 confirmed its constitutionality.

KEYWORDS: Regional taxes. Ban of double taxation.

RESUMEN: La presente crónica da cuenta del gran número de resoluciones, más de cincuenta, que ha dictado el Tribunal Constitucional en relación a la prohibición de doble tributación de los impuestos propios autonómicos en su solapamiento con los tributos estatal y locales y que se encuentra contemplada en el art. 6 LOFCA. Se repasa en la infructuosa modificación legal operada para po-

ner freno a tanta conflictividad y en el devenir de la doctrina constitucional, con un caso paradigmático en el que, ante el mismo tributo propio extremeño, las STC 179/2006 y 22/2015 declararon su inconstitucional y la posterior STC 120/2018 confirmó su constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Tributos propios. Prohibición de doble imposición tributaria.

Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Los tributos propios autonómicos: situación económica y jurídica.—II. La prohibición de doble imposición: el art. 6 LOFCA. Evolución legal y doctrina del TC. 1. Redacción inicial del art. 6 LOFCA. 2. La Ley Orgánica 3/2009: en tributos locales, de «materia imponible» a «hecho imponible» en el art. 6.3 LOFCA. 3. El informe de la Comisión de Expertos de 2017. 4. El impuesto de Extremadura sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y las SSTC 22/2015 y 120/2018. 5. En 2019 la conflictividad continúa.—III. Test de constitucionalidad de la doble imposición prohibida del art. 6 LOFCA: «hecho imponible».—IV. Actuales propuestas para finalizar con la conflictividad.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.—Anexo.

I. Los tributos propios autonómicos: situación económica y jurídica

Sabido es que los arts. 133.2 y 157.1.b de la Constitución reconocen a las Comunidades Autónomas la potestad de establecer sus propios tributos en el marco del principio de «autonomía financiera», lo que el Tribunal Constitucional (TC) refrenda como una atribución indispensable para la consecución de la autonomía política que la norma magna les confiere (1).

A su amparo, todas las CCAA han creado sus propios tributos autonómicos (2). Conforme a los datos ofrecidos por el portal institucional del Ministerio de Hacienda para 2018 (3), las CCAA en régimen común han adoptado 75 tributos propios con los que gravan aspectos relativos a (4):

—aguas: Cataluña, Galicia, Andalucía, Principado de Asturias, Cantabria, La Rioja, la Región de Murcia, Aragón, Canarias, Extremadura, las Illes Balears y Comunitat Valenciana.

(1) El TC así lo ha confirmado en varias ocasiones. Por todas, la STC 289/2000: «la autonomía financiera, como instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política, implica tanto la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos como su aptitud para acceder a un sistema adecuado —en términos de suficiencia— de ingresos, de acuerdo con los arts. 133.2 y 157.1 CE» (FJ 3).

(2) No vamos a diferenciar aquí su naturaleza de impuesto, tasa, contribución especial o, la más problemática doctrinalmente, de canon.

(3) El portal institucional del Ministerio dedica un apartado a estos tributos propios y contiene mucha información al respecto. Cfr. <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/Tributacion-autonomica-medidas-2018.aspx> y <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/tributospropiosautonomicos.aspx> [Consulta: noviembre de 2019].

(4) Se sigue aquí la clasificación realidad por el Ministerio en su informe de Tributación Autonómica, Medidas 2018, del cual interesa destacar también su Anexo IV. Disponible en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/Cap%20C3%ADtulo%20I%20Tributaci%C3%B3n%20Auton%C3%B3mica%202018.pdf> [Consulta: noviembre de 2019].

- residuos: Cataluña (tiene 4 impuestos sobre residuos), Galicia, Andalucía, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Extremadura, Madrid, Castilla y León y Comunitat Valenciana.
- emisión de gases a la atmósfera: Cataluña, Galicia, Andalucía, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha y Comunitat Valenciana.
- instalaciones o actividades, como producción de energía eléctrica (nuclear, eólica, solar, hidráulica), transporte y distribución de energía o redes de comunicaciones: Cataluña, Galicia, Principado de Asturias, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias (suspendida su aplicación), Extremadura, la Comunidad de Castilla y León y Comunitat Valenciana.
- grandes superficies comerciales: Cataluña, Principado de Asturias y Aragón.
- juego: Principado de Asturias, Región de Murcia, Illes Balears y Madrid.
- Otros como tierras infrutilizadas (Andalucía y Principado de Asturias), petróleo (Canarias), sobre las labores del tabaco (Canarias), aprovechamientos cinegéticos (Extremadura), bolsas de plástico (Andalucía), estancias turísticas (Cataluña e Illes Balears), viviendas vacías (Cataluña), bebidas azucaradas envasadas (Cataluña), activos no productivos (Cataluña).

La cantidad total recaudada en 2018 por todos ellos asciende, según la misma fuente ministerial, a 2.364.335.370 euros, siendo los conceptos por los que más se recaudan los referentes al agua y los asociados a la protección del medio ambiente, como puede comprobarse en la tabla 1 del Anexo. No obstante, la exacción es desigual entre las CCAA, como se constata en la tabla 2 del Anexo. Por ejemplo, las dos CCAA que más impuestos recaudan, Madrid y Cataluña, ocupan las posiciones de menor y mayor recaudación por este concepto, 4.930.850 y 678.981.000 euros respectivamente, lo que es una muestra de la capacidad autonómica que esta competencia ofrece para implantar diferentes políticas fiscales adaptadas a cada territorio.

No obstante, en términos generales se puede afirmar que estos tributos propios constituyen una forma muy residual de obtención de recursos para las CCAA, ya que solo llegan a suponer un 4% del total de la recaudación real. Una prueba más de que las CCAA en régimen común tienen una alta dependencia de las transferencias del Estado para hacer frente a sus gastos, tal y como ha reconocido el TC (5).

(5) La STC 13/1992 constata «como uno de los rasgos característicos del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas diseñado por la LOFCA en el marco de la Constitución, que la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas viene definida en el bloque de la constitucionalidad más por relación a la vertiente del gasto público —y si acaso a la de las tras-

Desde una visión más jurídica, esta potestad de las CCAA para crear sus tributos está sujeta a límites(6), los cuales se fijan, en un primer momento, por la propia Constitución bajo el requisito ineludible de ostentar competencia en la materia(7) y el sometimiento a los principios de autonomía, coordinación y solidaridad (art. 156.1 CE) y, después, por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y la doctrina del Alto Tribunal. Así, el art. 9 LOFCA contempla el respeto a los principios de territorialidad (STC 28/2019, FJ 9) y de libre circulación de personas, mercancías y servicios, y el TC ha recordado la corresponsabilidad en el sistema tributario (STC 204/2011) y ha ligado esta cuestión a la estabilidad presupuestaria (STC 53/2014). Sin embargo, nuestra atención se va a focalizar exclusivamente en el art. 6 LOFCA.

En este art. 6 LOFCA se regula la *prohibición de doble imposición tributaria*, de forma que un tributo autonómico no puede gravar lo ya fijado por el Estado(8) en un impuesto estatal (art. 6.2 LOFCA) o en uno local (art. 6.3 LOFCA).

Pues bien, las normas del art. 6 LOFCA que sustentan la existencia actual de 75 tributos propios van asociadas a 53 resoluciones del Tribunal Constitucional(9), de las cuales 45 son sentencias y ocho autos.

ferencias de ingresos procedentes de la Hacienda estatal y que constituyen un derecho de crédito frente a ésta a favor de las Haciendas autonómicas (las participaciones en los ingresos del Estado, las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial y las asignaciones complementarias que se establezcan en los Presupuestos Generales del Estado conectadas directamente a la prestación de los servicios públicos fundamentales de la competencia de las Comunidades Autónomas, e incluso, si así se prefiere, los tributos cedidos)— que por relación a la existencia y desarrollo de un sistema tributario propio con virtualidad y potencia recaudatoria suficientes para cubrir las necesidades financieras de la Hacienda autonómica. Se configura así un sistema de financiación apoyado en mecanismos financieros de transferencias desde el Estado» (FJ 7).

(6) Lo recoge bien la STC 49/1995, de 16 de febrero, FJ 4.

(7) STC 13/1992, FJ 7; o STC 37/1987, FJ 13.

(8) Esta prohibición no se aplica cuando la superposición tiene lugar entre los tributos estatales y locales, ya que, como insiste el TC, el art. 6 LOFCA prohíbe la doble imposición referida exclusivamente a los tributos autonómicos. En esos casos los parámetros de constitucionalidad residen en los principios tributarios de no confiscatoriedad y capacidad económica, para lo que el Alto Tribunal exige datos y argumentos que lo sustenten (AATC 69/2018 o 71/2008; SSTC 261/2003 o 14/1998).

(9) Las resoluciones del TC dictadas sobre el art. 6 LOFCA son las 53 siguientes: STC 87/2019, STC 43/2019, STC 28/2019, STC 22/2019, STC 4/2019, STC 120/2018, STC 94/2017, STC 74/2016, STC 202/2015, STC 108/2015, STC 111/2015, STC 102/2015, STC 26/2015, STC 30/2015, STC 22/2015, STC 110/2014, STC 71/2014, STC 53/2014, STC 200/2013, STC 96/2013, STC 85/2013, STC 60/2013, STC 208/2012, STC 210/2012, STC 197/2012, STC 196/2012, STC 122/2012, STC 35/2012, STC 32/2012, STC 184/2011, STC 179/2006, STC 242/2004, STC 168/2004, STC 156/2004, STC 289/2000, STC 74/2000, STC 233/1999, STC 176/1999, STC 14/1998, STC 49/1995, STC 331/1993, STC 186/1993, STC 237/1992, STC 96/1990, STC 37/1987, ATC 69/2018, ATC 163/2017, ATC 185/2016, ATC 183/2016, ATC 211/2012, ATC 456/2007, ATC 417/2005, ATC 173/2002 y ATC 289/2000. También ha de repararse en que la base de datos Aranzadi tiene asociadas 177 sentencias en el orden contencioso-administrativo al art. 6 LOFCA.

Como se observa, su bajo impacto sobre las arcas autonómicas se ve acompañado de una altísima conflictividad jurisdiccional. En esta crónica nos vamos a centrar en un aspecto concreto: la evolución de la doctrina del TC asociada a la modificación del criterio de prohibición de doble imposición contenido en el art. 6 LOFCA y dirigido precisamente a reducir esta conflictividad, con poco éxito como se constatará.

Debe precisarse, antes de continuar, que las mismas normas que rigen para los tributos propios en las CCAA de régimen común se aplican a las de régimen foral. No hay duda de que Navarra y Euskadi han de respetar este art. 6 LOFCA cuando creen sus propios tributos distintos de los acordados con el Estado. En el caso de Navarra, esta cuestión fue expresamente analizada en las SSTC 208/2012, de 14 de noviembre, y 110/2014, de 26 de junio, con motivo de la impugnación por el Estado de dos impuestos navarros (sobre grandes establecimientos comerciales y sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, respectivamente) por establecer una doble imposición prohibida por el art. 6 LOFCA. En ambos casos, con carácter previo a la aplicación del art. 6 LOFCA para la declaración de la constitucionalidad del primero y la inconstitucionalidad del segundo, el TC señaló que *no existe «una potestad tributaria que se desenvuelva al margen de la Constitución y de la LOFCA con relación a los tributos propios de la Comunidad Foral distintos de los convenidos»*, aspecto contra el que disintieron varios votos particulares que consideraban que debía someterse a la disciplina del propio sistema de Convenio.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Euskadi, si bien se han establecido este tipo de tributos en muy pocas ocasiones(10), llegó a sede constitucional la creación del canon del agua por la Ley vasca 1/2006, de 23 de junio, de aguas y, en su resolución, la STC 85/2013, 11 de abril, aplicó el art. 6.3 de la LOFCA como canon de enjuiciamiento con independencia de la existencia de un régimen económico foral(11).

(10) Ya lo reconoce expresamente el art. art. 42.b del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual los ingresos de la Hacienda General del País Vasco estarán constituidos, entre otros, por «los rendimientos de los impuestos propios de la Comunidad Autónoma que establezca el Parlamento Vasco de acuerdo con lo establecido en el artículo 157 de la Constitución y en la Ley Orgánica sobre financiación de las Comunidades Autónomas.» En la CAPV, se conceptúan como impuestos no sujetos a reparto, y son muy pocos los creados. Según se recoge en el Análisis general de las competencias propias y de la financiación de los distintos niveles institucionales de la Comunidad Autónoma de Euskadi elaborado por el Consejo Vasco de Finanzas Públicas en junio de 2018, «el Parlamento vasco ha hecho uso muy limitadamente de su capacidad de establecer tributos propios (recargo sobre IRPF «lluvias 1983» y el impuesto sobre juego del Bingo y recargo de la tasa sobre juego)» (pág. 74).

(11) En este caso, la liza foral era interna y consistía en determinar si la capacidad tributaria propia podría ser desarrollada por las instituciones comunes o exclusivamente correspondía a los órganos forales. El TC afirma que «no son los territorios históricos las únicas instancias públicas a las que se reconoce potestad tributaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco (...) Y, en segundo lugar, que las instituciones comunes del País Vasco también han sido estatutariamente habi-

Dicho esto, pasamos a exponer la doctrina del TC que ha ido acompañando a las dos redacciones del art. 6 LOFCA, para después describir la situación legal actual de la prohibición de doble imposición y acabar con una serie de conclusiones.

II. La prohibición de doble imposición: el art. 6 LOFCA. Evolución legal y doctrina del TC

El TC tiene declarado que el régimen constitucional de la doble imposición autonómica tributaria con tributos estatales o locales, con independencia de la configuración dada en cada momento, no tiene por objetivo evitar cualquier supuesto de doble imposición, sino que va dirigido a garantizar que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de un «sistema» en los términos exigidos por el art. 31.1 CE (SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b).

Rehúye así el Alto Tribunal de una interpretación estricta de esta prohibición de doble imposición porque llevaría a impedir el reconocimiento constitucional a las Comunidades Autónomas de su potestad constitucional de establecer tributos (arts. 133.2 y 157.1.b. CE) y que los estatutos de autonomía reconocen (12): «ninguno de los límites constitucionales que condicionan dicho poder tributario puede ser interpretado de tal manera que haga inviable el ejercicio de aquella potestad tributaria» [entre otras, SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 3; 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; y 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 4].

La regulación legal que aquí nos interesa se encuentra en el art. 6 LOFCA y empieza en su apartado primero recordando que, tal y como prescriben los arts. 133.2 y 157.1.b CE, las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes. Los dos apartados siguientes contienen las reglas de la prohibición de doble imposición en una de las muchas opciones constitucionalmente posibles, como así lo demuestra su evolución.

Esos apartados 2 y 3 del art. 6 LOFCA recogen la prohibición de doble imposición tributaria, de cuya evolución legal y doctrinal se pasa a exponer.

litadas para intervenir en las materias relacionadas con la potestad tributaria de los territorios históricos» (FJ 5.a). En lo que ahora interesa el TC señaló que «nuestro análisis ha de ceñirse al contraste entre la tasa local y la figura tributaria creada por el legislador autonómico a fin de averiguar si ha sufrido algún quebranto el límite del poder tributario de las Comunidades Autónomas establecido en el art. 6.3 LOFCA» (FJ 2.b).

(12) Además, también reconoce en la STC 4/2019, FJ 3.c), que es imposible que en los sistemas tributarios modernos no se produzca esta doble imposición estrictamente entendida.

1. Redacción inicial del art. 6 LOFCA

En su redacción original, la LOFCA diferenció el régimen según se tratase de impuestos estatales (art. 6.2 LOFCA) y locales (art. 6.3 LOFCA). Efectivamente, según el art. 6.2 LOFCA, «los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre *hechos impositivos* gravados por el Estado». Por su parte, el art. 6.3 LOFCA señalaba que «las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las *materias* que la legislación de Régimen Local *reserve* a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple».

Ese diferente trato por el legislador de la LOFCA entre «hechos impositivos» para los tributos estatales y «materias reservadas» para los locales llevó al TC a construir una doctrina diferente para cada caso. Así lo dijo desde su primera y nuclear STC 37/1987 sobre este precepto. Entendía el Alto Tribunal que tratar igual ambos conceptos legales conduciría a «una interpretación extensiva del art. 6.2 LOFCA, notoriamente alejada del verdadero alcance de la prohibición que en dicha norma se contiene» (FJ 12).

Así, en cuanto a los «hechos impositivos» del art. 6.2 LOFCA, el TC afirmó que «el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria” (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14)»; es decir, baste ahora decir, ya que luego lo desarrollamos, que el TC configura el hecho imponible como el acto o presupuesto previsto por la Ley cuya realización, por exteriorizar una manifestación de capacidad económica, provoca el nacimiento de una obligación tributaria.

Respecto a la expresión «materia reservada», el TC sostuvo que debía entenderse como sinónimo de «materia imponible u objeto del tributo», con lo que incluye «toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14). En consecuencia, resultaba vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico.

Como resultado de ello, el canon de constitucionalidad para la doble imposición de los tributos propios y los impuestos locales, basado en el concepto de «materia imponible», es muy amplio, y cualquier posible identidad del objeto suponía una doble imposición inconstitucional; por el contrario, «hecho imponible» es un concepto mucho más restringido y exige comparar no solo el objeto, sino la estructura de ambos impuestos autonómico y local/estatal para comprobar si hay dualidad.

2. La Ley Orgánica 3/2009: en tributos locales, de «materia imponible» a «hecho imponible» en el art. 6.3 LOFCA

Esta regulación del art. 6 LOFCA se mantuvo hasta que el Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, del Consejo de Política Territorial para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía (13) detectó una alta conflictividad en relación a esta cuestión. De hecho, según nuestros datos, hasta ese momento el TC se había tenido que pronunciar al respecto en diecinueve ocasiones.

Este Consejo, con la finalidad confesa de clarificar los límites para la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas y reducir la conflictividad, propuso revisar el art. 6.3 LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al «hecho imponible» y no a la «materia imponible» y así equiparar el canon aplicable con los tributos estatales. Expresamente reconocía que esta medida «podría ampliar el espacio fiscal de las CCAA».

El criterio fue acogido, sin debate ni enmiendas parlamentarias, por el legislador de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la LOFCA. Así, con la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, el apartado 3 del art. 6 LOFCA pasó a tener esta redacción: «los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre *hechos imposables* gravados por los tributos locales». En su virtud, este doble criterio empleado por art. 6 LOFCA para los tributos estatales y locales fue unificado y se pasó a aplicar el canon de «hechos imposables» para ambos supuestos.

Las razones legales que llevaron a esta modificación se contemplan en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2009 (14) y son clarificar los

(13) El punto 4.4.9. del Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, del Consejo de Política Territorial para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, se tituló «clarificación del espacio de los tributos propios de las CCAA», y literalmente señalaba: «Aunque los tributos propios no forman parte del Sistema de Financiación, para mayor seguridad jurídica sobre las reglas de incompatibilidad con los tributos del Estado y de las EE.LL, se propone revisar los límites actualmente existentes en la LOFCA para la creación de los tributos propios por las CC.AA. lo que también podría ampliar el espacio fiscal de las CC.AA. Para ello y para evitar los habituales conflictos constitucionales actuales, se acuerda revisar el art. 6.3 LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al “hecho imponible” y no a la “materia imponible”, con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales. En cualquier caso, es necesario mantener algún parámetro de coordinación general, como limitar los tributos que afecten a la unidad de mercado.»

(14) La exposición de motivos de la LO 3/2009 afirma literalmente en su apartado V (el destacado es nuestro): «La presente Ley pretende *clarificar* también *los límites para la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas*. Para ello y con el fin de reducir la conflictividad, se modifica el artículo sexto de la LOFCA para que las reglas de incompatibilidad se refieran al «hecho imponible» y no a la «materia imponible», con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales, con una delimitación similar a la que existe en relación con los tributos estatales.»

límites para la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas y reducir la conflictividad: exactamente las mismas que las propuestas por el Consejo de Política Territorial.

La primera sentencia del TC que aplica este nuevo art. 6.3 LOFCA es la STC 122/2012, de 5 de junio, dictada en relación con recurso de inconstitucionalidad contra una posible doble imposición entre el impuesto catalán sobre los grandes establecimientos comerciales y el IAE estatal. El TC confirma la constitucionalidad del impuesto propio autonómico, y dedica su Fundamento Jurídico 3 a justificar su cambio de criterio doctrinal en adaptación a los designios del legislador estatal, que, en sus palabras, supone aplicar «esta doctrina [del art. 6.2] al vigente art. 6.3 LOFCA». Esta decisión se adoptó por unanimidad.

Sin embargo, el TC no aplicó el nuevo art. 6.3 LOFCA y su modificada interpretación a todos los conflictos surgidos desde entonces. Es doctrina consolidada del TC que en los conflictos de inconstitucionalidad se aplica la doctrina del *ius supervivens*(15), conforme a la cual «el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes en el momento de dictar Sentencia».

Por el contrario, en las cuestiones de inconstitucionalidad no se aplica esta doctrina del *ius supervivens*, sino que se ha de analizar el conflicto conforme a la norma vigente en el momento en el que se suscitó el proceso *a quo*. Ello llevó a que se continuara aplicando el criterio de solapamiento de «materia imponible» en la resolución de numerosos conflictos(16) entre impuestos estatales y locales iniciados a instancias del poder judicial incluso después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2009, en la medida en que se referían a liquidaciones realizadas conforme a la redacción inicial del art. 6.3 LOFCA.

Así las cosas, dos eventos posteriores han de señalarse en relación a esta cuestión: por un lado, el Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica de julio de 2017 y, por el

(15) Esta doctrina reparando en el cambio de redacción del art. 6.3 LOFCA se aplicó con posterioridad a la STC 122/2012 en las SSTC 96/2013, de 23 de abril; 200/2013, de 5 de diciembre, y 53/2014, de 10 de abril, todas referidas al impuesto sobre grandes establecimientos comerciales de distintas Comunidades Autónomas; en los AATC 183/2016 y 185/2016, de 15 de noviembre, en relación con el canon eólico de Castilla-La Mancha; en la STC 120/2018, de 31 de octubre, en relación con el impuesto extremeño sobre las instalaciones que inciden sobre el medio ambiente., sobre la que recaerá nuestra atención; y posteriormente en las SSTC 4/2019, de 17 de enero, del impuesto catalán sobre las viviendas vacías y 22/2019 sobre el impuesto de la Región de Murcia sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente.

(16) Esto llevó a aplicar la redacción original del art. 6.3 LOFCA, por ejemplo, en la STC 53/2014, de 10 de abril, ante una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias contra del artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales, por el que se crea el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales.

otro, el conflicto surgido en el seno del TC con motivo del impuesto extremeño sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente.

3. El informe de la Comisión de Expertos de 2017

La Conferencia de Presidentes Autonómicos de 17 de enero de 2017 consideró necesaria la creación de una Comisión de Expertos con el objeto de realizar los análisis necesarios para la formulación posterior de un nuevo modelo de financiación autonómica. Esta comisión fue constituida a instancias del Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de febrero de 2017 y presentó el «Informe de la comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica» de julio de 2017 (17)

Entre los muchos aspectos tratados, esta comisión de expertos repasa brevemente en los impuestos propios autonómicos en su apartado 3.7 (18) y empieza constatando que la conflictividad a este respecto continúa. Para reducirla, en esta ocasión propone, como primera medida, incentivar la coordinación entre el Estado y las CCAA que deseen crear tributos propios, para lo que impulsa mecanismos de comunicación previos a la creación de nuevos impuestos autonómicos a través de la comisión normativa dependiente del Consejo de Política Fiscal y Financiera.

En un segundo término, traslada su preocupación por el previsible cambio que, debido a presiones de la Unión Europea, ocurrirá en la política fiscal estatal respecto a la fiscalidad ambiental —aspecto que no ha sido muy desarrollado hasta el momento por la tributación estatal ni local—, lo que hará surgir nuevos conflictos entre tributos estatales y autonómicos. Para evitarlos propone que el Estado apruebe una «ley marco» de fiscalidad ambiental sobre emisiones de CO₂ y de óxidos nitrosos, las emisiones de los vehículos de motor, los residuos industriales y peligrosos o tóxicos, los residuos de envases, embalajes y bolsas, así como los vertidos marinos o en aguas interiores. Apunta a que esta solución de disponer de una «ley marco estatal» podría extenderse a otros tributos autonómicos que generen mucha conflictividad.

(17) La Comisión estuvo formado por profesionales independientes de reconocido prestigio propuestos por el Estado (5) y por las CCAA (16) de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Tras 19 reuniones, incluyendo las del Pleno de la Comisión y las de la Ponencia, la Comisión presentó su Informe en la reunión celebrada el 19 de julio. El informe está disponible en https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf [Consulta: noviembre de 2019].

(18) Cfr. págs. 58 y 59 del Informe.

Hemos de recordar al respecto que la LOFCA ya establece los mecanismos necesarios para solucionar estos supuestos sobre los que advierte el informe. Según recuerda el art. 6.2 LOFCA (19), el Estado tiene la potestad tributaria originaria, por lo que en el caso de que este grave sobrevenida-mente un hecho imponible ya previsto en un tributo autonómico, la Comunidad Autónoma no podrá mantener su tributo y deberá ser compensada por lo que deja de recaudar. Esta situación ya ha tenido lugar en al menos tres ocasiones: la Ley estatal 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética introdujo un impuesto estatal por hechos ya gravados por las CCAA de Andalucía y Canarias; el Estado creó el impuesto estatal sobre los depósitos bancarios por Ley 16/2012, de 27 de diciembre, lo que afectó a varias Comunidades Autónomas que tuvieron que dejar sin efecto tributos que ya estaban gravando estos mismos hechos imponibles; y lo mismo ocurrió con la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, que creó un impuesto estatal sobre actividades de juego que ya habían implantado algunas CCAA. En estos casos, las normas estatales contemplaban mecanismos de compensación a las Comunidades Autónomas afectadas (20).

4. El impuesto de Extremadura sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y las SSTC 22/2015 y 120/2018.

De mayor interés es lo ocurrido en relación con el tributo propio sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente creado por Extremadura y que ocupó hasta en tres ocasiones al Alto Tribunal en las SSTC 179/2006, 22/2015 y 120/2018, todas ellas bajo el canon del art. 6.3 LOFCA, aunque en sus distintas redacciones.

En sus dos primeros pronunciamientos al respecto, el TC declaró inconstitucional este impuesto al recaer sobre la misma materia imponible gravada, primero, por el impuesto municipal sobre bienes inmuebles o IBI (STC 179/2006) y, más tarde, por el impuesto sobre actividades económicas o IAE (STC 22/2015).

Sin embargo, en su tercer pronunciamiento, la STC 120/2018 declaró su conformidad con el art. 6 LOFCA, y consiguiente constitucionalidad, ante la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el TSJ de Extremadura.

(19) Señala la segunda parte del art. 6.2 LOFCA dice que «cuando el Estado, en el ejercicio de su potestad tributaria originaria establezca tributos sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas, que supongan a éstas una disminución de ingresos, instrumentará las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de las mismas»

(20) El Estudio del Consejo General de Economistas de España sobre el «Panorama de la fiscalidad autonómica y foral 2018» detalla los supuestos en los que el Estado ha aprobado impuestos ya gravados por algunas CCAA (págs. 301 a 305).

El tributo objeto de recurso era prácticamente el mismo en los tres casos; el diferente resultado del fallo se ha de atribuir en exclusiva al tenor del art. 6.3 LOFCA que era de aplicación en cada caso.

Efectivamente, centrándonos en las dos últimas sentencias y ambas derivadas de cuestiones de inconstitucionalidad, la STC 22/2015 declaró inconstitucional el impuesto de Extremadura sobre producción y transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente dado que la materia imponible gravada coincidía con el IAE en cuanto que compartían la «materia imponible» en términos del art. 6.3 LOFCA original: «la circunstancia de que el artículo 6 LOFCA haya sido modificado por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, no afecta al juicio de constitucionalidad que hemos de efectuar sobre los preceptos impugnados, pues se conectan con su aplicación a un concreto proceso, en el que el órgano judicial proponente de la cuestión ha de resolver sobre la pretensión ejercitada a la luz de la normativa vigente y aplicable en el concreto momento en el que se suscitó el proceso *a quo*, razón por la cual, la reforma introducida por la citada Ley Orgánica 3/2009 no puede ser de aplicación a situaciones que, como ésta, son anteriores a su entrada en vigor».

La STC 120/2018, que tuvo que analizar el mismo impuesto, sin embargo, llegó a la conclusión contraria y declaró la constitucionalidad del tributo extremeño. El precepto aplicable era el mismo, el art. 6.3 LOFCA, pero esta vez su tenor provenía de la redacción de 2009: «ambos impuestos, autonómico y local, recaen sobre la actividad económica de producción de energía eléctrica, coincidiendo por tanto la materia imponible gravada, tal y como apreciaron las Sentencias que han enjuiciado previamente el impuesto extremeño y el similar castellano-manchego (SSTC 196/2012, 60/2013 y 22/2015). Sin embargo, aplicando el nuevo parámetro del artículo 6.3 LOFCA, que exige un análisis más minucioso de los elementos configuradores de los tributos comparados, se pone de manifiesto que ambos divergen sustancialmente en la “manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen” [SSTC 210/2012, FJ 4, y 53/2014, FJ 3 a)]»

Lo que antes era inconstitucional, ahora pasa a ser constitucional. Ante ello tres magistrados disidentes formularon dos votos particulares en los que critican duramente esta decisión de la mayoría y abogan por aplicar criterios más estrictos en la aplicación del régimen de prohibición de doble imposición.

El primer voto particular reacciona afirmando que la aplicación del «nuevo parámetro del art. 6.3 LOFCA, que exige un análisis más minucioso de los elementos configuradores de los tributos comparados, se pone de manifiesto que ambos divergen sustancialmente en la “manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen”» (FJ 5); y dice que «(e)s difícil entender cómo tributos que, según la STC 22/2015 —el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y el

IAE—, no sólo eran idénticos en cuanto a la “materia imponible” (que no era sometida a tributación desde perspectivas distintas y sin que pudiese apreciarse en el tributo autonómico ninguna finalidad extrafiscal), sino también en sus “hechos imposables” (al tener una estructura coincidente), se hayan convertido, sin haberse modificado una sola letra de la redacción declarada inconstitucional (pero incorporada a un texto refundido), en impuestos sustancialmente distintos. (...) ha tenido que invocar “pequeñas” y “formales” diferencias, en su momento calificadas por la STC 22/2015 como “irrelevantes”, pero que ahora son consideradas como “sustanciales”».

El segundo voto particular, suscrito por dos magistrados, añade un argumento más al anterior: «la reforma del artículo 6.3 LOFCA operada por la Ley Orgánica 3/2009 no tiene en realidad la trascendencia o el significado que le otorga la mayoría (...) la finalidad de la reforma del artículo 6.3 LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009 no fue ampliar la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas sino, según dice su exposición de motivos, clarificar los supuestos y reducir la conflictividad». Ante ello hay que matizar que el Acuerdo de 2009 del Consejo de Política Territorial sí advirtió de ello. Según estos magistrados, el verdadero parámetro «(n)o [es la] “materia imponible”, por tanto, sino “hecho imponible” como “manifestación de riqueza”: este es el auténtico y verdadero canon y fundamento de la prohibición de la doble imposición autonómica y local (o estatal) establecida en el artículo 6.3 (y 2) LOFCA». Posteriormente, la STC 4/2019 parece haber dado respuesta a este argumento cuando, ya explícitamente y sin referencia al Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, del Consejo de Política Territorial, hace suyo que «la finalidad de la modificación del artículo 6.3 LOFCA es ampliar el espacio fiscal de las Comunidades Autónomas respecto de los tributos locales» (FJ 3.a).

5. En 2019 la conflictividad continúa

Tras la STC 120/2018, el TC todavía ha tenido que analizar esta prohibición de doble imposición tributaria en las SSTC 4/2019, 22/2019, 28/2019, 43/2019 y 87/2019.

En todas estas sentencias, con independencia de que se trate de contrastar el tributo autonómico con uno local o estatal, el canon aplicado es exclusivamente el del hecho imponible. No se ha detectado novedad en la jurisprudencia constitucional al respecto, si bien alguna de estas sentencias se sigue acompañando de votos particulares en idéntico sentido a los contenidos en la STC 120/2018 (21).

(21) Como así ha ocurrido en la STC 22/2019.

En estos momentos, además, son varios los recursos interpuestos y admitidos a trámite pendientes de sentencia: el recurso de inconstitucionalidad n.º 4929-2019, contra la modificación del impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión de la Comunidad de Castilla y León, y la cuestión de inconstitucionalidad n.º 4200-2018, en relación con el Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia.

En este punto en el que nos encontramos ahora, por tanto, se ha impuesto el hecho imponible como único canon para cualquier prohibición de doble imposición entre impuestos propios y autonómicos y se constata, como ya hizo el Informe de la Comisión de Expertos de 2017, que no se barrunta que todas las partes asuman la constante, aunque internamente controvertida, doctrina del TC.

III. Test de constitucionalidad de la doble imposición prohibida del art. 6 LOFCA: «hecho imponible»

Así, en estos momentos, el canon que aplica el TC para prohibir una doble imposición tributaria tiene por finalidad constatar que un tributo propio autonómico no recae sobre los mismos hechos imposables gravados por un tributo estatal o local y, aunque ello destila muchos matices que se van abordando en la extensa jurisprudencia al respecto, básicamente consiste en lo siguiente.

En primer lugar, el TC analiza de forma comparativa los elementos esenciales de los tributos que se confrontan, al objeto de determinar la manera en que la correspondiente fuente de capacidad económica sea sometida a gravamen en la estructura del tributo. A tal fin repara, además del hecho imponible en sentido estricto, en prácticamente todos los aspectos impositivos como son los supuestos de no sujeción y exención, el sujeto pasivo, los elementos de cuantificación (STC 74/2016, de 14 de abril, FJ 4; ATC 183/2016, de 15 de noviembre, FJ 4), el ámbito objetivo, los importes de las cuotas, los elementos temporales (STC 120/2018, FJ 6) o la existencia de recargos (22).

(22) Un caso concreto de interés tuvo lugar en la STC 4/2019 que declaró conforme al art. 6.3 LOFCA un impuesto de viviendas vacías pese a que ese concepto se contemplaba como recargo del IBI previsto en el art. 72.4 LHL. EL TC consideró que el recargo estatal era tan solo un elemento más de cuantificación del IBI y que un tributo predominantemente fiscal no cambia de naturaleza por introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas. Destaca dos aspectos más: por un lado, que se refuerza este carácter accesorio del recargo estatal el hecho de que el Estado no haya desarrollado reglamentariamente su aplicación, lo que ha impedido su aplicación hasta la fecha; por el otro, que el propio impuesto autonómico prevé medidas de coordinación con este recargo.

En segundo lugar, el TC repara en dos aspectos que, aunque no decisorios, sí son «criterios relevantes» (23) en su comparativa: la posible concurrencia de fines extrafiscales (24) en el conjunto del tributo o en alguno de sus elementos (STC 210/2012, FJ 4) y la vinculación (25) o afectación del tributo a una finalidad (STC 28/2019, FJ 4.B.a).

En relación a la primera de ellas, el TC ha puntualizado que la finalidad extrafiscal no es incompatible con un propósito recaudatorio, aunque sea secundario, lo que es consustancial al propio concepto de tributo. De hecho, en los sistemas tributarios modernos, en los que coexisten diversas figuras tributarias, es frecuente que, además de la recaudatoria, se persigan otras finalidades [STC 19/2012, febrero, FJ 3 a)]. Suele concluir que la naturaleza extrafiscal o recaudatoria de un tributo es una cuestión de grado, por lo que difícilmente existirán casos «puros» [STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 6 c)]. Un fin extrafiscal de gran transcendencia práctica aquí se desenvuelve en la materia medioambiental, y respecto a la que el TC ha reconocido que los tributos pueden ser expresión del principio «quien contamina, paga» (por todas, STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 5). El Informe de la comisión de expertos de 2017 destaca que las CCAA amparan su espacio propio en sus tributos gracias a la naturaleza extrafiscal de sus tributos, principalmente la de naturaleza ambiental, dado que el Estado no ha cubierto ese hueco y advierte que este escenario cambiará en breve por presiones desde la Unión Europea.

(23) Así los califica, por muchas, en la STC 28/2019, FJ 4.B.a.

(24) El art. 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) contempla que «Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución». El ATC 417/2005, de 22 de noviembre, al cual nos remitimos, contiene de forma muy didáctica la doctrina del TC sobre el carácter de la extrafiscalidad en los impuestos. Conviene apuntar que los votos disidentes de la STC 120/2018, no encuentra una finalidad extrafiscal en el tributo analizado, sino parafiscal: «el impuesto extremeño es un tributo «parafiscal» (en la medida que su recaudación se afecta a la financiación de un gasto determinado), pero su naturaleza no es —en contra de la nueva doctrina del TC— «extrafiscal», ya que en absoluto coadyuva a estimular a las empresas contaminantes a desarrollar su actividad con menores costes ecológicos».

(25) También se contempla en las SSTC 186/1993 o 4/2019. Un ejemplo que se puede traer, por ser el primero que tuvo que analizar y ejemplo habitual al respecto, como hace esta sentencia, es el recogido en la STC 37/1978, que cita de la siguiente forma: «en nuestra STC 37/1987, FJ 13, ya manifestamos, al hilo del impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas, que «el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra que la propia Ley define o, dicho en términos positivos, estimular a aquellos para que obtengan de sus propiedades los rendimientos económicos y sociales que les son legalmente exigibles» puede justificar la exacción de un tributo, cuya principal finalidad no es crear una nueva fuente de ingresos públicos «sino disuadir a los titulares de propiedades o de empresas agrícolas del incumplimiento de las obligaciones inherentes». Por consiguiente, hemos venido reconociendo que, desde la perspectiva constitucional, es legítimo valerse de los tributos para incentivar determinados usos de la propiedad, en coherencia con su función social, reconocida en el art. 33.2 CE.»

Tras el análisis detallado de todos estos aspectos entre los tributos autonómico y estatal, una vez identificados los puntos comunes y los criterios distintivos, el TC pasa a valorar si, a efectos del artículo 6.3 LOFCA, los impuestos contrastados son «idénticos» (STC 122/2012, FJ 7), «coincidentes» (STC 210/2012, FJ 6) o «equivalentes» (STC 53/2014, FJ 3), en cuyo caso declara la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, del tributo autonómico; si, por el contrario, ambos tributos son «sustancialmente distintos» o «presentan diferencias sustanciales», dicta su fallo desestimando la pretensión de inconstitucionalidad.

Del estudio conjunto de estos pronunciamientos, puede concluirse que el TC ha interpretado restrictivamente la prohibición de doble imposición de la LOFCA y se ha decantado por una tutela más favorable al principio constitucional de autonomía financiera de las CCAA.

IV. Actuales propuestas para finalizar con la conflictividad

Las comisiones creadas para el estudio del sistema autonómico de financiación, como se ha visto, abordan el estudio o análisis de los tributos propios autonómicos y rápidamente reparan en la alta conflictividad existente y proponen medidas para su solución.

Ya nos hemos referido a las dos propuestas contenidas en el informe de la comisión de expertos de 2017 creada a instancias de la Conferencia de Presidentes: una comunicación previa por parte de las CCAA a una Comisión normativa dependiente del Consejo de Política Fiscal y Financiera para coordinarse con el Estado y el resto de CCAA; y, en los casos más conflictivos, particularmente en los tributos con extrafiscalidad ambiental, la aprobación por el Estado de una ley marco «que atribuyera las distintas figuras impositivas o los hechos imponible relevantes a los diferentes niveles de gobierno teniendo en cuenta el alcance espacial de los hechos gravables, y que cuando se atribuyeran a las CCAA, la ley marco fijaría los elementos de cada impuesto hasta la determinación de la base liquidable, su carácter potestativo u obligatorio y un rango para el establecimiento autónomo de las tarifas y en su caso deducciones. El contenido de la ley se acordaría con las CCAA para integrar los impuestos propios ya existentes» (26).

ORTIZ CALLE (27), especialmente crítico con la extrafiscalidad ambiental en la que reparan los tributos autonómicos por considerar que interfiere en el sector eléctrico, califica el art. 6 LOFCA como una «fuente inagotable

(26) Pág. 59 del Informe de la Comisión de Expertos de 2017.

(27) ORTIZ CALLE, E., «Fiscalidad autonómica y sector eléctrico», en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, Iustel, núm. 3, marzo 2019.

de litigiosidad y [que ha] erosionado la unidad de mercado» y propone fomentar las vías de coordinación entre el Estado y las CCAA. Si estas fracasan, invoca el art. 150.3 CE para que el Estado elabore una ley armonizadora, aunque, consciente de la estricta doctrina constitucional al respecto, ve más adecuado que el Estado, unilateralmente, reforme el sistema financiero y derogue el art. 6 LOFCA, de forma que se prohíba a las CCAA crear sus propios tributos autonómicos, articulando otras vías para garantizar su autonomía financiera.

En suma (28), las propuestas para reducir la conflictividad pasan principalmente por cuatro medidas. La primera, comúnmente compartida, es una mayor coordinación entre las administraciones, lo que desde luego no es sino principio básico del sistema tributario que ha de ser observado. La segunda es reducir el alcance de la prohibición de doble tributación, para lo que se debiera dar al concepto «hecho imponible» del art. 6 LOFCA una menor amplitud que la actualmente recogida en la doctrina del TC, tal y como proponen los votos particulares de las últimas sentencias. Una tercera es que el Estado dicte una norma básica amparado en su título sobre materia tributaria que regule con detalle la capacidad de las CCAA en la creación de nuevos tributos propios, cercenando su actual libertad. La cuarta, y más extrema, es derogar el art. 6 LOFCA y prohibir a las CCAA que creen sus tributos propios.

En mi opinión, la Constitución y los Estatutos de Autonomía han diseñado un modelo de Estado que requiere, como bien señala el Tribunal Constitucional, de cierto margen de autonomía financiera para las CCAA. Es aquí donde debe ponerse el foco en primer lugar. No se cuestiona que la potestad tributaria originaria reside en el Estado y que es muy estrecho el margen que la LOFCA deja a las CCAA para su libertad tributaria, restringido al ámbito que no ocupe el Estado, con prevalencia absoluta de este en casos de solapamiento. Así, en este ya exiguo margen autonómico, debe garantizarse una capacidad de las CCAA para implantar sus políticas tributarias en este Estado de las autonomías, como actualmente respalda la doctrina del Tribunal Constitucional.

Es inevitable que surjan conflictos en un Estado como el nuestro, pero su solución no debe consistir en laminar aún más la competencia autonómica ante discrepancias, sino que debe trabajarse en el establecimiento de más coordinación, potenciando las medidas preventivas en la fase de diseño de las políticas tributarias. Pretender una solución a través de la eliminación o restricción de esta capacidad tributaria que ahora disponen las CCAA, centralizándola exclusivamente en el Estado, no debe ser objetivo final ni es el que pretendía el constituyente.

(28) Junto con estas voces encontramos otras, como, por ejemplo, el Colegio de Economistas, el cual reclama al Estado una cierta armonización de la fiscalidad medioambiental.

V. Conclusiones

1.º La creación de tributos autonómicos propios, que suponen un escaso 4% de los ingresos tributarios totales, está generando una gran litigiosidad ante el Tribunal Constitucional: pese a que los 75 tributos propios existentes, son más de cincuenta los conflictos a los que el TC ha tenido que dar respuesta.

2.º La potestad de las CCAA para crear estos tributos está reconocida por la Constitución y sujeta a estrictos límites, con independencia de que sean de régimen común o foral (SSTC 208/2012, 85/2013, 110/2014). De todos estos límites destaca la prohibición de doble imposición contemplada en el art. 6 LOFCA, fuente principal de esos conflictos, y que impide que las CCAA aprueben tributos que se solapen con los estatales o locales.

3.º En 2009 el legislador orgánico intentó solucionar la gran conflictividad a través de una modificación del art. 6 LOFCA. Sus previsiones tardaron tres años en llegar por primera vez a la jurisprudencia del TC (STC 122/2012) y nueve años en aplicarse a todos los supuestos sometidos a su consideración (STC 120/2018).

4.º Esta modificación legal desde las Cortes, sin debate previo, no ha servido para acabar con los conflictos competenciales. Se constata que siguen siendo muchos los supuestos en los que tributos creados o modificados por las CCAA son llevados ante el TC. Nada parece indicar que esta tendencia vaya a bajar.

5.º Esta alta conflictividad nos presenta un caso de interés en la evolución de la normativa y su aplicación por la doctrina del TC en el que un mismo tributo es, en un primer momento, declarado inconstitucional por la STC 22/2015 y posteriormente constitucional por la STC 120/2018. El sentido del fallo del Alto Tribunal se debe exclusivamente a la aplicación del art. 6.3 LOFCA en su redacción anterior o posterior a 2009. Es destacable la reacción de los votos particulares, que, como resultado de lo que consideran absurdo, pasan a cuestionar toda la doctrina pacífica anterior.

6.º Actualmente el test de constitucionalidad de la prohibición de doble imposición del art. 6 LOFCA reside en la verificación de una no coincidencia de los «hechos imponibles» entre los tributos autonómicos y los estatales, lo que ha sido interpretado por el TC de una forma amplia favorable al principio de autonomía financiera de las CCAA.

7.º Son varias las soluciones propuestas para acabar con la elevada conflictividad judicial y que van desde el fomento de las vías de colaboración interadministrativa a la eliminación de la capacidad tributaria propia de las CCAA, pasando por leyes básicas estatales que limiten la ya de por sí exigua capacidad tributaria autonómica de crear impuestos nue-

vos. Desde nuestro punto de vista, no debiera verse la centralización de competencias en el Estado como la solución a cualquier conflictividad connatural al sistema de Estado diseñado por la Constitución española y los Estatutos de Autonomía. Al contrario, debiera potenciarse la diversificación propia del estado autonómico y posibilitar que las CCAA tengan capacidad para hacer políticas y estrategias fiscales adaptadas a cada espacio, aunque ello suponga ser diferentes, como así ocurre en Madrid y Cataluña en estos tributos propios, incluso dentro del ya limitado ámbito que permite el art. 6 LOFCA. Esto es precisamente lo que garantizan los arts. 133.2 y 157.1.b CE.

VI. Bibliografía

- Comisión de expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica, Informe de julio de 2017. Disponible en https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf [Consulta: noviembre de 2019]
- Consejo General de Economistas de España, «Panorama de la fiscalidad autonómica y foral 2018». Febrero 2018. Disponible en <https://economistas.es/Contenido/Consejo/Estudios%20y%20trabajos/Panorama%20Fiscalidad%20CCAA%202019.pdf> [Consulta: noviembre de 2019].
- Consejo de Política Territorial, Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía. Disponible en https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/AcuerdosConsejo/Acuerdo%206_2009%20Reforma%20Sistema%20Financiacion%20CCAA.pdf. [Consulta: noviembre de 2019]
- Consejo Vasco de Finanzas Públicas, «Análisis general de las competencias propias y de la financiación de los distintos niveles institucionales de la Comunidad Autónoma de Euskadi». Junio 2018. Disponible en <http://www.euskadi.eus/analisis-general-de-las-competencias-propias-y-financiacion/web01-a2ogazer/es/> [Consulta: noviembre de 2019].
- DE LA HUCHA CELADOR, F., «Las relaciones horizontales entre Navarra y el País Vasco y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la capacidad normativa de Navarra», en VV.AA., *El Concierto económico: los retos actuales*, Parlamento Vasco, 2015, págs. 129-149.
- Ministerio de Hacienda, Portal Institucional, en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/ContabilidadNacional/ContabilidadNacional.aspx?report=280#tabla53> [Consulta: noviembre de 2019]
- ORTIZ CALLE, E., «Fiscalidad autonómica y sector eléctrico», en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, Iustel, núm. 3, marzo 2019.

Anexo

Tabla 1

Tributos propios de las CCAA de régimen común con las cantidades recaudadas en cada uno de ellos. Cantidades en miles de euros para 2018, salvo (*) que pertenecen a 2012-2013.

CCAA	Recaudación en 2018	Nombre del tributo
	3.550,66	Gravamen de protección civil
	506.190,51	Canon del agua
	10.934,63	Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales
	21.038,42	Canon sobre la deposición controlada de residuos municipales (*)
	3.358,71	Canon sobre la incineración de residuos municipales (*)
	ND	Canon sobre la deposición controlada de residuos de la construcción
	ND	Canon sobre la deposición controlada de residuos industriales
Cataluña	60.910,66	Impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos
	4.520,84	Impuesto sobre la emisión de óxidos de nitrógeno a la atmósfera producida por la aviación comercial
	400,14	Impuesto sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria
	16.282,59	Impuesto sobre las viviendas vacías
	9.909,50	Impuesto sobre el riesgo medioambiental de la producción, manipulación y transporte, custodia y emisión de elementos radiotóxicos
	41.884,33	Impuesto sobre bebidas azucaradas envasadas
	ND	Impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono de los vehículos de tracción mecánica
	ND	Impuesto sobre los activos no productivos de las personas jurídicas

CCAA	Recaudación en 2018	Nombre del tributo
Galicia	29.534,26	Canon del agua
	3.541,33	Impuesto sobre contaminación atmosférica
	11.443,70	Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada
	22.567,30	Canon eólico
	53,98	Impuesto compensatorio ambiental minero
Andalucía	0,00	Impuesto sobre tierras infrutilizadas
	3.059,40	Impuesto sobre emisión de gases a la atmósfera
	2.927,95	Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales
	0,00	Impuesto sobre depósito de residuos radiactivos (<i>sin efecto</i>)
	154,16	Impuesto sobre depósito de residuos peligrosos
	147.064,99	Canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma
	0,00	Impuesto sobre los depósitos de clientes en las Entidades de Crédito (<i>sin efecto</i>)
321,83	Impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso	
Principado de Asturias	0,00	Impuesto sobre fincas o explotaciones agrarias infrutilizadas
	1.871,22	Impuesto sobre el juego del bingo
	70.631,71	Impuesto sobre las afecciones ambientales del uso del agua (*)
	5.519,57	Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales
	2.237,42	Impuesto sobre el desarrollo de determinadas actividades que inciden en el medio ambiente
	7.912,58	Recargo sobre las cuotas mínimas del Impuesto sobre Actividades Económicas
Cantabria	26.867,64	Canon del agua residual
	405,12	Impuesto sobre el depósito de residuos en vertederos
	0,00	Recargo sobre las cuotas mínimas del Impuesto sobre Actividades Económicas

CCAA	Recaudación en 2018	Nombre del tributo
La Rioja	10.664,97	Canon de saneamiento
	364,02	Impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos
	2.231,09	Impuesto sobre el impacto visual producido por los elementos de suministro de energía eléctrica y elementos fijos de redes de comunicaciones telefónicas o telemáticas
	1.896,14	Recargo sobre las cuotas mínimas del Impuesto sobre Actividades Económicas
Región de Murcia	273,67	Impuesto sobre los premios del juego del bingo
	283,92	Impuesto sobre vertidos a las aguas litorales
	708,00	Impuesto por emisiones de gases contaminantes a la atmósfera
	1.470,53	Impuesto sobre el almacenamiento o depósito de residuos en la Región de Murcia
	49.369,95	Canon de saneamiento
	1.295,72	Recargo sobre las cuotas mínimas del Impuesto sobre Actividades Económicas
Comunitat Valenciana	272.006,30	Canon de saneamiento
	17.533,00	Impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente
	2.784,00	Impuesto sobre la eliminación de residuos en vertederos e incineración, co-incineración y valorización energética
Aragón	64.241,60	Impuesto sobre la contaminación de las aguas
	1.739,97	Impuesto medioambiental sobre la emisión de contaminantes a la atmósfera
	20.868,74	Impuesto medioambiental sobre las grandes áreas de venta
	17.360,29	Impuesto medioambiental sobre determinados usos y aprovechamientos de agua embalsada
	2.004,50	Impuesto medioambiental sobre las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión
Castilla-La Mancha	629,64	Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente
	13.589,42	Canon eólico

CCAA	Recaudación en 2018	Nombre del tributo
Canarias	ND	Canon de vertido
	330.395,11	Impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo
	136.105,08	Impuesto sobre las Labores del Tabaco
	0,00	Impuesto sobre el impacto medioambiental causado por determinadas <i>actividades (aplicación suspendida)</i>
	0,00	Impuesto sobre los depósitos de clientes en las Entidades de Crédito (<i>sin efecto</i>)
Extremadura	12.383,76	Canon de saneamiento
	4.964,98	Impuesto sobre aprovechamientos cinegéticos
	98.326,73	Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente
	0,00	Impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito (<i>sin efecto</i>)
	4.319,34	Impuesto sobre la eliminación de residuos en vertedero
Illes Balears	0,00	Impuesto sobre los premios del juego del bingo
	85.069,33	Canon de saneamiento de aguas
	119.034,30	Impuesto sobre estancias turísticas
Madrid	2.810,33	Impuesto sobre la instalación de máquinas en establecimientos de hostelería autorizados
	2.120,52	Impuesto sobre depósito de residuos
	0,00	Recargo sobre el impuesto sobre actividades económicas
Comunidad de Castilla y León	64.131,77	Impuesto sobre la afección medioambiental causada por determinados aprovechamientos del agua embalsada, por los parques eólicos, por las centrales nucleares y por las instalaciones de transporte de energía eléctrica de alta tensión
	8.263,50	Impuesto sobre la eliminación de residuos en vertedero
Total	2.364.335,37	

Fuente: Datos obtenidos del Portal Institucional del Ministerio de Hacienda, área temática de tributación autonómica. Medidas 2019 (actualizado a 31 de julio de 2019), Capítulo III sobre impuestos propios, disponible en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/3-Cap%C3%ADtulo%20III%20Tributaci%C3%B3n%20Auton%C3%B3mica%202019.pdf> [Consulta: noviembre de 2019]

Tabla 2

Recaudación de tributos propios en relación a los ingresos tributarios totales por CCAA de régimen común. En miles de euros.

CCAA	Recaudado en 2018 por tributos propios (1)	Total ingresos por impuestos (2)	% sobre propios
Cataluña	678.980,99	13.261.000,00	5,12%
Galicia	67.140,57	2.843.000,00	2,36%
Andalucía	153.528,33	7.532.000,00	2,04%
Principado de Asturias	88.172,50	1.319.000,00	6,68%
Cantabria	27.272,76	708.000,00	3,85%
La Rioja	15.156,22	377.000,00	4,02%
Región De Murcia	53.401,79	1.355.000,00	3,94%
Comunitat Valenciana	292.323,30	6.067.000,00	4,82%
Aragón	106.215,10	1.948.000,00	5,45%
Castilla-La Mancha	14.219,06	1.762.000,00	0,81%
Canarias	466.500,19	4.160.000,00	11,21%
Extremadura	119.994,81	900.000,00	13,33%
Illes Balears	204.103,63	2.241.000,00	9,11%
Madrid	4.930,85	13.125.000,00	0,04%
Comunidad de Castilla y León	72.395,27	2.532.000,00	2,86%
Total	2.364.335,37	60.130.000,00	3,93%

Fuente: Portal Institucional del Ministerio de Hacienda: (1) Datos obtenidos de área temática de tributación autonómica. Medidas 2019 (actualizado a 31 de julio de 2019), Capítulo III sobre impuestos propios, disponible en <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/FinanciacionTerritorial/Autonomica/3-Cap%C3%ADtulo%20III%20Tributaci%C3%B3n%20Auton%C3%B3mica%202019.pdf> [Consulta: noviembre de 2019]; (2) Datos de Contabilidad nacional. Impuestos y cotizaciones sociales del subsector Administración Regional. Información anual 2018 (Tabla 7b). https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Contabilidad/ContabilidadNacional/Publicaciones/Documents/CCAA-A/Detalle_por_CCAA_Imp.xlsx [Consulta: noviembre de 2019].

Notas



Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE

Limits to the modification of contracts in Law 9/2017 of November 8th, of the Public Sector Contracts.
Analysis of the transposition of Directive 2014/24/EU to the spanish legal system

CRISTINA CLEMENTINA ARENAS ALEGRÍA

Universidad de Deusto
carenas@deusto.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.09>

LABURPENA: Kontratu publiko baten egikaritzaren testuinguruan, arrazoi edo kausa jakin batzuk gerta daitezke, haren izaera alda dezaketenak, aldaketa batzuk egin behar izateraino. Halakoetan, kontrajarrita gerta daitezke, alde batetik, kontratu bati eustek berez duen interes publikoa, aldaketaren bat egin behar bazaio ere, eta bestetik, kontratuaren aurretiazko suntsiarazpena, hitzartutako prestazioa burutu ezin delako. Egoera horretan, legelari espainiarrek nahiz europarrek alde batera zein bestera jo izan dute. Legedi espainiarra, Ekonomia Jasangarrirako Legea iritsi arte, oso epel agertu zen, kontratu-aldaketen kontrolari zegokionez. Behin kontratazioari buruzko 2014ko zuzentarauak onartuta, transposizioa egin behar zitzairen, eta hasitako ildoari jarraipena eman, alegia, kontratuen aldaketa salbuespen gisa eta modu justifikatuan tratatu behar dela, lizitazioen izaera lehiakorra ez kaltetzearren. Lan honetan aztertu nahi dena da Sektore Publikoko Kontratuen Legeak 2014 Zuzentarauari egin dion transposizioa.

HITZ GAKOAK: Kontratazio publikoa. Aldaketa. Eskumena.

ABSTRACT: In the framework of the execution of a public contract some specific causes can change its nature and therefore make necessary some amendments. The contrast that occurs in those cases between the public interest aimed at the maintenance of the contract although it involves an amendment and the premature termination of it due to the inability to perform the agreed service, has provoked that national and european legislators prioritize in some occasions for one or the other. The Spanish legislation up until the passing of the Sustainable Economy Act was very timid regarding the control of amendments. Once Directives from 2014 about public procurement were enacted it was necessary their transposition by following the line that understands that the modifications should be addressed as exceptional and justified with the purpose of not undermining the

competitive nature of bidding. We try to analyze the transposition of the Directive from 2014 by the Public Sector Contracts Act.

KEYWORDS: Public procurement. Amendments. Competition.

RESUMEN: En el marco de la ejecución de un contrato público pueden darse determinadas causas que alteren su naturaleza y, por tanto, hagan necesarias algunas modificaciones. La contraposición que en estas ocasiones se produce entre el interés público ínsito en el mantenimiento un contrato, aunque suponga una modificación, y la resolución anticipada del mismo por la imposibilidad de realizar la prestación pactada, ha provocado que el legislador nacional y europeo se decante en distintas ocasiones por uno u otro. La legislación española hasta la Ley de Economía Sostenible se mostró muy tímida en el control de los modificados. Una vez aprobadas las Directivas 2014 sobre contratación fue necesario a través de su trasposición seguir la línea emprendida en el sentido de entender que la modificación debe tratarse de manera excepcional y justificadamente para no desvirtuar el carácter competitivo de la licitación. Se pretende analizar en este estudio la trasposición de la Directiva 2014 por parte de la LCSP.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública. Modificación. Competencia.

Trabajo recibido el 24 de junio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. Planteamiento general. Ámbito subjetivo de la aplicación de la LCSP en materia de modificación.—III. Ámbito objetivo de la modificación de los contratos. 1. Modificaciones previstas. 2. Modificaciones no previstas. IV. Sobre lo que constituye alteración sustancial del contrato. V. El elemento intencional como determinante de la modificación sustancial.—Bibliografía.

I. Introducción

Es comúnmente aceptado que la parte «sensible» de los contratos del sector público está constituida por la fase de preparación y adjudicación. Es en estas fases donde la transparencia y competencia se encuentran en riesgo de vulneración. Por el contrario, la fase de ejecución de los contratos se ha entendido tradicionalmente como un periodo en el que no había necesidad de garantizar los principios de igualdad de trato que imperan en la contratación, afirmándose que tras la adjudicación se entraba en una fase ad intra.

Esta ha sido también la línea que la legislación española ha seguido sobre contratos públicos, con una regulación muy permisiva en materia de modificados. Se extendió la idea de que los contratos públicos están vivos y necesitan reajustarse a nuevas circunstancias. Si bien esto puede ser cierto, la realidad ha sido que la modificación de los contratos encubría en numerosas ocasiones la falta de diligencia del gestor, de previsión del contratista o la adjudicación directa de nuevas prestaciones(1). La interpretación de que el fin público es inmutable y, sin embargo, el contenido prestacional del contratista es mutable ha sido confirmada en ocasiones por el Tribunal Supremo(2).

Es evidente la contraposición que en este tema se produce entre el interés público ínsito en el mantenimiento del contrato, aunque suponga una modificación, y la resolución anticipada del mismo por la imposibilidad de realizar la prestación pactada. Y es que esto último tiene un enorme coste burocrático y es contraproducente en términos de rentabilidad política y económica(3). Ciertamente la regulación del fondo de los contratos se mueve entre fomentar una interpretación en favor del mantenimiento del contrato que se realice aplicando criterios flexibles en las

(1) GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», en *Jornadas sobre el impacto de las nuevas Directivas de Contratos del Sector Público*, Mayo 2016, pág. 2.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000/ 318) y Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 (RJ 2008/1739).

(3) BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos», en *Anuario del Gobierno Local*, Mayo de 2013, pág. 142.

condiciones de modificación previstas en los pliegos(4), y la no vulneración de los principios de seguridad, transparencia y libre concurrencia.

En la tensión entre el principio de eficacia en el servicio al interés general (continuidad del contrato modificándolo) y libre concurrencia (no modificación, que se respete lo licitado) el Derecho español ha dado más importancia a lo primero y, por el contrario, el europeo a lo segundo(5). Aunque en su redacción inicial, la Ley 30/2007(6) parecía dejar limitada la discrecionalidad administrativa para modificar los contratos(7), la práctica fue otra y la modificación con escaso control se convirtió en una constante, dando lugar a innumerables abusos y corruptelas.

Lo cierto es que, tal y como apuntó el Consejo de Estado(8), la interpretación y aplicación que de los textos legales venía haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 28 de febrero de 1989), la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes ns 1508/93, de 10 de febrero de 1994, y 2582/95, de 1 de febrero de 1996, entre otros) y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informes 48/1995, de 21 de diciembre de 1995, y 50/03, de 12 de marzo de 2004) no difería, en realidad, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La admisibilidad del *ius variandi*, justificada en la necesidad de satisfacer el interés público ínsito en la figura del contrato administrativo, tenía como límite el respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Es por ello por lo que la prerrogativa de modificación unilateral del contrato perdía su razón de ser cuando la modificación tenía especial entidad, de forma que en estos casos de modificación sus-

(4) Tal y como apunta CALVO RUATA, Pablo, en «La zozobra de la modificación de los contratos públicos. ¿Tiempo de hacer la necesidad virtud?, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 03, 2021, pág 385, «si nos posicionamos razonablemente a favor del mantenimiento de los contratos es necesario flexibilizar la interpretación de los hoy numerosos obstáculos a su modificación».

(5) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio de contratos públicos*. X Congreso Asociación Española de profesores de derecho Administrativo, Aranzadi. 2015, pág 2.

(6) Ley de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público.

(7) En este sentido se limitaba la posibilidad de modificar: primero, en las exigencias materiales que habilitaban la modificación, además de la concurrencia del interés público, era necesaria la atención de causas imprevistas, cuya necesidad debía estar justificada en el expediente. La aparición de «necesidades nuevas» ya no ofrecía sustento a la reforma por la Administración de los términos pactados. En segundo lugar, quedaba vedado que la modificación contractual afectase a las condiciones esenciales del contrato. Aun cuando, en aras del principio de igualdad y concurrencia entre licitadores, este límite material al ejercicio del *ius variandi* ya estaba presente en la doctrina del Consejo de Estado, su plasmación legal estaba llamada a contribuir a la observancia de tales principios. Finalmente, en el plano formal, se exigía que la posibilidad de que el contrato fuera modificado se recogiera en los pliegos y en el documento contractual.

(8) Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público.

tancial lo procedente era la resolución del contrato, con reconocimiento al contratista de la oportuna indemnización, y la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación.

La práctica administrativa seguida era, sin embargo, muy distinta. Dado que la modificación no tenía, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como causa de resolución a voluntad del contratista, eran muy frecuentes las modificaciones que rebasaban ese límite y a las que los contratistas no se oponían, resultado al que contribuía especialmente la práctica habitual de efectuar bajas considerables en las ofertas que luego eran compensadas con las modificaciones.

Todo ello fue objeto de varias llamadas de atención por parte de la Comisión Europea (9), a resultas de lo cual la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 11 de marzo) trajo consigo un cambio muy significativo en el régimen legal de modificación (10). A partir de ésta se produjo una mayor transparencia no sólo en las fases de licitación del contrato, sino también durante la ejecución del mismo, lo que redundó en la apreciación generalizada de mejora en la seguridad jurídica de la norma (11).

Resultó paradójico por ello que culminado el colosal esfuerzo de adaptarnos en este ámbito a la Derecho de la Unión, lo que sólo conseguimos con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible, la Directiva sorpresa en 2014 con una regulación mucho más posibilista y permisiva en materia de modificación (12).

Sin embargo, puestos los cimientos de la nueva regulación nacional, más acorde con aquellos principios de transparencia, la LCSP (13) acometió en 2017 la labor de trasponer las Directivas 2014 siguiendo, en lo que a la modificación se refiere la línea emprendida.

Tal y como expuso el Consejo de Estado (14),

(9) Así lo hizo en la Carta de Emplazamiento de 8 de mayo de 2008 y en el Dictamen motivado de 10 de diciembre de 2008 advirtiendo de la indefinición de la ley española antes las situaciones de modificación y la obligada reconducción de la definición y tratamiento de las circunstancias imprevisibles que la permitían.

(10) El Preámbulo de la LES se manifestaba así: En especial se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10% el precio inicial del contrato.

(11) ESTÉVEZ, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa práctica*, n.º 124, Marzo-Abril, 2013, pág 1.

(12) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos... *op. cit.*, pág 3.

(13) Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 22015/24/UE de 26 de febrero de 2014.

(14) Dictamen 1116/2015, 10-3-16.

«La LCSP es más exigente que en la configuración de los supuestos en los que cabe la modificación de los contratos que la Directiva. No obstante, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, tiene cabida dentro de la discrecionalidad del que disfruta el legislador, la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación»

Remarca la reciente Ley que estamos ante una excepción al principio *pacta sunt servanda* por razón de interés público por lo que la modificación solo podrá utilizarse en casos excepcionales y con sujeción a los requisitos establecidos en la normativa aplicable(15). Es una potestad reglada, eso sí, repárese en la dicción legal, plagada de conceptos jurídicos indeterminados.

II. Planteamiento general. Ámbito subjetivo de la aplicación de la LCSP en materia de modificación

La Directiva 2014 sobre contratación pública (16), en lo que a la modificación de contratos se refiere, adoptó un esquema de redacción un tanto confuso. En su artículo 72 recoge los supuestos en los que, por constituir una excepción, puede modificarse el contrato sin necesidad de una nueva adjudicación (17), y en el último apartado recoge la norma general, es decir, cualquier otra modificación que no reúna los requisitos expuestos requerirá una nueva adjudicación.

(15) En este sentido La Autoridad Vasca del a competencia en su Guía sobre contratación pública y Competencia, trata de ofrecer pautas a los órganos de contratación y otros profesionales que intervengan en este ámbito, así como identificar las cuestiones y posibles indicios de conductas colusorias. En este sentido les anima a realizar un seguimiento del número de contratos modificados sobre el total de los contratos licitados por cada entidad pública en aras de determinar la frecuencia con la que los entes públicos recurren a esta figura excepcional. En el mismo sentido les indica la necesidad de realizar un seguimiento de la variación del presupuesto inicial con respecto del precio final pagado en los contratos que hayan sido objeto de modificación en aras de conocer la desviación económica.

(16) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.

(17) DÍEZ SASTRE, Silvia, en «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Contratación Pública», en <http://www.obcp.es/>. Llama la atención sobre la peculiar forma de redacción en la Directiva. 2014.

La Ley española parte de una redacción inversa, a nuestro juicio más lógica. Establece en primer lugar un concepto restringido de la modificación para regular después los supuestos permitidos. Se trata en definitiva de una potestad de la Administración que supone una excepción al principio general de inalterabilidad de los contratos sin el consentimiento de ambas partes que rige en los contratos sinalagmáticos(18).

La Ley refiere su regulación sobre modificación de contratos básicamente a los contratos administrativos, pero extiende parte del articulado sobre modificados a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública (PANAPS). El resto de entes del sector público se rigen en cuanto a efectos y extinción de sus contratos por el derecho privado.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de las modificaciones, hay que distinguir entre modificaciones previstas e imprevistas. Las primeras resultan obligatorias por su propia naturaleza tanto para el contratista que pactó con las Administraciones públicas, si se trata de un contrato administrativo, como con el resto de poderes adjudicadores. Al estar previstas en los pliegos se entiende que el contratista se ha comprometido a llevarlas a cabo en el caso de que surjan las circunstancias establecidas en los pliegos.

Las modificaciones imprevistas resultan obligatorias en los contratos celebrados por las Administraciones públicas, tratándose de un contrato administrativo, pero no así a los celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública. En efecto el artículo 206 LCSP, relativo a la obligatoriedad de las modificaciones imprevistas del contrato cuando no superen el 20% del precio inicial del contrato sin IVA(19), no se extiende a los PANAPS.

Respecto a los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas se les aplica la normativa general sobre cláusulas previstas y no previstas sin posibilidad de imponer la modificación.

La regulación contenida en la Ley se adecúa con carácter general en materia de modificados a los establecido en la Directiva. Esto es, no extiende la normativa sobre modificación a todos los contratos celebrados por entes del sector público.

Ello no obstante, la normativa sobre modificación a los contratos privados, tanto los celebrados por la Administración pública como los celebrados por PANAPS ha sufrido diversas modificaciones en el proceso de elaboración y aprobación de la actual LCSP. Así, en el borrador de Ante-

(18) MEMENTO PRÁCTICO. FRANCIS LEFEBVRE: *Contratación Pública. Abogacía del Estado*. Lefebvre-El Derecho, 2018-2019, pág 348.

(19) DÍEZ SASTRE, Silvia, «La contratación de entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2017 | 09 | 2018, pág 331.

proyecto aprobado en abril de 2015, la normativa de modificación contractual sólo se aplicaba a este tipo de contratos si se trataba de contratos SARA. En la redacción dada al Proyecto en noviembre de 2016 y septiembre de 2017 sin embargo, se extendió la aplicación de la normativa (con las limitaciones apuntadas sobre procedimiento y obligatoriedad) a todos los contratos celebrados por los PANAPS. Quedó sin embargo la exclusión de dicha normativa a los contratos privados celebrados por Administraciones públicas no sujetos a regulación armonizada.

Lo cierto es que el Consejo de Estado (20) en su informe sobre Anteproyecto de 2015 se había manifestado a favor de una flexibilización del régimen de modificación. Afirmó que,

«En la ponderación global del régimen anteproyectado, lo primero que cabe constatar es la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP.

Por este motivo, una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores».

Y en línea con esta postura, consideró el Consejo de Estado que «en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación está más acotada. En efecto no afecta a todos los contratos del sector público sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen».

La posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública recogida en el Anteproyecto, no se correspondía con nuestra realidad que ha llegado a un nivel de corrupción más allá de cualquier previsión. La mayor parte de estos casos se producen en el ámbito de poderes adjudicadores creados ex profeso para eludir la normativa de modificación.

(20) Informe del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016. Documento CE-D-2015-1116.

Esta decisión de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos, suponía un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. El régimen posiblista de la modificación contractual (vinculada a la máxima del *ius variandi*) ponía en cuestión los objetivos de la reforma europea y nacional (21).

Y no se trata tan solo de una cuestión de precaución o de protección de la competencia, es que la no extensión de la normativa a los contratos no SARA de poderes adjudicadores no Administración pública producía en la propia ley numerosos desajustes.

En este sentido, las cuestiones que se suscitasen tanto respecto a las modificaciones previstas como no previstas de los contratos celebrados por los PANAPS, y si se entendía que dicha modificación debió ser objeto de nueva adjudicación, eran competencia de la jurisdicción contencioso administrativa independientemente de que los contratos fuesen o no sujetos a regulación armonizada, lo que no casaba con el hecho de que la modificación de los contratos no SARA de los PANAPS se rejía por el Derecho privado.

Además se producía en el Anteproyecto de Ley una incongruencia apuntada en su día por CODINA ANDRADE (22). En efecto, se recogía con carácter general que las modificaciones no previstas en los pliegos y acordadas por el órgano de contratación que no superasen el 20 % del precio inicial resultaban obligatorias para el contratista. Como el artículo 26.3 del Anteproyecto extendía a los PANAPS la aplicación de todo el régimen de contratación, resultaba que determinadas entidades del sector público se encontraban habilitadas para modificar unilateralmente un contrato.

Pues bien, estos problemas han sido resueltos, al menos sobre el papel, en la redacción definitiva de la LCSP que extiende, como dijimos el régimen general de modificación de los contratos a todos los celebrados por PANAPS.

III. **Ámbito objetivo de la modificación de los contratos**

En la línea del derogado TRLCSP (23), la Ley vigente comienza por excluir del ámbito de la regulación los supuestos de sucesión del contratista, cesión de contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución.

(21) GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector ... op, cit, pág 82.

(22) CODINA ANDRADE, Xabier, «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *La Ley* núm. 78877/2017, pág 2.

(23) Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

La novación subjetiva no se ha considerado tradicionalmente un supuesto de modificación. La Directiva 2014 regula expresamente los supuestos en los que un cambio de contratista está permitido sin necesidad de nueva adjudicación. Se trata de una mera diferencia en la redacción, quizás más clara la de la Directiva al regular en qué casos cabe esta sustitución, y también más limitada puesto que a estos supuestos se les aplicará la restricción de no alterar la naturaleza global del contrato.

Así, en la Normativa europea los contratos públicos sólo podrán modificarse sin necesidad de iniciar un procedimiento de licitación, en lo que a las modificaciones subjetivas respecta, cuando esta modificación sea consecuencia: a) de una opción o cláusula de revisión inequívoca; b) de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de un reestructuración empresarial(24) y; c) de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la Legislación nacional.

La Ley sin embargo continúa tratando la novación subjetiva como un supuesto de sucesión del contratista.

Al margen, por tanto de estos casos, el contrato pactado sólo podrá alterarse en dos supuestos:

1. En función de las circunstancias previstas en pliegos, siempre que no alteren la naturaleza global del contrato.
2. En función de circunstancias imprevisibles, aunque no estén previstas.

Analizaremos con más detenimiento cada una de estos supuestos

1. Modificaciones previstas

La necesidad de regular esta peculiar prerrogativa administrativa ha sido, incluso, puesta en cuestión. Opinan algunos(25) que el *ius variandi* es una potestad que surge de la Ley, por lo que no es necesario ninguna previsión al respecto en el clausulado, es más, un pacto en contra de su ejercicio sería nulo. Los más(26) sin embargo, entienden que concurre interés público en la realización de la prestación tal y como se pactó, por lo

(24) Tal y como apunta GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre ... *op. cit.*, pág 51 para operar la modificación no es suficiente una situación de insolvencia si no se produce en el marco de una reestructuración empresarial.

(25) HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, 1997, pág 25-30.

(26) VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 94, 2020, pág 32.

que es necesaria una habilitación específica y de definición de los límites al ejercicio de la modificación.

La primera limitación que establece la LCSP a las modificaciones previstas, es que no pueden superar el 20 por ciento del precio inicial del contrato (27). El TRLCSP partía de la premisa de que no debía existir limitación respecto al valor pecuniario siempre que la modificación esté prevista en los pliegos. La Directiva excluyó expresamente como límite a la modificación prevista su valor pecuniario. La Ley entiende que no puede preverse cualquier modificación que implique una alteración importante del precio y fija ese tope en el 20% del precio. Esta misma cifra sirve al legislador para determinar una cantidad por debajo de la cual puede la Administración imponer al contratista una modificación no prevista.

Por lo demás, la formulación de las modificaciones previstas se regula en términos similares a lo que establecían el TRLCSP y las Directivas de cuarta generación (28), es necesario que tales circunstancias estén formuladas de forma clara y concisa. Si las condiciones en las que se han previsto dichas modificaciones están fijadas con suficiente claridad no estamos realmente ante modificaciones del contrato sino modificaciones derivadas del propio contrato por lo que no hay riesgo de que se falsee la competencia (29).

La Ley especifica además lo que, en sentido finalista, ha de entenderse por formulación clara y precisa. Esto es, la claridad exigida es la que permita a los licitadores comprender el alcance de la modificación e interpretarla de la misma forma (30), así como que permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los licitadores de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

(27) A juicio de CANALES GIL, Álvaro, y HUERTA BARAJAS, Justo Alberto en *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Ed. BOE, 2018, pág 509, se entiende IVA excluido. Además, tal y como recuerdan los autores, en caso de que como consecuencia de la modificación experimente variación el precio *final* ofertado, deberá reajustarse la garantía definitiva para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado.

(28) La Directiva exige a este respecto que la previsión este recogida de manera clara y se pueda inferir su funcionamiento (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento.) Y ello no sólo para que los licitadores puedan hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse y consecuentemente formular su oferta, sino porque de ello depende el cálculo del valor estimado del contrato.

(29) GALLEGU CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación ... *op. cit.*, pág.32.

(30) El Considerando 111 de la Directiva se refiere a diversas situaciones con carácter ejemplificativo: indexaciones de precios o garantizar que equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos. En todo caso, añade que las cláusulas de modificación que se prevean no deben proporcionar una discrecionalidad ilimitada a los órganos de contratación.

En todo caso estas modificaciones previstas tienen un límite infranqueable, y es que no pueden alterar la naturaleza global del contrato(31).

Así como el TRLCSP(32) no establecía este límite respecto a las modificaciones previstas en los pliegos, tanto la Directiva como la Ley lo consideran, y este límite es la no alteración de la naturaleza global del contrato. En este sentido, de la lectura de la Directiva y de la Ley puede deducirse que «modificación sustancial» y «alteración de la naturaleza global» no son sinónimos, pese a que hay quienes(33) los equiparan. En efecto la alteración de la naturaleza global del contrato constituye un límite a las modificaciones previstas mientras que la modificación no sustancial está siempre permitida incluso aunque no esté prevista.

Cuestión importante por tanto es saber qué ha de entenderse por alterar la naturaleza global del contrato. Nada dice la Directiva en su articulado pero sí en el considerando 109. Se refiere a la sustitución de obras, suministros o servicios por otros diferentes o a la modificación de manera fundamental el tipo de contratación. Al margen de la confusión que introduce el concepto indeterminado «fundamental», un cambio de tipo de contrato lo es, lo importante de la mención es la referencia final, «ya que en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado».

La Ley parte de la misma ejemplificación que la Directiva pero de una manera un tanto más clara y concreta, eso sí, sin la referencia al resultado. Así, son supuestos en los que se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

Pues bien, volviendo a la Directiva podemos plantearnos a qué resultado cuya influencia es decisiva se refiere. De una lectura conjunta del considerando 109 y el 107 puede extraerse que se está refiriendo a mo-

(31) Según el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en acuerdo 76/2015, de 20 de julio. aun cuando las modificaciones estén previstas, las circunstancias que las motivan deben ser imprevisibles. En efecto los pliegos tienen que determinar con absoluta precisión qué se hará (con qué límites, en qué dirección, procedimiento.) ante circunstancias imprevistas.

(32) VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, *La modificación de los contratos ... op. cit.*, pág 173, entiende que la razón estribaba en que la estar descritos en el condicionado son conocidos por las partes y por tanto no alteran el contrato inicial. A juicio de BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre ... op. cit., pág. 146, «ciertamente esta objeción podría superarse con la propia redacción del artículo, porque si la modificación está prevista en el pliego de condiciones debe ser objetiva y permitir al licitador su valoración a efectos de formular su oferta y, por tanto difícilmente cabe que tal modificación altere el objeto del contrato, al formar parte, con carácter esencial del mismo». No compartimos esta opinión puesto que la Directiva parte del mismo supuesto, esto es cláusulas que integren de forma clara la modificación y, sin embargo, añade una condición más, esto es, que la modificación prevista no alteren la naturaleza global del contrato.

(33) BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre concurrencia... op. cit., pág 144; para este autor, sin embargo, «alteración de la naturaleza global del contrato» y modificación sustancial del contrato son conceptos equivalentes.

dificaciones que habrían influido en el resultado del procedimiento en el caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

En efecto, es preciso tener en cuenta que el criterio de la naturaleza global no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato, sino a características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente. En estos términos, se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. A juicio de GALLEGO CÓRCOLES ello sucederá, cuando se rebasen determinados límites cuantitativos, o cuando se altere el equilibrio del contrato en favor del contratista(34).

Lo cierto es que el hecho de que la Directiva se refiera a la posibilidad de modificar con independencia del valor pecuniario pero sin alterar la naturaleza global, límite éste si previsto en la Ley, parece dar a entender que la alteración de naturaleza global del contrato sólo se referirá al valor pecuniario cuando su alteración implique cambios en el procedimiento de licitación.

La Directiva de concesiones hace referencia a un cambio en el tipo de concesión ya que, en este caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados.

2. Modificaciones no previstas (35)

La regulación de las modificaciones no previstas en los pliegos es también más restrictiva en la LCSP que la prevista en las Directivas comunitarias (36).

El origen de esta modificación del contrato lo encontramos en las posibilidades recogidas tanto en el TRLCSP como en las Directivas de 2004 de utilizar un procedimiento sencillo (en concreto negociado sin publicidad) cuando lo que se trataba era de responder a nuevas necesidades que exigían incorporar prestaciones adicionales (no por tanto sustanciales) a las

(34) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación ... *op. cit.*, pág 29. Sin embargo no es esta conclusión a la que puede llegarse de la lectura de la Directiva y de la Ley, que califican una alteración del equilibrio económico del contrato como alteración sustancial que opera, sin embargo, como un primer límite a la posibilidad de modificar libremente un contrato. Como se dijo, no siendo sustancial la modificación puede alterar la naturaleza global del contrato.

(35) A diferencia del TRLCSP, la LCSP en el artículo 205 se refiere tanto a las modificaciones no previstas como a las que estándolo no se ajusten a los requisitos del artículo 204.

(36) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Ley* 15673/2018, pág 5.

inicialmente previstas. La Directiva 2014 y, asimismo la LCSP, recogen la posibilidad de utilizar la potestad de modificar el contrato aunque no estuviese previsto en los pliegos si lo que se va a incorporar son simplemente prestaciones adicionales. Esta opción, no obstante, no es libre sino que está sometida a tres requisitos que analizamos a continuación.

A) HA DE RESULTAR NECESARIO AÑADIR PRESTACIONES ADICIONALES A LOS INICIALES (37)

Estando vigente el contrato se precisa añadir obras, suministros o servicios a los inicialmente pactados.

Cabe plantearse por qué respecto a este supuesto no se establece la salvedad de que en ningún caso se altere la naturaleza global del contrato. A juicio de GALLEGO CÓRCOLES (38) esta frontera está implícita en la propia definición del supuesto, puesto que se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial.

En todo caso será posible la modificación si concurren dos requisitos:

1. No es posible el cambio de contratista por razones de tipo técnico o económico

Inicialmente se produjo una discordancia entre los requisitos que a estos efectos exige la Directiva 2014 para permitir la modificación por cambio de contratista y los que se referían en el Anteproyecto (39).

En efecto según el artículo 72.1.b) de la Directiva se permite la modificación siempre que:

- i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

(37) En este sentido la autoridad Vasca de la Competencia en su Guía de Contratación apunta que Las prestaciones complementarias son prestaciones que se adjudican mediante un procedimiento negociado al adjudicatario de la prestación principal. Debe ser una medida excepcional y su procedencia debe quedar debidamente justificada en el expediente de contratación correspondiente. Las prestaciones complementarias pueden ser utilizadas de manera abusiva, incrementando de manera fraudulenta el presupuesto de ejecución de un contrato o recurriendo a las mismas en casos que no sean imprevisibles. Por este motivo, es importante que los entes públicos presten atención a la conducta de los licitadores, identificando aquellos casos en los que este tipo de prácticas se utilicen de forma sistemática.

(38) GALLEGO CORCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio ... op. cit.*, pág 146.

(39) Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 26 de febrero de 2014.

- ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador

El Consejo de Estado (40) apuntó en su momento sobre la redacción inicial del Anteproyecto de Ley, que no resultaba ajustada a la Directiva. En efecto de la lectura del artículo 71.1.b) se deduce claramente que son dos los requisitos para poder proceder a modificaciones no previstas en los pliegos. Sin embargo el Anteproyecto en su artículo 203.2.a) 1 establecía que se posibilitaba la modificación siempre y cuando se produzca la siguiente situación:

«Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.»

De donde se deduce claramente que pueden darse uno u otro requisito, es decir que no son acumulativos, lo que supone una relajación en las condiciones de la modificación contraria al Derecho europeo. Este desajuste fue corregido en el Proyecto que sustituyendo el término «o bien» por «y así mismo».

A este respecto la Ley es más restrictiva que la Directiva porque ante la previsión de la Directiva, según la cual una posible modificación podría venir justificada en que el cambio de contratista genere inconvenientes significativos o aumentos de costes, la Ley ha añadido, no solo que las dificultades han de ser de importancia, sino que no puede considerarse un inconveniente significativo la necesidad de realizar una nueva licitación

2. El segundo requisito para permitir la modificación es que esta no implique aumento de la cuantía que exceda del 50% de su precio inicial (41)

(40) Informe del Consejo de Estado de 10 de Marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

(41) Tal y como apunta NAVARRETE MEDINA, Paulina, «La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile», en *Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, 2016, pág g 53, el Proyecto español utilizaba un criterio más restrictivo que el recogido en las Directivas puesto que se refería al precio del contrato en lugar de al valor del contrato.

Tal y como se apuntó puede plantearse por qué no se establece aquí la limitación, por otro lado contenida en la Directiva, de que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. Sorprende en todo caso que para un supuesto de prestaciones complementarias se admita un límite tan amplio como el 50% del valor del contrato, pero ya se dijo en otro lugar que del propio articulado se deduce que la alteración de la naturaleza del contrato no se relaciona con la cuantía de la modificación.

En todo caso la regulación puede resultar más restrictiva que la de la Directiva puesto que, a diferencia de esta, la LCSP establece un límite conjunto a todas las modificaciones(42).

B) HA DE RESULTAR OBLIGADO MODIFICAR EL CONTRATO EN BASE A CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS IMPREVISIBLES EN EL MOMENTO DE LA LICITACIÓN DEL CONTRATO

El segundo requisito para poder modificar el contrato cuando no está previsto en los pliegos supone entender que tal modificación no estaba reflejada precisamente por su condición de imprevisible. Evidentemente si se trata de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pudieron recogerse en los pliegos.

El TRLCSP recogía los supuestos que pueden entenderse como circunstancias sobrevenidas que permitan la modificación del contrato (fuerza mayor, caso fortuito, inadecuación de la prestación inicial).

LCSP viene a continuación a enumerar que exige para aplicar este supuesto:

1. Que la necesidad de modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Resulta a nuestro juicio más correcta la referencia de la Directiva a *poder adjudicador*, toda vez que este precepto se aplica también a los PANAPS.

Puede cuestionarse qué aporta esta especificación a la general *que la necesidad de modificar el contrato se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles*. Parece que a la no previsión ha de añadirse la *imposibilidad de previsión*(43). Ciertamente si las circunstancias eran previsibles debieron recogerse en los pliegos por lo que a nuestro juicio se trata simplemente de remarcar que a la Administración se le exige una mínima diligencia y que no podrá excusarse alegando que no previó debiendo hacerlo.

(42) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017... *op. cit.*, pág. 6.

(43) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la... *op. cit.*, pág. 6.

Tal y como se desprende de la jurisprudencia dominante del TJUE(44), obviamente la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión por falta de diligencia o el aumento del riesgo que ya era conocido. La existencia de necesidades nuevas no forma parte de la noción de imprevisibilidad.

En resumen, tal y como se expresa la Junta Consultiva(45),

«Para la determinación de si una circunstancia es o no imprevista debe de tenerse en cuenta dos ideas básicas:

- que tal circunstancia, de conformidad a las reglas del criterio humano no hubiera podido o debido ser prevista
- que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato.»

La Ley se refiere a que las circunstancias sean imprevisibles en el momento de la licitación. Hubiera sido más correcto referirse al momento de la redacción de los pliegos que es en el que se tiene en cuenta las circunstancias que concurren en el contrato.

2. Se requiere además que la modificación no altere la naturaleza global del contrato
3. Que la cuantía del contrato no aumente, aislada o conjuntamente con otras modificaciones del 50% de su precio inicial (46).

C) LA MODIFICACIÓN NO HA DE SER SUSTANCIAL

Esta cuestión será tratada en un epígrafe específico.

IV. Sobre lo que constituye alteración sustancial del contrato

Siguiendo a GALLEGO CÓRCOLES(47) las modificaciones pueden clasificarse en:

(44) PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SANCHEZ RODRIGUEZ, Francisco en «El equilibrio económico de los contratos», en *Observatorio de Contratos Públicos*, 2011, Cívitas, 2012.

(45) Informe JCCA 5/10 de 23 de julio de 2010.

(46) Reiteramos aquí lo dicho respecto a la referencia de la Directiva.

(47) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «¿Qué es una modificación esencial de un contrato?», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011.

- A) Las que no tienen carácter sustancial, que pueden operar sin limitaciones sin nueva adjudicación.
- B) Las que tienen carácter sustancial:
 - b.1) que alteran la naturaleza global del contrato, requieren en todo caso nueva adjudicación
 - b.2) no alteran la naturaleza global del contrato. Estas se permiten siempre que estén previstas en los pliegos (con los requisitos vistos) o, no estándolo, se deban a circunstancias imprevisibles.

Según la Directiva se produce una alteración sustancial cuando nos encontramos ante un contrato de naturaleza materialmente distinta al pactado inicialmente. Se trata de supuestos en los que se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. Realmente la Directiva recoge lo expuesto en la Sentencia *Presstext*(48).

Hasta la Ley de Economía Sostenible la referencia a las condiciones esenciales del contrato no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado cuya concreción quedaba a discreción de la entidad contratante(49)

La LCSP, en línea con la Directiva considera una modificación sustancial en términos mucho más reglados(50). Así, son en todo caso alteraciones sustanciales:

1. La modificación que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 junio 2008. La diferencia es que la Sentencia establece, con mucho acierto, una serie de criterios que se aplican, no aisladamente, sino a un caso concreto puesto que analiza cada modificación realizada para extraer si en ese caso concreto vulnera la competencia. Los criterios son, por supuesto, extrapolables pero no pueden utilizarse rígidamente. Un aumento del precio por encima o por debajo del 10% no tiene siempre el mismo impacto en la competencia, que es lo que habrá que analizar en cada caso.

(49) ESTÉVEZ MARTÍN, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa ... op. cit.* pág 2.

(50) Como es reiterado por la doctrina la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no supone el ejercicio de una potestad discrecional, pero, como también ha sido constatado por la misma, es evidente que en muchas ocasiones ambos conceptos se confunden.

Se entiende que estamos ante supuestos(51) en los que se requiera una aptitud para contratar distinta a la exigida en la contratación inicial o se alteren los criterios de adjudicación del contrato.

A juicio de ROMAR(52) esta exigencia tomada de forma estricta supondría que tendría carácter esencial cualquier modificación que hubiera supuesto una alteración del valor estimado del contrato, y en el cual la solvencia económica y financiera o la solvencia técnica del mismo se hubiera exigido en relación a dicho valor estimado. En efecto, si, por ejemplo, se hubiera exigido como solvencia económica y financiera un volumen anual de negocios de un tanto por ciento del valor estimado del contrato, la variación a la baja del presupuesto y, en consecuencia, del valor estimado que en su caso hubiera tenido el contrato, supondría haber limitado la participación de más licitadores o candidatos en el procedimiento. De ser la modificación al alza, también el procedimiento de contratación inicial hubiera supuesto la selección de candidatos distintos, al no incluir aquellos que no hubieran alcanzado el porcentaje de valor estimado exigido.

La Ley considera que, en todo caso se dará el supuesto de alteración sustancial cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original(53).

2. La modificación que altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista. Es uno de los parámetros más relevantes

(51) Se asemeja a este supuesto la referencia del TRLCSP: 107.3 apartado c): cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente a la exigida en el contrato inicial.

(52) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público... *op. cit.*, pág 8.

(53) No compartimos la opinión de ROMAR que considera que lo que en principio cabe considerar como un ejemplo que recoge la Ley de modificación esencial, posiblemente deba considerarse como umbral al concepto de modificación esencial por esta circunstancia, esto es, la modificación que suponga una variación en el valor estimado del contrato, y en base a ello, una posible diferente participación de licitadores o candidatos en el procedimiento, sólo se considerará como variación esencial —en los contratos de obras y en los contratos de servicios a los que aplique—, cuando la clasificación que en su caso se hubiera requerido hubiera sido distinta, en caso contrario la alteración del valor estimado en estos contratos no tendrá carácter esencial. Y ello por varias razones. Primero porque es posible encontrar supuestos en los que la selección del candidato hubiera sido distinta sin que se exija distinta clasificación, por ejemplo porque se exige mayor solvencia sin que la clasificación sea exigible. En segundo lugar por la propia redacción del articulado; «en todo caso se considerará», de lo que se deduce que es una exigencia de mínimos, no de máximos. En tercer lugar porque la modificación no prevista en los pliegos es una excepción por lo que en todo caso ha de interpretarse restrictivamente. El TRLCSP se refería a una habilitación diferente o condiciones de solvencia distintas.

para determinar si el cambio es o no esencial. Incluso es un criterio determinante de la alteración de la naturaleza global del contrato. En el mismo sentido lo estableció la STJUE de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania* en la que analizaba si la ampliación del contrato de prestación de servicios de socorro respetaba el Derecho de la unión(54). En todo caso se entiende que se altera dicho equilibrio cuando se trate de introducir unidades de obra nuevas cuyo importe represente más del 50% de presupuesto inicial del contrato.

3. La modificación que amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Del adjetivo *importante* se deduce que se permiten ampliaciones del ámbito del contrato que no sean de cierta envergadura. La Ley entiende que en todo caso se considerará que se amplía de forma importante el ámbito del contrato una alteración en la cuantía que exceda, aislada o conjuntamente(55), del 15% del precio inicial en caso de contrato de contrato de obras y un 10% en el resto o bien que se trate de contratos armonizados.

El ámbito del contrato puede ampliarse cuantitativa o cualitativamente(56). Cualitativamente, la Sentencia *Pressetex*, tras un exhaustivo análisis de la implicación de las modificaciones en el precio, concluye que el reajuste en la moneda en que se expresa el precio no comprende una modificación esencial. Entiende la mencionada Sentencia que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

(54) Por su parte el TRLCSP en su artículo 107.3b) se refería a que se altere el equilibrio económico del contrato sin más precisiones. Ciertamente es que la lógica de la limitación a la modificación será que se altere en beneficio del contratista pero en todo caso la redacción del TRLCSP era más restrictiva.

(55) Nuevamente la Ley es más restrictiva que la Directiva, que no tiene en cuenta el cómputo global la alteración del precio,

(56) En estos términos se manifiesta también el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, 1/15 de 6 de noviembre de 2017, que analiza si se produce un cambio cualitativo y o cuantitativo el aumento del número de usuarios en un contrato de servicio de ayuda a domicilio. EN este caso si concluye que desde el punto de vista cuantitativo se ha producido una alteración sustancial del contrato. Así según el informe: «lo cierto es que de la información suministrada en la consulta se deduce que el objeto ha permanecido inalterado en su calidad a lo largo de la vida del contrato a través de sus distintas prórrogas y de los cambios normativos que le han ido afectando, siendo este objeto siempre la prestación en la modalidad de gestión indirecta del servicio de asistencia a domicilio. Esta prestación no ha sufrido variación alguna desde el punto de vista cualitativo y sólo ha variado desde el punto de vista cuantitativo, siendo la principal causa de este cambio que los usuarios del servicio provienen ahora de dos vías distintas, tal y como explica el solicitante de la consulta en la documentación aportada «

Desde este punto de vista, la Ley entiende que se amplía el ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros se hallan dentro del ámbito de otro contrato.

El criterio cuantitativo ha tenido un devenir confuso en la legislación y en la jurisprudencia. Las Directivas europeas utilizan un umbral de *minimis*(57), por contraposición a lo que en su día estableció la STJUE de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03). En efecto, en dicha Sentencia se condenó al Gobierno Español puesto que el TRLCSP permitía alteraciones, por no sustanciales, si no superaban el 10%.

La Resolución de la Dirección General del Patrimonio (58) ya advirtió que la referencia al 10% en el apartado 3d) del TRLCSP había de interpretarse en el sentido de que para entender que la modificación es esencial en todo caso ha de superar el 10%, pero esto no significa que las que sean por debajo del 10% no puedan ser esenciales. Sin embargo en la Sentencia referida la Comisión considera que, al permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10 % respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido (59) contravienen las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que permiten una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato, el precio. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva (60).

Posteriormente en la STJUE (caso Acoset) (61) el criterio se relaja considerablemente puesto que parece dar a entender que en la consideración de si la alteración es esencial o no, han de tenerse en cuenta, incluso superado el umbral del precio, otros criterios, básicamente la influencia en la competencia.

La Sentencia Acoset no considera la alteración del precio producida en el asunto, modificación sustancial, y ello por dos razones. En primer lugar porque lo que se modifica no es el precio en sí, sino el descuento

(57) Informe del Consejo de Estado n.º 1.116/2015.

(58) Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos.

(59) A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que alteran que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan en más o menos, el 10%.

(60) El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de «modificación sustancial de las condiciones originales del contrato» en un concepto cierto.

(61) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009.

inicialmente pactado. Se aumenta el descuento de un 15 a un 20%, pero el razonamiento no lo hace la Sentencia en base a si el descuento o no altera sustancialmente el precio, sino en que, a juicio de la sentencia, el hecho de que se obtenga un descuento más elevado no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales. De esta afirmación se extrae la conclusión contradictoria a la Sentencia *Pressetex* de que una alteración, incluso por encima de un 10% puede no ser esencial si no se distorsiona la competencia. Equivocando, a mi juicio, la causa y la consecuencia. La alteración en más de un 10% es sustancial, precisamente porque debido a su importe se distorsiona la competencia.

Por otro lado, rechaza la Sentencia que se trate de una alteración sustancial porque el incremento del descuento no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.

Parece que la Directiva 2014 sigue esta línea flexible y, retomando el umbral mínimo del 10%, se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración. Lo primero que cabe constatar es por tanto, la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la Normativa europea, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en la Directiva actual.

Y ello a diferencia de lo establecido en la Ley española, cuyo umbral se transforma en un límite porcentual máximo, pues por encima de él la reforma es siempre sustancial e inadmisibles por este concreto cauce. Además la Ley es mucho más restrictiva en cuanto que anuda la cuantía del 10-15%, no a la consideración de sustancial de la modificación, sino a uno de sus supuestos, la ampliación de forma importante del contrato, de tal suerte que una modificación aunque no llegue a los umbrales puede considerarse sustancial, según la norma española por ejemplo porque altera el equilibrio económico del contrato, no siéndolo —sustancial— según la Directiva.

Siguiendo lo dispuesto en la Sentencia *Pressetex* que estableció que una modificación puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos, asimismo se considera una ampliación importante del ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación

Resumiendo esta argumentación, la Junta de Canarias (62), concluye,

(62) Informe n.º 1/2017, sobre posibilidad de modificación de los horarios de apertura establecidos en los pliegos sin que suponga una modificación sustancial del contrato.

«sobre la posibilidad de efectuar una modificación del contrato, en este caso la modificación del horario de apertura al público del chiringuito, debe entenderse que se alteran las condiciones esenciales de la licitación, por varios motivos: 1.—lleva consigo una variación sustancial de las características esenciales ya que el horario de apertura implica casi el doble del actual , al tiempo que este era ya el recogido en la normativa vigente en el momento de la contratación 2.—hay una alteración entre la prestación contratada y el precio , en este caso el canon a abonar a la administración. 3.—Y al no haber modificación con la normativa anterior y vigente en el momento de la licitación, puede concluirse que los licitadores de conocer esta modificación hubiesen concurrido otros interesados o los participante hubiesen presentado ofertas diferentes».

V. El elemento intencional como determinante de la modificación sustancial

De algunas sentencias parece deducirse que para considerar la modificación como esencial es importante analizar el elemento intencional, es decir, si realmente el poder adjudicador y el contratista pretenden con la modificación vulnerar la competencia. Así se desprende, por ejemplo, en la reiterada Sentencia Pissetex,

«De los autos no se desprende que, durante el periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial».

Sin embargo otra Sentencia(63) más reciente rechaza tajantemente esta variable. Mediante la cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea.

A la cuestión, concluye el Tribunal que ni el hecho de que una modificación sustancial de los términos de un contrato público se deba no a la voluntad deliberada del poder adjudicador y del adjudicatario de renegociar los términos de dicho contrato, sino a su voluntad de hallar una solución de compromiso a las dificultades objetivas encontradas en la ejecución de dicho contrato, ni el carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades pueden justificar que se decida proceder a esa modificación sin respetar el principio de igualdad de trato, que debe beneficiar a todas las empresas potencialmente interesadas en un contrato público. De donde debe extraerse que la intención de las partes al modificar se deduce del hecho de que la alteración sea esencial y no al revés.

Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen al contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales del mencionado contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial(64).

Bibliografía

BAÑO LEÓN, José María, «Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos», en *Anuario del Gobierno Local*, Mayo de 2013.

(63) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2016. Asunto C-549/14.

(64) INCIDENCIA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN EN EL TRLCSP (Doctrina de Juntas Consultivas y Tribunales).

- CALVO RUATA, Pablo, «La zozobra de la modificación de los contratos públicos. ¿Tiempo de hacer la necesidad virtud?, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 03, 2021.
- CANALES GIL, Álvaro, y HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Ed. BOE, 2018.
- CODINA ANDRADE, Xabier, «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *La Ley* núm. 78877/2017.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, «La contratación de entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2017 | 09 | 2018.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Contratación Pública», en <http://www.obcp.es/>. 2014
- ESTÉVEZ, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa práctica*, n.º 124, Marzo-Abril, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «¿Qué es una modificación esencial de un contrato?, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio de contratos públicos. X Congreso Asociación Española de profesores de derecho Administrativo*, Aranzadi. 2015.
- GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», en *Jornadas sobre el impacto de las nuevas Directivas de Contratos del Sector Público*, Mayo 2016.
- HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, 1997.
- MEMENTO PRÁCTICO. FRANCIS LEFEBVRE, *Contratación Pública. Abogacía del Estado*. Lefebvre-EI Derecho. 2018-2019.
- NAVARRETE MEDINA, Paulina, «La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile», en *Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, 2016.
- PUNZÓN MORALED A, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «El equilibrio económico de los contratos», en *Observatorio de Contratos Públicos*, 2011, Cívitas, 2012.
- ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Ley* 15673/2018.
- VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 94, 2020.



Del chivato al cooperador: el *whistleblowing*

From the informer to the cooperator: the whistleblowing

JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ (1)

Universidad de Cádiz
josemaria.monguio@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.10>

LABURPENA: Administrazioaren barruko ustelkeriaren eta jardunbide okerren aurkako borrokan ez da neurririk zehaztu, hura erauzi edo behintzat kontrolatzeko aukera emango duenik. Testuinguru horretan, indarrez dator *whistleblowing* ize-neko neurria, lagungarri gisa, argi erakutsi baitu eraginkorra dela horri dagokio-nez. Hala ere, hura legedi espainiarrean sartzea ez da erraz eta azkar egiten den gauza izaten ari; izan ere, birdefinizio juridiko eta kulturala eskatzen du, espainiar legediaren eremua ez dagoelako *a priori* prestatuta hura bezalako neurri bat bertan ezartzeko.

HITZ GAKOAK: Salatzailea. Ustelkeria. Salatzailearen babesa.

ABSTRACT: In fighting corruption and malpractice within the Administration, there is not a single measure that secures its eradication nor simply its monitoring. In this context, it emerges with force the whistleblowing as a contributing measure that has been proven effective in this task. Nevertheless, its introduction into the Spanish legal order is not easy as long as it requires both a legal and cultural redefinition in order to embed it in a field that *a priori* is not prepared for its rooting.

KEYWORDS: Complainant. Corruption. Protection of the whistleblower.

RESUMEN: En la lucha contra la corrupción y las malas praxis en la Administración no se ha individualizado una única medida que permita no ya erradicarla sino simplemente controlarla. En este contexto, surge con fuerza el *whistleblowing* como una medida coadyuvante que ha demostrado su efectividad en este cometido. Sin embargo, su introducción en el ordenamiento jurídico español no está siendo ni fácil ni rápida en la medida que requiere una redefinición tanto jurídica

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER2016-77513-R: Financiado por AEI y FEDER, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad en el desarrollo de una estancia de investigación en la Universidad de Pisa financiada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a través de una beca Salvador de Madariaga durante los meses de abril a octubre de 2019.

como cultural para poder ser insertada en un terreno que *a priori* no está preparado para el arraigo de la misma.

PALABRAS CLAVE: Denunciante. Corrupción. Protección del *whistleblower*.

Trabajo recibido el 25 de julio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. El *whistleblowing* como instrumento en la lucha contra la corrupción.—III. Obstáculos para la implantación del modelo del *whistleblowing*.—IV. Aparición de la normativa de regulación del denunciante en España.—V. El Estatuto del denunciante. 1. Ámbito subjetivo de la protección. 2. Medidas de protección. A. El rol de la confidencialidad en la protección del denunciante. B. Medidas de indemnidad.—VI. Reflexión final.—Bibliografía.

I. Introducción

La corrupción es uno de los grandes y poliédricos problemas que requieren ser afrontados seriamente pues es un mal que se ha extendido de forma transversal y horizontal en las sociedades actuales, tanto de países pobres como ricos y se manifiesta a través de distintas formas y modalidades. No existe un único remedio que permita erradicarla y, hasta el momento, las fórmulas adoptadas, tanto a nivel internacional como nacional, contemplan una serie de pócimas que integran distintas medidas que se han evidenciado como eficaces contra la misma. Entre ellas, la apuesta por la transparencia, la depuración y control del conflicto de interés(2), participación ciudadana, control de los grupos de interés, creación de órganos independientes para el control y persecución de los casos de corrupción y malas prácticas, reforzamiento de los sistemas sancionadores, todo ello en un marco de difusión e implementación de los conceptos de integridad y ética pública a través de distintos instrumentos entre los que se halla la educación(3). Así, al margen de las medidas preventivas, educativas o repre-

(2) Véase J. MARÍA PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El estatuto de los altos cargos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 137-168.

(3) En este sentido, Transparencia Internacional España propuso veinte medidas para prevenir y combatir la corrupción: «1) Promover la despolitización de los órganos constitucionales y disminuir de forma significativa el excesivo poder de los Partidos políticos en relación con la sociedad y los ciudadanos. 2) Reducir el número de aforados (ningún país en Europa tiene tantos aforados como España), así como las características del aforamiento, limitándolo exclusivamente a las actividades y actuaciones relacionadas con el correspondiente cargo público. 3) Prohibición legal de la posibilidad de conceder indultos por corrupción. Es importante que los eventuales corruptos sepan que no van a tener ninguna posibilidad futura de una condonación legal de sus delitos a través de la figura del indulto. 4) Disminución sensible del clientelismo político, disminuyéndose a tal efecto la enorme cantidad de cargos de libre designación existentes en este país. 5) Mejorar diversas disposiciones legales en el ámbito sancionador, incluyéndose a tal efecto la figura del delito por enriquecimiento ilícito, así como el desarrollo de un régimen específico de infracciones y sanciones en la Ley de Transparencia. 6) Aprobación urgente del Reglamento de la Ley de Transparencia, todavía pendiente cuatro años después de haberse publicado la Ley. 7) Publicación de una Ley de protección a los denunciantes: para que los ciudadanos se sientan protegidos legalmente cuando conozcan hechos y deseen formular denuncias por fraude y corrupción. 8) Regulación de los Lobbies: es necesario que se regulen desde un punto de vista legal los lobbies, se propicie su transparencia social, y se establezca obligatoriamente

sivas, se hace necesario, como primer paso, como premisa esencial, en los supuestos en los que existen o pudieran existir hechos constitutivos o indiciarios de corrupción, irregularidades o malas praxis, que aquellos permanezcan ocultos, sino que se articulen medios para que los mismos afloren y puedan ser depuradas las responsabilidades y restablecida la legalidad. En este contexto, se ha revelado la «denuncia» como un elemento si no definitivo sí importante y especialmente la figura del denunciante (4).

Sin embargo, y pese al consenso existente en la utilidad de la medida (5), lo cierto es que esta materia ha sido objeto de una regulación heterogénea y como manifiesta la Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión COM/2018/218 final – 2018/0106 (6), «actualmente, la protección

la creación de Registros de grupos de interés en las distintas instituciones públicas y parlamentarias. 9) Transparencia de las formaciones políticas: es necesario que aumente la transparencia (tanto externa como interna) de los Partidos y de las entidades perimétricas de los mismos (Fundaciones, etc.), siguiendo de esta forma las recomendaciones del GRECO (Grupo de países del Consejo de Europa contra la Corrupción). 10) Cumplimiento por las instituciones públicas de la normativa legal sobre publicidad de sus contratos. De una forma tan inaceptable como preocupante una buena parte de las entidades públicas incumplen la obligación legal de publicar sus contratos y licitaciones en la Plataforma de Contratación del Sector Público. 11) Eliminación del discrecional y poco transparente sistema de libre designación de los Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local, pasando a basarse su designación en los principios de publicidad, mérito y capacidad, para evitar que sean elegidos por los propios Cargos electos a los que van a controlar. 12) Educación: los Partidos políticos y grupos parlamentarios han de entender, y trabajar en aras de ello, que la solución más efectiva a medio y largo plazo es prevenir la corrupción a través de la educación de los ciudadanos, debiendo fomentar medidas para que en los distintos niveles educativos se introduzcan conceptos y materias relacionados con la ética, los valores, la transparencia, la integridad y la prevención de la corrupción. 13) Empresas públicas: es necesario el cumplimiento de unas pautas de transparencia, integridad y rendición de cuentas a los ciudadanos por parte de las empresas de titularidad pública en línea con los 10 Principios anticorrupción para las Empresas públicas recientemente publicados por Transparencia Internacional. En cuanto al necesario aumento de la independencia y la transparencia de la Fiscalía General, se proponen las siguientes medidas: 14) Necesidad urgente de un Código Ético de la Fiscalía. 15) Acabar con la dependencia financiera de la Fiscalía respecto al Poder ejecutivo, y clarificar la relación entre el Fiscal general y el Gobierno, insuficiencias que dificultan su necesaria independencia y transparencia. 16) Afrontar la escasez de recursos humanos y lentitud en la Justicia. 17) Transparencia en los nombramientos de la Fiscalía. 18) Reforma jurídica de la carrera Fiscal. 19) Transparencia en los planes de actuación de los fiscales. 20) Autonomía en la dotación de nuevas plazas de fiscales», en 20 medidas <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>

(4) Así, Transparencia Internacional España en diciembre de 2014 recetó veinte medidas para prevenir y combatir la corrupción en nuestro país, y cuyo punto 7 incluía la «Publicación de una Ley de protección a los denunciantes: para que los ciudadanos se sientan protegidos legalmente cuando conozcan hechos y deseen formular denuncias por fraude y corrupción.», <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>

(5) Existen voces críticas minoritarias sobre las virtudes de las denuncias. Véase MCCARTHY, R. J. «Blowing in the wind: answers for federal whistleblower», *William & Mary Policy Review*, 3, 2012, 187.

(6) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0218>

de los denunciantes en la Unión Europea se encuentra fragmentada en los diferentes Estados miembros y es desigual entre los distintos ámbitos. Las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión con dimensión transfronteriza sacadas a la luz por los denunciantes muestran cómo una protección insuficiente en un Estado miembro no solo tiene un impacto negativo sobre el funcionamiento de las políticas de la UE en ese Estado, sino que puede extenderse también a otros Estados miembros y a la Unión en su conjunto» (Considerando cuarto) (7).

En este contexto, el objeto del presente artículo será la exposición y análisis del estatuto del denunciante y de las dificultades que está encontrando para su implantación en España.

II. El *whistleblowing* como instrumento en la lucha contra la corrupción

En la lucha contra la corrupción no se ha individualizado un único principio activo que permita no ya erradicarla, sino simplemente tenerla controlada. De esta manera, se han diseñado distintas fórmulas magistrales, consensuadas a nivel internacional, que si bien han demostrado sus efectos en el control de la misma, lo han hecho con distintas intensidades en virtud de un conjunto de variantes que cambian en virtud del país, de la cultura...

Entre estas medidas se encuentran la apuesta por la transparencia, la depuración y control del conflicto de interés(8), participación ciudadana, control de los grupos de interés, creación de órganos independientes para el control y persecución de los casos de corrupción y malas prácticas, y reforzamiento de los sistemas sancionadores, todo ello en un marco de difusión e implementación de los conceptos de integridad y ética pública(9) a través de distintos instrumentos entre los que se halla la educación(10). Así, al margen de las medidas preventivas y

(7) Como ilustración de las repercusiones negativas sobre el buen funcionamiento del mercado único, un estudio de 2017 realizado para la Comisión. Así se calculó la pérdida de beneficios potenciales debido a la falta de protección de los denunciantes, solo en el ámbito de la contratación pública, en una horquilla de entre 5.800 y 9.600 millones de euros anuales para el conjunto de la UE Milieu (2017), Estimación de los beneficios económicos de la protección de los denunciantes en la contratación pública, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>

(8) Véase J. M.^o PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Estatuto de los altos cargos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 137-168.

(9) Véase F. PERRONE, «Il Whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A., in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori», en *Rivista di Diritto amministrativo*, 1-2 (2017), págs. 3-14.

(10) En este sentido, Transparencia internacional España propuso 20 medidas para prevenir y combatir la corrupción, <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contrala-corrupcion-2/>

represivas —en las que tradicionalmente se ha basado la lucha contra la corrupción— (11), se hace necesario, como primer paso, como premisa esencial, en los supuestos en los que existen o pudieran existir hechos constitutivos o indiciarios de corrupción, irregularidades o malas praxis, que aquellos no permanezcan ocultos, sino que se articulen medios para que afloren y puedan depurarse responsabilidades y restablecerse la legalidad. En este contexto, se ha revelado como un elemento, sino definitivo, sí importante la denuncia y especialmente la figura del denunciante (12).

Esta afirmación requiere dos aclaraciones importantes:

- a) La denuncia, como comunicación de hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa (13) o penal, está insertada en el ordenamiento jurídico español desde antaño, pero no se ha revelado como un instrumento efectivo contra la corrupción ni las malas praxis en la Administración.

Esta realidad puede tener, entre otros motivos, su origen en cómo ha sido configurada el sistema de denuncia: como un medio a través del cual la Administración puede alcanzar los fines públicos

(11) Véanse, entre otros, los artículos 262 y 264 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Incluso en este ámbito se ha regulado la protección de los denunciantes. Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Esta disposición se ha quedado obsoleta y así la Fiscalía General del Estado ha contemplado entre las medidas en su memoria de 2018, la necesidad de regular la protección de los denunciantes en caso de corrupción de forma adecuada <https://www.economista.es/legislacion/noticias/9380789/09/18/La-Fiscalia-propone-legislar-la-proteccion-del-denunciante-en-delitos-de-corrupcion.html>

(12) Así, Transparencia Internacional España en diciembre de 2014 recetó veinte medidas para prevenir y combatir la corrupción en nuestro país, y cuyo punto 7 incluía la «Publicación de una Ley de protección a los denunciantes: para que los ciudadanos se sientan protegidos legalmente cuando conozcan hechos y deseen formular denuncias por fraude y corrupción.», <https://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion-2/>

(13) Es evidente que la denuncia no es algo nuevo en el ámbito de la Administración y que las leyes de procedimiento administrativo así lo han contemplado y contemplan, como «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo» (art. 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Además, la denuncia podría dar lugar al inicio de un procedimiento (art. 58 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y antes 69.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). También léase el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público o el artículo 26.2.b.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y sobre los Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador, N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador», en *Revista jurídica galega*, núm. 33 (2001), págs. 60-89 y C. DOMÍNGUEZ LUIS, «Reflexiones en torno al Status Jurídico del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador», en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 21 (2005), págs. 125-184.

que tiene encomendados, tanto desde una perspectiva preventiva como para restablecer la legalidad, todo ello sin olvidar el control espurio de la información que se pueda recibir mediante la denuncia en los casos en que aquella pudiera perjudicar o implicar a los empleados públicos y dirigentes. De esta manera, las distintas normas han preterido la figura del «denunciante», como una pieza imprescindible en esta materia. Así no se han previsto, con carácter general, normas destinadas a la protección de los mismos en sentido amplio, restándole eficacia (14). Así, como expresa la Resolución sobre la Protección del Denunciante de Transparencia Internacional, de octubre de 2009, aquella «puede llegar a ser un instrumento crucial para detectar e informar sobre corrupción, fraude y mala gestión en el sector público» pero, para que sea efectiva, tiene que dotarse a su vez de instrumentos o mecanismos que permitan la protección del denunciante (*whistleblower*) (15). No sería ético, como sostiene la OCDE, por una parte incentivar la denuncia y por otra no articular los medios que permitan proteger a la persona que procede a efectuar la denuncia (16). Pero como se planteó Irurzun Montoro, ¿necesitamos proteger al denunciante o delator? (17)

- b) El modelo de denuncia que se ha revelado como eficaz es aquel de la tradición anglosajona (18), *Whistleblowing* (19). Un instrumento que se define en aquella cultura como «il dipendente che, dall'interno del proprio ente di appartenenza (pubblico o privato), segnala condotte illecite, non nel proprio interesse individuale,

(14) En este sentido, la legislación a veces ha sufrido un retroceso en cuanto a las garantías y derechos de los denunciantes como, por ejemplo, en materia de altos cargos. Véase J. M.ª PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Estatuto de los altos cargos, ob. cit.*, pág. 312.

(15) De hecho, resulta significativo, conforme a los datos del Eurobarómetro de 2017 sobre la corrupción que el 81% de los ciudadanos no informaron sobre los casos de corrupción que sufrieron o presenciaron y el 85% afirmó que los trabajadores muy raramente informan acerca de amenazas o perjuicios por temor a las consecuencias jurídicas y financieras. https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2176_88_2_470_ENG

(16) A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnología*, núm. 5 (2014), pág. 64.

(17) F. IRURZUN MONTORO, «Función pública, instrumento de la prevención de la corrupción», en A. BETANCOR (Dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, págs. 214-216. Véase también R. RAGUÉS I VALLÈS, «¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?», en *Diario La Ley*, núm. 9003 (2017).

(18) Véase la breve pero certera exposición del *whistleblowing* en Estados Unidos y en Reino Unido, en P. TRAVAGLIONE, «Il whistleblowing nella normativa italiana e straniera: luci e ombre di una riforma», en *Periodico di Diritto e Procedura Penale Militare*, núm. 1. (2018), págs. 5-14.

(19) En este sentido, MASSARI cuando manifiesta que «*Da qualche tempo, uno strumento per offrire un contributo concreto nel contrasto alla corruzione, anche dal basso, esiste: si tratta del c.d. whistleblowing*», G. MASSARI, «Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modelo sino alla legge n. 179 del 2017», en *Studium Iuris* 9 (2018), pág. 981.

ma nell'interesse pubblico, perchè non venga pregiudicato un bene collettivo: letteralmente tradotto sarebbe il "sofiatore nel fischietto"» (20) y (21). De esta manera, se configura como una fórmula para «superare la logica dell'omertà, típica degli ambiti di lavoro, omertà che deriva da rapporti di colleganza, di amicizia, di dipendenza e che fanno sì che, pero quieto vivere, le persone girino la testa dall'altro lato» (22).

Sin embargo, y pese al consenso existente en la utilidad de la medida (23), lo cierto es que esta materia ha sido objeto de una regulación heterogénea en toda Europa. Así como manifiesta la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión de 2019, «actualmente, la protección de los denunciantes en la Unión Europea se encuentra fragmentada en los diferentes Estados miembros y es desigual entre los distintos ámbitos —de hecho solo en nueve Estados de la Unión Europea tienen una ley específica sobre la figura del denunciante, de las cuales solo dos tienen una antigüedad a tres años (Reino Unido y Hungría) (24)—. Las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión con dimensión transfronteriza sacadas a la luz por los denunciantes muestran cómo una protección insuficiente en un Estado miembro no solo tiene un impacto negativo sobre el funcionamiento de las políticas de la UE en ese Estado, sino que puede exten-

(20) R. CANTONE, «L'Italia investe nel Whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione» en *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico*, ANAC, 2016, pág. 1.

(21) Así como, entre otros muchos, ha manifestado Gargano «L'origine del termine whistleblower è certamente significativa, designandosi con esso il bobbies inglese che soffia nel proprio fischietto per richiamare l'attenzione e fare fuggire i malintenzionati. Letteralmente, dunque, il whistleblower è il soffiatore nel fischietto, e cioè colui il quale «spiffera» al proprio «capo» i comportamenti illeciti dei propri colleghi. È, in estrema sintesi, volendo guardare al lato nobile della spiata, colui che ha il coraggio di denunciare atti corruttivi o irregolarità, chiedendo di mantenere segreta la propria identità al fine di evitare successive ritorsioni o emarginazioni. Il whistleblower denuncia ma, al contempo, chiede di essere tutelato, rompendo quel «muro» di solidarietà fra colleghi: proteggere per evitare che i singoli funzionari non corrotti si sentano isolati ed evitare, così, che si crei un meccanismo di assorbimento implicito di essi all'interno del ciclo corruttivo e che, con il loro silenzio, possano finire per essere collusi essi stessi al sistema partecipando all'occultamento dei profili decisionali della amministrazione», G. GARGANO, «La «cultura del whistleblower» quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione», en *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo*, núm. 1, (2016), págs. 1-2.

(22) R. CANTONE en la comparecencia de 23 de septiembre de 2015 en las Comisión conjunta (II y XI) de la Cámara de los Diputados para la instrucción del proyecto de ley C.1751, en www.camera.it.

(23) N. PARISI, «La lezione che ci viene dal diritto internazionale e le criticità dell'istituto», en *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico*, ANAC, 2016, pág. 4.

(24) Véase el informe *Gaps in the System: Whistleblower Laws in the EU* de Blueprint for Free Speech (2018), <https://blueprintforreespeech.net/wp-content/uploads/2018/03/BLUEPRINT-Gaps-in-the-System-Whistleblowers-Laws-in-the-EU.pdf>.pág. 12.

derse también a otros Estados miembros y a la Unión en su conjunto», (Considerando 4).

III. Obstáculos para la implantación del modelo del *whistleblowing*

Hasta ahora, los obstáculos para la implantación del modelo del *whistleblowing* en España son muy variados y responden a una variedad de factores que difícilmente pueden ser simplificados y entre los que se encuentran los siguientes:

- a) Una cultura diversa, en la que tradicionalmente ha existido una mayor tolerancia hacia las corruptelas y también hacia los fenómenos de corrupción. Una cultura donde las personas picarescas han tenido una valoración no siempre negativa, donde el sentimiento de lo público no está lo suficientemente interiorizado y, por tanto, donde el patrimonio público ha tenido una consideración por muchos colectivos, con todos los matices que se quieran realizar, de *res nullius*.

En este sentido, la dura y amarga reflexión de Alberti, que no puedo compartir íntegramente, pero en la que subyace una cierta dosis de verdad, cuando expresa que «hoy estamos culturalmente degradados, esto es, corruptos. El lenguaje, la conducta, el pensamiento, el gusto, todo aquello que integra el término civilización se ha arruinado como un pan blanco caído en tierra» (25).

- b) Argumentos de naturaleza sociocultural vinculados al carácter negativo que rodea al denunciante como *chivato* y, por ende, el temor a una mala reputación que pudiera derivarse de la acción (26).

Ha existido siempre, y hoy no se puede decir que se haya superado, una valoración negativa de la figura del denunciante que es

(25) V. ALBERTI, *Pane sporco, Combattere la corruzione e la mafia con la cultura*, Milano. 2018, pág. 29. Igualmente interesante es la reflexión del Papa Francisco cuando manifestó, en la reflexión del pasaje evangélico de San Lucas (16,1-8) que «Los administradores corruptos «devotos del dios soborno» cometen un «pecado grave contra la dignidad» y dan de comer «pan sucio» a sus propios hijos...», Misa en la Capilla de Santa Marta el 8 de noviembre de 2013, «El Pan sucio de la corrupción», *L'Osservatore Romano*, ed. sem. en lengua española, n. 46, viernes 15 de noviembre de 2013.

(26) Así, en la *Public consultation on whistleblower protection* de la Comisión Europea de 2017 se concluye que un 45% de los encuestados piensan que no denunciarían por la mala reputación que ello les podría acarrear. Véase https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54254 y Transparencia Internacional (2013), *Whistleblowing in Europe: Legal protections for whistleblowers in the EU* (Denunciar irregularidades en Europa: protecciones legales para los denunciantes en la UE de 2013 https://www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblowing_in_europe_legal_protections_for_whistleblowers_in_the_eu).

percibido como responsable de una traición en lugar, como mantiene MASSARI, de como un «*tutore dell'integrità sociale*» (27). Como prueba de ello el autor, mantiene que esta realidad se evidencia en el propio nombre de la institución del whistleblower. Un término que no tiene un fiel equivalente en la lengua italiana, pero tampoco en la lengua castellana, y que cuenta solo con palabras muy genéricas como señalante, denunciante, alertador (28) que tienen un carácter privilegiado, o bien las intrínsecamente negativas como son las de espía, delator, topo o en España, chivato. Incluso en Italia se encuentran otras expresiones, como *sentinella civica* (29) o *vedetta civica*, que, sin embargo, devuelven la idea de un rol codificado, institucionalizado, casi profesionalizado y no de una elección que se pueda presentar a cualquiera (30).

Resulta de un enorme interés la respuesta de la Accademia della Crusca italiana, cuando ha sido interpelada sobre cómo se debe traducir la palabra *whistleblower*. En el año 2014 respondió que «hasta el momento en el léxico italiano no existe una palabra semánticamente equivalente al término angloamericano. Falta la palabra, pero sobre todo falta el concepto para la opinión pública italiana. La ausencia de una traducción es el reflejo lingüístico de la falta en el contexto socio-cultural de un reconocimiento estable de la «cosa» a la palabra a la que se hace referencia» (31).

Así, la dificultad para encontrar un término tiene su origen principalmente en el intento de encontrar uno equivalente que tenga una connotación positiva. Esta dificultad, como es lógico, no es exclusivamente un obstáculo terminológico, pues, como ha manifestado GARGANO, hunde sus raíces en una dificultad cultural, esto es la complejidad de dar una connotación positiva a la actividad de denuncia evitando que el empleado público,

(27) G. MASSARI, «Il *whistleblowing* all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017», *ob. cit.*, pág. 981.

(28) Véase, por ejemplo, la *Proposició de llei de protecció integral dels alertadors en l'àmbit competencial de la Generalitat*, Presentació: GP JXCAT, GP ERC, GP PSC-UNITS, GP CATECP, SP CUP-CC Reg. 7639 / Admissió a tràmit: Mesa del Parlament, 03.07.2018

(29) Véase «*Attivati! Diventa anche tu una sentinella civica*», <https://www.cittadinanzattiva.it/approfondimenti/attivismo-civico/3696-attivati-diventa-anche-tu-una-sentinella-civica.html> (consultado el 10 de junio de 2019).

(30) G. MASSARI, «Il *whistleblowing* all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017», *ob. cit.* pág. 981-982.

(31) Traducción libre. Véase <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/cosa-indica-comesi-traduce-parola-inglese-w>

aun siendo extraño a la actividad ilícita de otros sujetos, sea un sujeto que mira hacia otro lado. Por eso es necesario transformar un acto de deber en un acto de coraje y, por tanto, el denunciante que cumple con su deber se convierte en un «valeroso guerrero» contra la corrupción en un contexto complejo donde impera el silencio (32).

- c) Por último, ha faltado el sustrato para poder injertar con cierto éxito el instrumento del whistleblower ajeno a nuestra cultura jurídica (33). De esta manera, no resulta suficiente para incorporar a un determinado ordenamiento jurídico un instrumento, una técnica de otra realidad jurídica, hacerlo sin más. Se requiere, en muchos casos, al margen del estudio de la viabilidad y de la coherencia del instrumento con el sistema, la modificación del ordenamiento para eliminar los obstáculos que pudieran dificultar su implantación así como la previsión de medidas de fomento si se entendieran oportunas. También, en otros casos, se puede requerir la adaptación del ordenamiento para hacerlo operativo a la nueva realidad cultural y jurídica, e incluso, en algunos casos, serán necesarias ambas medidas (34).

De hecho, comparto plenamente la opinión de GARGANO, cuando manifiesta que la cultura del whistleblower, «*ciò è la cultura della denuncia per fare emergere fenomeni corrutivi, nella realtà anglosasone ha preceduto la creazione stessa del whistleblowing, mentre nell'esperienza giuridica sia italiana che spagnola, sembra che sia accaduto esattamente l'inverso o che, peggio, si voglia creare la cultura della prevenzione attraverso il whistleblower*» (35).

Así, entre otras cuestiones, no parece lógico pretender o impulsar la denuncia sin articular los medios para proteger a los que llevan a cabo la acción que hasta ahora es una acción de coraje con consecuencias generalmente negativas para quien lleva a cabo la acción. Por ello, hasta que no se articulen medidas efectivas que hagan seguro el acto de denuncia difícilmente se podrá insertar la técnica, todo ello acompañado de un tra-

(32) G. GARGANO, «La «cultura del *whistleblower*» quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione», *ob. cit.* pág. 5.

(33) En este sentido resulta de gran interés el artículo de R. LATTANZI, con el sugerente título «*Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi*», in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2 (2010), págs. 335 y ss.

(34) En este sentido Gargano manifiesta que «*non basta prevedere strumento ma si deve modificare il sistema in cui inserirlo*». G. GARGANO, «La «cultura del *whistleblower*» quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione», *ob. cit.* pág. 21.

(35) *Ibid.*

bajo importante de naturaleza educativa sobre el concepto de lo público y del deber pero también el derecho que tenemos todos a protegerlo, pues en ello va el bien común que también es gran parte de nuestro bien particular.

Por tanto, como síntesis, la dificultad entre otros muchos motivos, tiene un origen de naturaleza cultural que hace difícil la introducción de la asunción por parte de la ciudadanía de la utilidad y los beneficios de la misma. Una asunción que requiere un cambio de concepción tan radical que supone pasar de considerar al denunciante como un chivato a entenderlo casi como un «héroe». En este sentido, es interesante cómo la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, para reforzar la protección de los denunciantes en la UE, de 23 de abril de 2018, cuando hace hincapié en esta cuestión anima a los Estados miembro a tener en consideración medidas adicionales que incluyan medidas prácticas en el campo de la concienciación con el propósito de «promover una percepción positiva de los denunciantes como personas que actúan en aras del bien público y por lealtad a su organización y a la sociedad» (36).

IV. Aparición de la normativa de regulación del denunciante en España

La regulación del denunciante y de su protección se ha visto abordada por algunas Comunidades Autónomas (37), generalmente de forma parcial al interno de otras disposiciones, salvo la excepción de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autónoma sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes en la Comunidad de Castilla y León (38).

En el ámbito estatal exclusivamente encontramos la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denun-

(36) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-214-F1-ES-MAIN-PART-1>. PDF del Consejo pág. 12.

(37) Véanse el apartado III Experiencias autonómicas del trabajo de CAMPOS ACUÑA, «*Whistle-blower*: Análisis del denunciante de buena fe en el ordenamiento jurídico español», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12 (2018), pág. 5 y ss y el apartado IV, Experiencia autonómico-legislativa en la materia en G. VESTRI «Aproximación al sistema de «whistleblowing». Un nuevo desafío para la Administración Pública española», en *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 51 (2019).

(38) Resulta bastante ilustrativo el titular de *El País* de 7/01/2017 *Las Autonomías regulan la protección de los denunciantes de corrupción: Las Comunidades toman la delantera al Gobierno en la regulación*, https://elpais.com/politica/2016/12/29/actualidad/1483033435_397511.html.

cientes (122/000022), presentada el 15 de septiembre de 2016, por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y que caducó como consecuencia de la finalización precipitada de la XII Legislatura (39). Una iniciativa que no puede considerarse aislada pues desde la Unión Europea se estaba tramitando la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión de 2019, que en parte tiene su antecedente en la Resolución de 20 de enero de 2017, sobre la protección de denunciantes en la protección de intereses financieros de la Unión y de 24 de octubre de 2017 sobre medidas legítimas para la protección de denunciantes de infracciones que actúan en aras del interés público, que solicitaban que se presentará una propuesta legislativa horizontal para garantizar un elevado nivel de protección a los denunciantes de la UE, tanto en el sector público como privado, en las instituciones de la UE como nacionales. En este sentido, el Estado español se queda en una situación muy deficiente a nivel internacional (40) al carecer de un régimen que proteja a los delatores o denunciantes de fraude y corrupción (41). Así han sido distintos los informes y respectivos llamamientos para que nuestro Estado afrontara esta im-

(39) El 21 de febrero de 2017 se produjo la votación de la toma en consideración de la Proposición de Ley que arrojó 337 votos a favor (99%) y 5 abstenciones (1%). Cfr. <https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=30&votacion=1&legislatura=12> (consultado el 24 de diciembre de 2018). La finalización anticipada de la XII Legislatura ha impedido la aprobación de la citada proposición de ley pese a que se encontraba en un estado muy avanzado en su tramitación. Sin embargo, la importancia de la materia no ha hecho más que crecer y una muestra de ello es que tres partidos políticos incluyen la regulación de la materia en sus respectivos programas. Así, el Partido Socialista prevé, en el apartado 4.25: «Promover un Pacto de Estado que incluya una ley integral sobre la lucha contra la corrupción que incluya la protección del denunciante y que sea fruto del máximo consenso posible», <https://elpais.com/especiales/2019/elecciones-generales/programaselectorales/pdf/psoe-programa-electoral-elecciones-generales.pdf>. Por su parte Ciudadanos prevé, en el apartado II, medida 15, «15. Aprobaremos una Ley de Protección del Denunciante de Corrupción. Protegeremos a todas las personas que denuncien casos de corrupción u órdenes ilegales de sus superiores. Crearemos una Autoridad Independiente de Integridad Pública para erradicar la corrupción, fiscalizar a nuestros cargos públicos y garantizar que su actuación responde al interés general», www.ciudadanos-cs.org/programa-electoral. Por último, Podemos contempla que «Se prestará asesoramiento técnico y formación actualizada a los agentes especializados en la prevención y persecución de la corrupción y al conjunto de los trabajadores y trabajadoras del sector público; y, asimismo, se ofrecerá protección real a quienes denuncien, pues casi siempre se enfrentan en solitario a la maquinaria de la corrupción con graves consecuencias, al tiempo que se habilitarán formas seguras y veraces de denuncia para proteger la identidad de las personas que denuncien». Programa Podemos <https://elpais.com/especiales/2019/elecciones-generales/programas-electorales/pdf/podemos.pdf>

(40) Véase O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, «La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español», en *Revista Cultura de la Legalidad*, núm. 13 (2017), págs. 114-147.

(41) Es ilustrativa la noticia: *Europa protege a los denunciantes de corrupción mientras España los machaca* (*Diario 16*, 26/01/2018).

portante cuestión (42). Así, por ejemplo en el informe *Gaps in the System: Whistleblower Laws in the EU* de Blueprint for Free Speech (2018), España obtuvo un cero en los nueve puntos que valoraba (43) junto con la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Lituania y Polonia, aunque también es cierto que, conforme al mismo informe, solo nueve países de los veintiocho de la Unión tienen una ley específica de protección de los denunciantes y exclusivamente dos de ellas, como hemos visto, tienen una antigüedad superior a tres años (Hungría y Reino Unido) (44).

El informe citado concluye manifestando que «No hay una ley específica sobre la protección de *whistleblowers* (denunciantes de irregularidades) que están empleados en España y la legislación actual se refiere sólo de manera indirecta al *whistleblowing* (o la denuncia de irregularidades)» (45). Todo ello pese a que, según el informe, «Si bien la extendida corrupción y las fallas sistemáticas del gobierno han contribuido al colapso económico del país durante la crisis financiera y las organizaciones internacionales como la OCDE han insistido a España a introducir estrictas protecciones a *whistleblowers*, la voluntad política de hacerlo sigue siendo débil (46).

(42) Así, por ejemplo, la OCDE en su informe *Committing to Effective Whistleblower Protection* de 2016 señala a España como uno de los países sin ningún tipo de protección específica para los denunciantes el sector público. <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Committing-to-Effective-Whistleblower-Protection-Highlights.pdf> (consultado el 9 de mayo de 2019).

(43) <https://blueprintforfreespeech.net/wp-content/uploads/2018/03/BLUEPRINT-Gaps-in-the-System-Whistleblowers-Laws-in-the-EU.pdf>. págs. 6 y 45 (consultado el 9 de mayo de 2019).

(44) <https://blueprintforfreespeech.net/wp-content/uploads/2018/03/BLUEPRINT-Gaps-in-the-System-Whistleblowers-Laws-in-the-EU.pdf>. pág. 12.

(45) En un mismo sentido, las recomendaciones de Transparencia Internacional cuando deja de relieve como en España «no existe una regulación legal alguna de alcance nacional que ampare y permita ofrecer la protección adecuada a trabajadores y funcionarios que conociendo un caso de corrupción o de fraude, decidan denunciarlo». Así, Transparencia Internacional continúa manifestando que «En la actualidad, en España, aún nos encontramos lejos de una legislación adecuada en materia de protección de denunciantes. Nuestro ordenamiento jurídico no contempla *stricto sensu* la figura del *whistleblower* o denunciante, aunque sí se recogen algunas otras asimilables en parte a ésta, como por ejemplo la figura del arrepentido en el derecho penal. El código penal nos indica que esta figura podría aplicarse en los casos en que un imputado o investigado muestre su arrepentimiento colaborando con la justicia, recibiendo como incentivo la reducción o exención de su pena. La figura del arrepentido se diferenciaría de la del *whistleblower* en la medida en que éste último denuncia el delito sin participación en el mismo, mientras que en el arrepentido existe una participación activa o pasiva en el ilícito». Cfr. *Position paper de Transparencia Internacional España sobre protección de los denunciantes (Whistleblowing)*, abril 2017, https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf.

(46) <https://www.changeofdirection.eu/assets/briefings/EU%20briefing%20paper%20-%20Spain%20-%20spanish.pdf>

Disposiciones que abordan directa o indirectamente la figura del denunciante (47)

Internacional	Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.
UE	Resolución de 24 de octubre de 2017 sobre medidas legítimas para la protección de denunciantes de infracciones que actúan en aras del interés público. Resolución de 20 de enero de 2017 sobre la protección de denunciantes en la protección de intereses financieros de la Unión. Directiva 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.
Estado	122/000022 Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (caducada).
Aragón	Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas.
Asturias	Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés.
Castilla y León	Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.
I. Baleares	Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears.
C. Valenciana	Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana. Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental. Ley 25/2018, de 10 de diciembre, de la Generalitat, reguladora de la actividad de los grupos de interés de la Comunitat Valenciana.
Cataluña	<i>Proposició de llei de protecció integral dels alertadors en l'àmbit competencial de la Generalitat</i> (48).
C. Murcia	Proposición de Ley de Gobierno Abierto y Lucha contra la corrupción de la Región de Murcia(49).

(47) Este listado no es exhaustivo.

(48) Presentació: GP JXCAT, GP ERC, GP PSC-UNITS, GP CATECP, SP CUP-CC Reg. 7639 / Admissió a tràmit: Mesa del Parlament, 03.07.2018.

(49) Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, el 9 de julio de 2018, <http://wwwold.asambleamurcia.es/armnet/iniciativas.jsp>.

La aparición de estas normas y de las que están por venir —Andalucía y Murcia han anunciado leyes específicas—, a mi juicio no es casual, y responde a un nuevo escenario que se ha ido fraguando en la última década. Un escenario que es fruto de una nueva realidad de la Administración y del rol activo que demanda la ciudadanía y se ha visto acelerado por la crisis económica, pero cuya simiente era anterior. Una nueva realidad que orbita sobre los principios de buen gobierno y buena administración que obligan a un cambio de perspectiva. De esta manera, leyes de transparencia, de participación o de altos cargos, incluidas las nuevas leyes de procedimiento administrativo y del sector público, son una evidencia de lo mencionado (50). Así, el Estatuto del denunciante no hace más que responder, aunque sea en parte, a una menor tolerancia hacia la corrupción y corruptelas en el seno de la Administración, pero también al deseo de colaborar en la lucha contra esas prácticas. De hecho, la denuncia no es más que una forma de participación ciudadana y así lo ha resaltado, entre otros, CERRILLO I MARTÍNEZ cuando manifiesta que «la ciudadanía está llamada a tener un papel relevante en la prevención de las malas prácticas en la Administración Pública» (51).

De esta manera, el avance y desarrollo de la democracia a través de buen gobierno requiere la participación y retroalimentación de cada uno de los pilares que la sustentan.

Difícilmente puede haber transparencia sin participación, o al revés, o buena administración sin las anteriores, y en este contexto el denunciante que actúa como instrumento de alerta cobra una relevancia significativa (52).

(50) Como ejemplo de esta línea se encuentra Castilla y León con las siguientes normas: Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León, Ley 2/2016 por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes y Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

(51) A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública», en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 6 (2018). Véase el Barómetro de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2018, la ciudadanía cada vez tiene más conciencia del papel clave que tiene en la lucha contra la corrupción, <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2018/314-corrupcio.html>.

(52) Así CERRILLO I MARTÍNEZ, «Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública», *ob. cit.*— entiende que «es fundamental garantizar la máxima transparencia posible de la actividad pública y diseñar mecanismos que permitan canalizar la participación de la ciudadanía en la prevención y lucha contra la corrupción».

V. El Estatuto del denunciante

La protección al denunciante es una de las premisas esenciales del sistema del *whistleblowing* (53), pues la realidad nos deja muestras de la reticencia a denunciar actos de corrupción o corruptelas por el temor a las consecuencias que se pueden derivar de esa acción (54). Distinto es el hecho de la intensidad de los medios de protección o incluso la renuncia o desistimiento del denunciante de los medios que se pudieran contemplar.

De esta necesidad se hizo eco la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, para reforzar la protección de los denunciantes en la UE, de 23 de abril de 2018 (55), cuando se exponía que Según la encuesta especial del Eurobarómetro sobre corrupción de 2017, en torno a uno de cada tres europeos (29%) considera que no debería denunciarse la corrupción, ya que no hay protección para quienes la denuncian. En la consulta pública de 2017 de la Comisión, el miedo a las consecuencias legales y financieras fue la razón más citada para justificar por qué los trabajadores no denuncian las irregularidades. El temor a las represalias está a menudo bien fundado» (56).

Igualmente, la encuesta Global Business Ethics Survey de 2016, realizada a más de 10.000 trabajadores en los sectores privado, público y sin ánimo de lucro en 13 países, arrojó que el 33% de los trabajadores habían tenido conocimiento de faltas; el 59% de ellos las denunciaron y el 36% de estos sufrieron represalias (57). En un sentido similar en el Eurobarómetro sobre la corrupción de 2017 se evidencia que el 29% de los europeos considera que no debería denunciarse la corrupción, ya que no hay protección para quienes denuncian (58). Pero, es más, en la consulta pública sobre la protección de denunciantes que realizó la Comisión Europea el miedo a las consecuencias legales (80%) y económicas (70%) tuvieron un peso significativo a la hora de justificar los motivos por los cuales los trabajadores no mostraban una actitud más proac-

(53) Véase J. D. AMOEDO BARREIRO, «Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes», en *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4 (2017).

(54) Todo ello sin perjuicio de la connotación negativa que ha tenido siempre el denunciante-chivato en nuestra cultura. En el mundo anglosajón el término es muy diverso: *whistleblower* hace referencia al policía que ante un acto ilícito hacía uso del silbato para evidenciar la conducta.

(55) <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-214-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

(56) https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2176_88_2_470_ENG

(57) Véase <https://www.ethics.org/knowledge-center/2016-global-business-ethics-survey/>

(58) https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2176_88_2_470_ENG https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54254

tiva hacia las denuncias de hechos producidos en el seno de su organización. Sin embargo, sería un error considerar que las represalias o el miedo a las mismas son el único elemento que limita o entorpece el instrumento de las denuncias, pues existen otras muchas que se evidencian en el Eurobarómetro citado (59). Entre ellas se hallan la dificultad de presentar pruebas (45%), incluso la idea que en el caso que dispusiesen de las mismas, los responsables no serían finalmente castigados (32%), sin perjuicio del reconocimiento de los medios e instrumentos para hacerlo (60).

España no es una excepción a esta realidad, ya que la preocupación por la corrupción ocupa la segunda posición en el Barómetro del CIS de abril de 2018, solo detrás del paro (61) y aunque tenga un carácter parcial, en el barómetro de la Agencia Catalana Antifraude del año 2018, en el apartado de «La corrupción en Cataluña: percepciones de la actitud ciudadana» se destaca que entre los obstáculos para denunciar se encuentran las posibles represalias, que representan un 30% (62).

Sin embargo, la protección, como resulta evidente, no se circunscribe a evitar las represalias, que no se producen en todos los casos de denuncia, sino que debe entenderse en un sentido muy amplio (63). Un con-

(59) Junto con estos motivos, también se encuentran argumentos de naturaleza sociocultural vinculados al carácter negativo que rodea al denunciante como «chivato» y, por ende, el temor a una mala reputación (45%), cfr. https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54254 y Transparencia Internacional (2013), *Whistleblowing in Europe: Legal protections for whistleblowers in the EU* (Denunciar irregularidades en Europa: protecciones legales para los denunciantes en la UE de 2013 https://www.transparency.org/whatwedo/publication/whistleblowing_in_europe_legal_protections_for_whistleblowers_in_the_eu). En el mismo sentido la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, para reforzar la protección de los denunciantes en la UE, de 23 de abril de 2018, hace hincapié en esta cuestión cuando anima a los Estados miembro a tener en consideración medidas adicionales que incluyan medidas prácticas en el campo de la concienciación, con el propósito de «promover una percepción positiva de los denunciantes como personas que actúan en aras del bien público y por lealtad a su organización y a la sociedad», <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-214-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> del Consejo pág. 12.

(60) https://data.europa.eu/euodp/es/data/dataset/S2176_88_2_470_ENG

(61) <https://www.abc.es/gestordocumental/uploads/nacional/cis-abril-2018.pdf>. Igualmente, en el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional de 2017 en el que se recoge el grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas, entre 100 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto), España tiene 57 puntos y está en el ranking en el número 42 por encima de Katar (63), Botswana (61) o Costa Rica (59). https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf

(62) <https://www.antifrau.cat/es/barometro-2018.html>

(63) Las medidas de protección son o pueden ser muy amplias y en España existen numerosos vacíos. Así, en la *position paper* de Transparencia Internacional de España sobre Protección de denunciantes (*Whistleblowing*), de abril de 2017 se citan una gran variedad de medidas que deben ser sometidas por el Legislador al menos a consideración, como son: «Garantía de confidencialidad de la identidad del denunciante durante la tramitación del procedimiento para evitar represalias, tanto de compañeros como de jefes o superiores. —Prohibición expresa de remoción del cargo del denunciante durante la sustanciación de las actuaciones originadas a partir

cepto que debe integrar toda una serie de medidas que van más allá de evitar o prevenir las represalias, sino articular todo un sistema de garantías que permitan efectuar o realizar la comunicación de los hechos o indicios que pudieran ser constitutivos de irregularidades, malas praxis o actos directamente de corrupción con los suficientes resortes como para que la persona se encuentre respaldada por el sistema a través del reconocimiento de determinados derechos, como el de confidencialidad, asis-

de la denuncia realizada. —Designación de un órgano independiente (o ajeno a la empresa en caso de entidades privadas) para la tramitación de las denuncias. —Establecimiento de plazos temporales razonables para la tramitación de la denuncia efectuada. —Concesión del traslado provisional a otro puesto de trabajo de similares características al denunciante durante la sustanciación del procedimiento para así evitar represalias por parte de compañeros o superiores (siempre y cuando sea posible). —Garantía de representación legal al denunciante en caso de ser necesaria. —Establecimiento de una autoridad pública con potestad de establecer sanciones para el caso en que se tomen represalias contra el denunciante, se obstaculice o se interfiera en el proceso de tramitación de la denuncia. —Facilitar la admisión de denuncias sin necesidad de mayor aportación de documentación que la sustente, posibilitando incluso aquellas denuncias que surgen a partir de presunciones y que requieren de investigación para ser determinadas como indicios de hechos delictivos. —Refuerzo de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, restringiendo la libre designación para puestos funcionariales y protegiendo al personal laboral del despido por denuncias de corrupción o fraude y regulando con mayor precisión los supuestos de conflictos de intereses. —Mejora de los estándares éticos en la Administración Pública a través de formación específica y campañas informativas en materia de integridad, transparencia y prevención de la corrupción. —Revisión del régimen de regulación de las sociedades públicas y de las normas de conflicto de intereses para evitar que sus órganos de dirección sean ocupados por quienes hayan ostentado con anterioridad cualquier otro cargo público y/o político o privado que pudiera constituir un conflicto de intereses para el correcto desarrollo de la actividad social de la empresa pública. —Promover una contratación rigurosa del personal laboral de las empresas públicas, de acuerdo a estándares técnicos previamente establecidos. —Establecer medidas para proteger al personal de las empresas públicas de posibles represalias por denuncias y frente al despido por la misma causa, a la vista de que es en dichas empresas en las que surgen hechos irregulares o de corrupción con mayor facilidad. —Contemplar la posibilidad de designar como autoridad canalizadora de las denuncias recibidas al Defensor del Pueblo, a través de la creación de un área específica para la transparencia y corrupción encargada de intensificar el control dentro de las AAPP y de posibilitar la recepción de denuncias, no solo por parte del personal laboral de las AAPP, sino también de ciudadanos particulares y personal laboral de entidades privadas», https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf. En este sentido, como se puede apreciar, queda por hacer y para ello puede resultar muy interesante acudir a distintos textos normativos y recomendaciones internacionales y de medidas concretas que ya han sido adoptadas a nivel nacional. Por ejemplo, la Recomendación sobre la protección de los denunciantes del Consejo de Europa, el informe sobre el compromiso con la protección eficaz de los denunciantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2016, <http://www.oecd.org/corporate/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.htm> y la Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de los denunciantes de las Naciones Unidas https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf; el Compendio del G20 de mejores prácticas y principios de orientación para la legislación sobre la protección de los denunciantes <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/publicationsdocuments/2/>; los Principios internacionales para una legislación en materia de protección de los denunciantes de Transparencia Internacional de 2013, la Recomendación sobre directrices de la OCDE para gestionar conflictos de interés en el sector público de 2003 <http://www.oecd.org/development/governance-development/33967052.pdf> y la Guía de mejores prácticas para una legislación en materia de denunciantes (2018) https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation.

tencia jurídica (64), cauces seguros de comunicación, indemnización por los perjuicios que pudiera sufrir (65), garantías de que la denuncia será investigada, sin olvidar entre otras muchas cuestiones la previsión de un conjunto de infracciones para el personal que vulnere las garantías y derechos de los mismos. Cuestiones y medidas todas ellas que debe conformar el «estatuto del alertador». Así, regresando de nuevo al barómetro de la Agencia Catalana Antifraude del año 2018, observamos que los obstáculos para efectuar las denuncias son fundamentalmente cuatro, que coincidan con los expuestos anteriormente a nivel europeo:

Obstáculos para denunciar conforme al barómetro de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2018 (66)

48%	30%	27%	17%
Dificultad de reunir pruebas suficientes	Por las represalias	El responsable no será castigado	No sabe dónde denunciar

(64) El derecho a la asesoría legal se recoge en distintas normas autonómicas, una asesoría orientada a informar de todos los aspectos vinculados a la denuncia formulada o incluso que se quiera formular, al objeto de conocer los trámites, requisitos, derechos y consecuencias que se pudieran derivar [Cfr. arts. 47.1 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, 14.1.d) Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y 4.d) Proposición de Ley 122/000022, Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, a proposición de Ciudadanos]. Sin embargo, resulta significativo que no se haya previsto la representación legal en los casos en los que la persona se viera obligada a personarse en un juicio, como por ejemplo ha solicitado Transparencia Internacional en España. *Position paper* de Transparencia Internacional España sobre Protección de denunciantes (*Whistleblowing*), de 2017, en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf.

(65) Al margen de la confidencialidad, las leyes autonómicas prevén otra serie de derechos y/o garantías para los denunciantes y otras destinadas a proteger al denunciante en *stricto sensu*, tanto por las represalias posibles como por las efectivamente soportadas. En este marco cobran una especial relevancia las cuestiones relativas al ámbito laboral que determinan que al margen de la indemnidad puede ser necesaria la adopción de otra serie de medidas con el fin de preservar la estabilidad de las personas denunciantes. Así se prevé la posibilidad, con carácter excepcional, de traslado de la persona que haya facilitado la información a otro puesto de trabajo, condicionado siempre a que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional —art. 47.3 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón— o de similares características —art. 3.3 Castilla y León 2/2016—, siempre que concurren circunstancias que así lo requiriesen o aconsejasen y que el denunciante lo acepte —3.3 Ley Castilla y León 2/2016—. Incluso en los supuestos más graves, como se prevé en la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón que establece que «la Agencia (...) excepcionalmente, podrá también instar al órgano competente la concesión de permiso por tiempo determinado con mantenimiento de su retribución», sin perjuicio de la satisfacción tanto del lucro cesante como del daño emergente. Véase el epígrafe sobre *Medidas de indemnidad*.

(66) <https://www.antifrau.cat/es/barometro-2018.html>

Donde se observa que la efectividad del Estatuto del denunciante va más allá de la simple protección durante el tiempo que transcurre la denuncia, sino que también tiene un alcance previo a la misma e incluso sus efectos se extienden con posterioridad a la tramitación.

Por tanto, en este escenario, la protección del denunciante resulta esencial para la eficacia del sistema de denuncia. Una protección que debe tener un alcance distinto, ser casi personalizado y contemplar medidas específicas, pues las situaciones que se pueden producir serán de una enorme disparidad y requerirán intervenciones distintas.

En este sentido, entiendo que el objetivo de las distintas normas que regulan la materia debiera ser, entre otras cuestiones, contemplar una serie de instrumentos destinados a prevenir perjuicios y represalias que pudieran experimentar los denunciantes dentro de un marco amplio que definiera el estatuto del denunciante, pero también medidas para asegurar la información, la defensa jurídica en su caso, la indemnización en los casos en que sufra daños (67), todo en la garantía de la confidencialidad (aunque existe una tendencia hacia el anonimato).

Pero igualmente el sistema debería contemplar medidas de protección y garantías para las personas que trabajen o desempeñen su labor en los canales internos fundamentalmente (68), pero también en los externos, al igual que medidas de garantías para los denunciados, en el caso de denuncias temerarias, mal intencionadas o simplemente falsas.

1. Ámbito subjetivo de la protección

La denuncia, como está contemplada en la Ley de Procedimiento, no tiene limitaciones y, por tanto, se puede dar cuando «cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo.» (art. 62.1 Ley 39/2015). Sin embargo, las distintas normas que han regulado la protección de los denunciantes no han previsto de igual ma-

(67) En este sentido, resulta interesante la previsión de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón cuando dispone que «El denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando acredite la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente, consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público». De esta manera, se reconoce expresamente esta vía para la reclamación de los daños que haya podido sufrir como consecuencia de la denuncia.

(68) Véase sobre los canales internos de denuncias, M. A. DAVARA RODRÍGUEZ, «Los sistemas internos de denuncias: el *whistleblowing*», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 2 (2011), págs. 204-210 y también J. DA MOTA JUNIOR, «La protección del funcionario público denunciante *Whistleblower*: un enfoque en la reciente tutela jurídica brasileña», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 29 (2012).

nera quién *podrá denunciar*, aunque realmente no es así pues podrá hacerlo cualquier persona, la cuestión es que no podrán acogerse a la protección salvo que se encuentren en el ámbito subjetivo de la disposición correspondiente.

De esta manera, con un carácter sistemático, se pueden diferenciar dos grupos. En el primero, de carácter rígido, se encuentran aquellas leyes que exclusivamente consideran alertador o denunciante al «personal al servicio de las Administraciones Públicas». Así en Castilla y León se refieren al «Personal en sentido amplio de la Administración Autonómica» (69), y en Aragón a «Cualquier empleado el sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios» (70). En un sentido muy similar se encuentra la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes del Grupo Parlamentario Ciudadanos que considera denunciantes a los altos cargos, los funcionarios y el resto del personal al servicio del sector público (71).

En el otro grupo se hallan las disposiciones que responden a un carácter amplio y extienden la condición de denunciantes a cualquier persona, con independencia de la vinculación de la misma con la Administración o sector público. En este sentido, la Comunidad Balear cuando incluye en aquella categoría a «Todos los ciudadanos de las Islas Baleares, con independencia de la Isla, puedan presentar denuncias.» (72), las Comunidades asturiana y valenciana que engloban a cualquier persona física o jurídica (73).

(69) Art. 1 Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes.

(70) Art. 45 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Pública de la Comunidad de Aragón.

(71) 122/000022 Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (art. 3). Sin embargo, el mismo Grupo Parlamentario presentó una enmienda, la número 5, al artículo 3, que sin ampliar la posibilidad de ser denunciante, sí mejoró su alcance, cuando propuso la adición de un punto segundo al precepto con el siguiente contenido «Igualmente, podrán ser considerados denunciantes los contratistas y los beneficiarios de las ayudas públicas, en los términos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, respectivamente, en relación con los hechos que hubiese podido conocer como consecuencia de la adjudicación de los contratos o de las subvenciones percibidas. En el caso de personas jurídicas, la condición será reconocida a las personas físicas que hubiesen prestado servicios al adjudicatario o al beneficiario de la ayuda.» (BOCG, Serie B, núm. 33-4, de 19 de diciembre de 2017). El GP Ezquerro Republicana propuso la extensión a todas las personas —enmienda 221— al igual que el GP Confederado Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (enmienda 57). Por su parte, el Grupo Parlamentario Socialista, junto con los altos cargo, los funcionarios, el resto de personal al servicio del sector público incluye a cualquier persona física o jurídica (enmienda 252).

(72) Art. 7.2 Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears.

(73) Arts. 59 Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés y 32 Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Adminis-

Corriente rígida		Corriente amplia	
Proposición G. P Ciudadanos	Altos cargos, funcionarios y resto del personal al servicio del sector público.	Todos los ciudadanos de las Islas Baleares, con independencia de la Isla, puedan presentar denuncias.	Ley I. Baleares 16/2016
Ley Castilla y León 2/2016	Personal en sentido amplio de la Administración Autonómica.	Cualquier persona física o jurídica.	Ley P. Asturias 8/2018
Ley Aragón 5/2017	Cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios.	Alertadores de irregularidades o malas prácticas: todas las personas físicas o jurídicas sean o no empleados públicos.	Ley C. Valenciana 22/2018
		Cualquier persona física o jurídica.	Ley C. Valenciana 11/2016
Propuesta de Directiva	Persona física o jurídica que denuncie o revele información sobre infracciones, obtenida en el marco de una relación laboral.	X	

Particularmente, entiendo que la condición de denunciante debería ir más allá de aquellos empleados públicos, en sentido amplio, que pudieran tener conocimiento en virtud de su desarrollo profesional de actos que pudieran insertarse en la categoría a la que estamos refiriéndonos, sino que debe extenderse a todos los ciudadanos. Es evidente que los mismos son los que tendrán a priori la información relativa a las irregularidades y actos de corrupción que puedan existir o producirse en el seno de su organización y que a su vez, también a priori, son los que podrían sufrir un mayor número de consecuencias negativas como respuesta a la comunicación de los hechos y pruebas. Con todo, también pueden existir otras personas que podrían tener conocimiento de estos hechos y que no se alcanza a comprender por qué no podrían acogerse al estatuto del denunciante en algunas de las medidas de protección o garantías procedimentales como la de confidencialidad, información o incluso asistencia legal.

tración de la Generalitat y su sector público instrumental y 14.1.a) Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

El ámbito subjetivo se completa con otro elemento como es el relativo a la naturaleza de los hechos que se deben comunicar por parte de estas personas para que se encuentren bajo el paraguas de estas normas como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

Ley Castilla y León 2/2016	Posible delito contra la Administración Pública de los regulados en el título XIX del Código Penal.
Ley Aragón 5/2017	Hechos que pudieran dar lugar a responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración Pública.
Ley P. Asturias 8/2018(74)	Hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos administrativos o penales como la corrupción o comportamientos contrarios a la integridad pública en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias, los organismos y entes públicos dependientes o vinculados a ella, así como en las sociedades mercantiles y fundaciones en las que aquella tenga directa o indirectamente participación mayoritaria o dominio efectivo cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Gobierno o por sus propios órganos de gobierno.
Ley C. Valenciana 22/2018	Posibles irregularidades o malas prácticas en actuaciones realizadas en el ámbito de la administración de la Generalitat y de su sector público instrumental.
Ley C. Valenciana 11/2016	Hechos que puedan dar lugar a exigencia de responsabilidades legales.
Proposición de G. P Ciudadanos	Hechos que pudieran ser constitutivos de delito o infracción administrativa, en particular delitos contra la Administración Pública o contra la Hacienda Pública, o sobre hechos que puedan dar lugar a responsabilidades por alcance.

2. Medidas de protección

Las medidas de protección que se han articulado en las distintas normas en España (75) tienen un alcance distinto aunque pueden encon-

(74) Puede ver sobre esta norma, el Comentario a la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, Actualidad Administrativa núm. 10, octubre 2018.

(75) Véase sobre esta cuestión el interesante tratamiento que realiza A. CERRILLO I MARTÍNEZ sobre la protección del denunciante, en *El Principio de integridad en la contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 357-364.

trarse dos mínimos comunes denominadores (76). En primer lugar se halla la idea de preservar la indemnidad, como dispone el artículo 60.1.b) de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Trans-

(76) Las medidas de protección son o pueden ser muy amplias y en España existen numerosos vacíos. Así en la *Position paper* de Transparencia Internacional de España sobre Protección de denunciantes (*Whistleblowing*), de abril de 2017 se citan una gran variedad de medidas que deben ser sometidas por el Legislador al menos a consideración como son: «Garantía de confidencialidad de la identidad del denunciante durante la tramitación del procedimiento para evitar represalias, tanto de compañeros como de jefes o superiores. —Prohibición expresa de remoción del cargo del denunciante durante la sustanciación de las actuaciones originadas a partir de la denuncia realizada. —Designación de un órgano independiente —o ajeno a la empresa en caso de entidades privadas— para la tramitación de las denuncias. —Establecimiento de plazos temporales razonables para la tramitación de la denuncia efectuada. —Concesión del traslado provisional a otro puesto de trabajo de similares características al denunciante durante la sustanciación del procedimiento, para así evitar represalias por parte de compañeros o superiores (siempre y cuando sea posible). —Garantía de representación legal al denunciante en caso de ser necesaria. —Establecimiento de una autoridad pública con potestad de establecer sanciones para el caso en que se tomen represalias contra el denunciante, se obstaculice o se interfiera en el proceso de tramitación de la denuncia. —Facilitar la admisión de denuncias sin necesidad de mayor aportación de documentación que la sustente, posibilitando incluso aquellas denuncias que surgen a partir de presunciones y que requieren de investigación para ser determinadas como indicios de hechos delictivos. —Refuerzo de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, restringiendo la libre designación para puestos funcionariales y protegiendo al personal laboral del despido por denuncias de corrupción o fraude y regulando con mayor precisión los supuestos de conflictos de intereses. —Mejora de los estándares éticos en la Administración Pública a través de formación específica y campañas informativas en materia de integridad, transparencia y prevención de la corrupción. —Revisión del régimen de regulación de las sociedades públicas y de las normas de conflicto de intereses para evitar que sus órganos de dirección sean ocupados por quienes hayan ostentado con anterioridad cualquier otro cargo público y/o político o privado que pudiera constituir un conflicto de intereses para el correcto desarrollo de la actividad social de la empresa pública. —Promover una contratación rigurosa del personal laboral de las empresas públicas, de acuerdo a estándares técnicos previamente establecidos. —Establecer medidas para proteger al personal de las empresas públicas de posibles represalias por denuncias y frente al despido por la misma causa, a la vista de que es en dichas empresas donde surgen hechos irregulares o de corrupción con mayor facilidad. —Contemplar la posibilidad de designar como autoridad canalizadora de las denuncias recibidas al Defensor del Pueblo, a través de la creación de un área específica para la transparencia y corrupción encargada de intensificar el control dentro de las AAPP y de posibilitar la recepción de denuncias, no solo por parte del personal laboral de las AAPP sino también de ciudadanos particulares y personal laboral de entidades privadas», https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf. En este sentido, como se puede apreciar, queda por hacer y para ello puede resultar muy interesante acudir a distintos textos normativos y recomendaciones internacionales y de medidas concretas que ya han sido adoptadas a nivel nacional. Así por ejemplo, la Recomendación sobre la protección de los denunciantes del Consejo de Europa, el informe sobre el compromiso con la protección eficaz de los denunciantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 2016 <http://www.oecd.org/corporate/committing-to-effective-whistleblower-protection-9789264252639-en.htm> y la Guía de recursos sobre buenas prácticas en la protección de los denunciantes de las Naciones Unidas https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2015/15-04741_Person_Guide_eBook.pdf; el Compendio del G20 de mejores prácticas y principios de orientación para la legislación sobre la protección de los denunciantes <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/publicationsdocuments/2/>; los Principios internacionales para una legislación en materia de protección de los denunciantes de Transparencia Internacional de 2013, la Recomendación sobre directrices de la OCDE para gestionar conflictos de interés en el sector público de 2003 <http://www.oecd.org/development/governance-development/33967052.pdf> y la Guía de mejores prácticas para una legislación en materia de denunciantes (2018) https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation.

parencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés. Esto es que no se pueda «adoptar ninguna medida que suponga directa o indirectamente retorsión o represalia sobre el denunciante como consecuencia de la presentación de la denuncia...» (77) y en su caso, anular y contrarrestar los daños y perjuicios sufridos. El segundo elemento común es la confidencialidad de los denunciantes (78).

A. EL ROL DE LA CONFIDENCIALIDAD EN LA PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE

La confidencialidad pretende evitar que la persona que ha puesto en conocimiento los hechos sufra represalias e incluso que no pueda seguir aportando pruebas de los hechos. Por tanto, se trata de preservar la identidad del denunciante, comenzando con la existencia de una canal seguro. En este sentido conviene recordar que el artículo 62.2 de la Ley 39/2015 prevé que «Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables». Sin embargo, como ha apuntado CERRILLO I MARTÍNEZ, «una de las medidas de protección del denunciante más extendida es la de permitir la denuncia anónima» (79), cuya diferencia con la confidencialidad es que será imposible, al menos con la presentación de la denuncia, conocer la identidad de la persona. Las distintas normas autonómicas (80), como

(77) En este sentido la Proposición de Ley de Ciudadanos prevé como derecho de los denunciantes «la indemnidad laboral, sin que pueda sufrir ningún género de perjuicio o menoscabo en su estatus personal y carrera profesional como consecuencia de la denuncia presentada. Se considerarán nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y decisiones que atenten contra la indemnidad laboral del denunciante, salvo que la autoridad o superior jerárquico que los hubiese emitido demuestre que no tienen relación ni traen causa alguna de la denuncia presentada» (art. 4.e)].

(78) Véase H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «Los denunciantes como instrumentos de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes anticorrupción», en *Actualidad Administrativa*, núm. especial, *Transparencia y lucha contra la corrupción*, abril (2019) y A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El Principio de integridad en la contratación Pública*, ob. cit. págs. 357-360.

(79) A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El Principio de integridad en la contratación Pública*, ob. cit. pág. 357.

(80) Cfr. arts. 2.2 Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes de Castilla y León; 14.1.c) Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; 11 Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears; 46 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad de Aragón; 60.1.a) Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés; 32.3 Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental en la Comunitat Valenciana.

no puede ser de otra manera ante la existencia de la Ley básica, prevén la confidencialidad pero impiden el anonimato(81), que no es igual que anonimizar la denuncia(82), que es un medio de garantizar la confidencialidad(83).

Una confidencialidad que, a mi juicio, debería operar como primera garantía de los denunciantes o incluso con carácter previo para aquellos que solicitan simplemente información, todo ello salvo que el mismo renunciara expresamente a la misma. Sin embargo, resulta llamativo que existan leyes autonómicas que parten de la premisa de la no confidencia-

(81) Algunas de estas normas prohíben el anonimato de forma expresa como es el caso de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés (art. 60) y la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad de Aragón (art. 46).

(82) En este sentido, el artículo 60.1.a) de la Ley del Principado de Asturias 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, cuando prevé que «La Administración estará obligada, a solicitud del denunciante, a omitir cualquier dato que pueda conducir a su identificación, sin perjuicio de que, en los términos en su caso establecidos por la legislación básica, puedan presentarse denuncias anónimas». En un sentido similar, el artículo 2.2 de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por el que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes de Castilla y León, cuando prevé que «en todas las actuaciones que se lleven a cabo, así como en el informe con el que se concluya la información reservada, se omitirán los datos relativos a la identidad del informante y cuantos pudieran conducir a su identificación». En la Proposición 122/000022 de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes igualmente se prevé la confidencialidad del denunciante, reconociendo el derecho a «que las denuncias formuladas sean tramitadas por canales y procedimientos que garanticen la confidencialidad del denunciante, sin perjuicio de lo que dispongan las normas procesales» [art. 4.a)].

(83) Esta garantía de confidencialidad debe, como se prevé en el artículo 17 de la Propuesta de Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión COM/2018/218 final — 2018/0106, contemplar también sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias necesarias para, por una parte garantizar la eficacia de las normas relativas a la protección de los informantes, a fin de sancionar y disuadir activamente las acciones encaminadas a obstaculizar la presentación de denuncias, las represalias, las maniobras temerarias contra los informantes y el incumplimiento de la obligación de mantener la confidencialidad de su identidad, pero también para evitar las denuncias maliciosas y abusivas que afectan a la eficacia y la credibilidad de la totalidad del sistema de protección de los denunciantes, y evitar daños a la reputación de los interesados. En España exclusivamente la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad de Aragón recoge la «vulneración de la confidencialidad garantizada en el estatuto del denunciante en el cuadro de infracciones, calificándola como grave [art. 61.2.b)], hecho que personalmente me parece un error pues la confidencialidad es uno de los pilares del sistema. En las Comunidades de Islas Baleares y Valenciana se establecen infracciones muy graves pero de carácter más genérico. Así, la primera prevé la concerniente a la «filtración de información en el curso de la investigación» —art. 21.1.g) Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción— y en la segunda, se contempla «desvelar información en el curso de la investigación cuando cause graves perjuicios a la investigación, a las personas afectadas o a la persona denunciante —art. 41.32.b) Ley 22/2018, de 6 de noviembre, de la Generalitat, de Inspección General de Servicios y del sistema de alertas para la prevención de malas prácticas en la Administración de la Generalitat y su sector público instrumental—. Esta última norma tiene otra infracción de naturaleza grave consistente en el «acceso injustificado a la información del sistema cuando se deriven perjuicios para la investigación, la administración, las personas denunciantes o denunciadas, así como para terceros» [art. 41.a)].

lidad y requieren a los informadores, denunciante o alertadores que la soliciten cuando lo razonable sería lo contrario (84).

Con todo, la tendencia parece que irá hacia la posibilidad del anonimato en la denuncia pues la realidad se impone y son numerosos los casos en los que se hace llegar la información a la Administración, a los órganos de garantía e incluso a los medios de comunicación sin referencia alguna. Supuestos en los que es complejo no actuar pese a no conocer la identidad de la persona que ha puesto en conocimiento los hechos y ha trasladado, en su caso, las pruebas (85). Desde mi perspectiva, la diferencia más relevante con respecto a la confidencialidad garantizada en las normas, es que el sujeto anónimo no tendrá u ostentará la condición de denunciante y, por tanto, no se podrá acoger al estatuto del mismo con sus garantías y derechos. Sin embargo, igualmente entiendo que nada impide que tras una denuncia anónima, en un momento posterior la persona se identifique y se pueda acoger a las medidas de protección.

B. MEDIDAS DE INDEMNIDAD

Al margen de la confidencialidad, las leyes autonómicas prevén otra serie de derechos y/o garantías para los denunciante y otras destinadas a proteger al denunciante en *estricto sensu*, tanto por las represalias posibles como por las efectivamente soportadas, sin perjuicio de la satisfacción tanto del lucro cesante como del daño emergente (86). Por esta razón

(84) Artículo 46 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad de Aragón prevé que «La Agencia deberá establecer procedimientos y canales confidenciales para la formulación de denuncias que garanticen su estricta confidencialidad cuando el denunciante invoque la aplicación del estatuto regulado en este artículo», y artículo 11.2 Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, cuando dispone: «La persona informadora puede solicitar que se garantice la confidencialidad sobre su identidad, y el personal de la agencia está obligado a mantenerla, excepto en el caso en que se reciba un requerimiento judicial».

(85) A. CERRILLO I MARTÍNEZ — *El Principio de integridad en la contratación Pública*, ob. cit., pág. 358— con cierta razón mantiene que «cabe entender que no existe ninguna limitación para que las alertas puedan tener ese carácter», es decir, que sean anónimas. Véase también del mismo autor, el epígrafe *El anonimato del delator* en «La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 5 (2014), págs. 59 y ss.

(86) En este sentido, como ilustrativo de la peligrosidad que puede entrañar una denuncia baste la previsión de los artículos 14.1.f) y 47.5 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, respectivamente, cuando disponen: «En todo caso, cuando la Agencia denuncie ante la autoridad competente hechos que pudieran ser constitutivos de delito que hayan sido denunciados por personas que se hayan acogido al estatuto del denunciante conforme a esta ley, deberá indicarlo expresamente poniendo de manifiesto, cuando pudiera concurrir a su juicio, la existencia de peligro grave para la persona, libertad o bienes del denunciante o testigo, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos».

se contempla el derecho a la asesoría legal desde el primer momento (87), una asesoría orientada a informar de todos los aspectos vinculados a la denuncia formulada o incluso que se quiera formular, al objeto de conocer los trámites, requisitos, derechos y consecuencias que se pudieran derivar. Sin embargo, resulta significativo que no se haya previsto la representación legal en los casos en los que la persona se viera obligada a personarse en un juicio, como por ejemplo ha solicitado Transparencia Internacional en España (88).

En este marco cobran una especial connotación las cuestiones relativas al ámbito laboral que determinan que al margen de la indemnidad pueden ser necesarias la adopción de otra serie de medidas con el fin de preservar la estabilidad de las personas denunciantes. Así se prevé la posibilidad, con carácter excepcional, de traslado de la persona que haya facilitado la información a otro puesto de trabajo, condicionado siempre a que no implique perjuicio a su estatuto personal y carrera profesional—art. 47.3 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón— o de similares características —art. 3.3 Ley Castilla y León 2/2016—, siempre que concurren circunstancias que así lo requiriesen o aconsejasen y que el denunciante lo acepte —art. 3.3 Ley Castilla y León 2/2016—. Incluso en los supuestos más graves, como se prevé en la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón que establece que «la Agencia (...) excepcionalmente, podrá también instar al órgano competente la concesión de permiso por tiempo determinado con mantenimiento de su retribución» (89).

Por último, en este breve apartado, resulta interesante la previsión de la Ley Aragón cuando dispone que «El denunciante tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública cuando acredite

(87) Cfr. arts. 47.1 Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón, 14.1.d) Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y 4.d) Proposición de Ley 122/000022, Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, del Grupo Parlamentario de Ciudadanos.

(88) *Position paper* de Transparencia Internacional España sobre Protección de denunciantes (*Whistleblowing*), de 2017, en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf.

(89) La Proposición de Ley 122/000022, Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes. Asimismo, a instancia del denunciante, la Autoridad Independiente de Integridad Pública contempla unas medidas de esta naturaleza. Así, el artículo 5.5 dispone: «Asimismo, a instancia del denunciante, la Autoridad Independiente de Integridad Pública, apreciare su conveniencia para garantizar la protección de sus derechos, podrá instar a la autoridad o al órgano competente la concesión de un traslado provisional a otro puesto de trabajo del mismo o equivalente grupo, cuerpo, escala o categoría profesional; o la concesión de un período de excedencia por tiempo determinado, con derecho al mantenimiento de su retribución y computable a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación, en ambos casos con derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran».

la existencia de un daño individualizado y determinado económicamente, consecuencia directa de la denuncia, en los términos previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público» (90). De esta manera, se reconoce expresamente esta vía para la reclamación de los daños que haya podido sufrir como consecuencia de la denuncia.

VI. Reflexión final

Los principios del buen gobierno, en su acepción más amplia, están penetrando en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de una manera progresiva y a distintas velocidades en virtud de los obstáculos —culturales, sociales, jurídicos, económicos...— que encuentran para su incorporación. Unos principios que son la manifestación de un cambio de paradigma no ya en la forma de estructurarse, organizarse y relacionarse la Administración con los ciudadanos, sino especialmente el gran cambio se halla en la forma en la que aquellos están llamados a participar en la «gestión pública». Una participación que no debe medirse en términos cuantitativos pues el elemento cualitativo resulta determinante. El buen gobierno se manifiesta a través de distintas técnicas e instituciones, algunas surgidas en el contexto del Derecho continental, pero la mayor parte tienen su origen en el Derecho anglosajón, circunstancia que conlleva que no siempre sea o haya sido fácil su inserción en los distintos Ordenamientos. Así, existen barreras jurídicas, fáciles de remover, pero también se encuentran las de naturaleza cultural, levantadas durante siglos, invisibles y que complican la aceptación por la ciudadanía de las nuevas instituciones y técnicas, provocando un sustrato hostil para el desarrollo de las mismas.

Este es el caso del *whistleblowing*, una técnica que se ha mostrado eficaz contra la corrupción en el mundo anglosajón desde hace siglos, pero sobre todo es una forma de participación que denota una concepción especial de lo público, como un valor que a todos corresponde proteger y preservar. Este motivo hace que sobre el *whistleblower* no recaiga una concepción negativa y peyorativa por parte de la sociedad sino por el contrario goce de una valoración positiva y, por ello, se articulen medios importantes para su protección.

En España, la valoración social del denunciante, aunque comienza a cambiar progresivamente, todavía no es lo positiva que debiera llegar a ser, como también ocurre en otros países como Italia, que comparte con

(90) Una previsión que también se contempla en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos 122/000022, de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes [art. 4.f)].

nosotros la inexistencia de un término que incluya el concepto. De esta manera, España que es un país que avanza a pasos agigantados hacia la nueva realidad y oportunidades que ofrece la concepción del buen gobierno, tiene varios frenos entre los que destacan los culturales que se aprecian claramente en el caso del *whistleblower*.

Unas limitaciones que han conllevado el retraso en su implantación y que ha provocado que los denunciantes hayan sufrido y soportado consecuencias lesivas fruto de sus actos de denuncia. Un país que como gráficamente se publicaba en el *Diario 16*, el 26 de noviembre de 2018, con ocasión de la tramitación de la Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, manifestaba «Europa protege a los denunciantes de corrupción mientras España los machaca».

Ahora debemos buscar los medios para introducir no solo la técnica sino también el concepto de *whistleblowing* para adecuarlo a la realidad jurídica española, en tantos aspectos diversa a la anglosajona, en un necesario tránsito de un sistema de reglas a un sistema de valores en una oportunidad de promoción de la cultura ética en la Administración Pública(91). Un sistema en el que se garantice la protección del denunciante pero igualmente se prevean medidas el sistema debería contemplar medidas de protección y garantías para las personas que trabajen o desempeñen su labor en los canales internos fundamentalmente, pero también en los externos(92), al igual que medidas de garantías para los denunciados, en el caso de denuncias temerarias, mal intencionadas o simplemente falsas.

Bibliografía

- ALBERTI, V.V., *Pane sporco, Combattere la corruzione e la mafia con la cultura*, Milano, 2018.
- AMOEDO BARREIRO, J. D., «Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes», en *Revista internacional de transparencia e integridad*, núm. 4. (2017).
- ARMONE, G., «Whistleblowing e ordinamento italiano: possibili percorsi normativi», en G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Protezione delle «vedette civiche»: il ruolo del whistleblowing in Italia*, 2009 127-134. (https://www.transparency.it/wp-content/uploads/2013/09/LIBRO_Whistleblowing_Italia.pdf)

(91) F. PERRONE «Il Whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A., in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori», *ob. cit.* pág. 3.

(92) J. M.ª PÉREZ MONGUIÓ, «La irrupción del Estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para lucha contra la corrupción», en F. CASTILLO BLANCO (Dir.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant Lo blanc, 2019, págs. 107 y ss.

- BOVA, C., «Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti: il “whistleblowing”», en AA.VV., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, Roma, Eurilink, 2013.
- , «La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti fra indicazioni sovranazionali e disciplina interna», en *Democrazia e Sicurezza*, núm. 1 (2018).
- CANTONE, R., «L'Italia investe nel Whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione», en *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente público*, ANAC, 2016.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O. 2017. «La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español», en *Revista Cultura de la Legalidad*, núm. 13 (2017), págs. 114-147.
- CAMPOS ACUÑA, «*Whistleblower*: Análisis del denunciante de buena fe en el ordenamiento jurídico español», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 12, (2018).
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. 2014. «La colaboración ciudadana en la lucha contra la corrupción a través de medios electrónicos», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnología*, núm. 5 (2014), págs. 43-71.
- , «Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública», en *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 6 (2018).
- , *El Principio de integridad en la contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- COBREROS MENDAZONA, E., «La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41 (1995), págs. 761-794.
- DA MOTA JUNIOR, J. F., «La protección del funcionario público denunciante *Whistleblower*: un enfoque en la reciente tutela jurídica brasileña», en *Derecho y Cambio Social*, núm. 29 (2012).
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. 2011, «Los sistemas internos de denuncias: el whistleblowing», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 2 (2011), págs. 204-210.
- DE CARVAJAL, J. y VELASCO, A., «Prohibición de represalias: nueva Directiva para proteger a los denunciantes en los programas de compliance», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 953 (2019), pág. 9.
- DOMÍNGUEZ LUIS, C., «Reflexiones en torno al Status Jurídico del Denunciante en el Procedimiento Administrativo Sancionador», en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 21 (2005), págs. 125-184.
- GARGANO, G. «La «cultura del *whistleblower*» quale strumento di emergenza dei profili decisionali della pública amministrazione», en *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato Europeo*, núm. 1, (2016), págs. 1-31.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las le-

- yes anticorrupción», en *Actualidad Administrativa*, núm. especial, Transparencia y lucha contra la corrupción, abril. (2019).
- IRURZUN MONTORO, F., «Función pública, instrumento de la prevención de la corrupción», en A. BETANCOR, (Dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, págs. 189-218.
- LATTANZI, R., «Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare «ad occhi chiusi»?», in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2 (2010), págs. 335 y ss.
- LÓPEZ ESPINAR, A. y HERNÁN CARNOVALE, «La implementación y gestión de los canales internos de denuncia y la política de protección de denunciantes contra represalias», en N. DURRIEU y R. SACCANI (dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, 2018, págs. 279-285.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «Problemas jurídico-prácticos de la figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador», en *Revista xurídica galega*, núm. 33 (2001), págs. 60-89.
- MASSARI, G., «Il *whistleblowing* all'italiana: l'evoluzione del modelo sino alla legge n. 107 del 2017», en *Studium Iuris* 9 (2018), págs. 981-992.
- MOLINA PORTELA, P., «El *whistleblowing* y los canales internos de denuncia», en *Revista de derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2017), págs. 69-77.
- PARISI, N., «La lezione che ci viene dal diritto internazionale e le criticità dell'istituto», en *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico*, ANAC, 2016. págs. 4-10.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Estatuto de los altos cargos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, «La irrupción del Estatuto del denunciante: un instrumento del buen gobierno para lucha contra la corrupción», en F. CASTILLO BLANCO (Dir.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant Lo blanc, 2019, págs. 81-111.
- PERRONE, F., «Il Whistleblowing da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella P.A., in un necessario passaggio da un sistema di regole ad un sistema di valori», en *Rivista di Diritto amministrativo*, 1-2 (2017), págs. 3-14.
- QUINZONE GAROFALO, S. «Whistleblowing all'italiana: casi di mancate tutele», en *Diritto.it*, agosto, 2018.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., «¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?», en *Diario La Ley*, núm. 9003 (2017).
- RIAZA VÁZQUEZ, M. (2019). «Una aproximación a la reciente regulación de los lobbies en España», en M. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA y J. SIERRA RODRÍGUEZ (Coods.), Wolters Kluwer, (en prensa).
- TRAVAGLIONE, P., «Il whistleblowing nella normativa italiana e straniera: luci e ombre di una riforma», en *Periodico di Diritto e Procedura Penale Militare*, núm. 1. (2018).
- VESTRI, G., «Aproximación al sistema de *whistleblowing*. Un nuevo desafío para la Administración Pública española», en *Revista General de Derecho administrativo*, núm. 51 (2019).



La Cuarta Revolución Industrial: el Derecho Administrativo ante la inteligencia artificial

The Fourth Industrial Revolution:
Administrative Law before artificial intelligence

MIREN SARASÍBAR IRIARTE

Universidad Pública de Navarra
miren.sarasibar@unavarra.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.11>

LABURPENEA: Artikuluaren helburua da adimen artifizialaren ezarpena eta Zuzenbidearen munduarekin duen lotura aztertzea. Hor azaltzen denez, errealitate berri hori arautuko duen arau-esparru propio bat sortu behar da, haren erabilera gizakiaren kalterako izan ez dadin. Horregatik, beharrezkoa da kode etiko bat ezartzeari, bai eta robotaren kalifikazio juridikoa ere, horretatik eratorriko baita, esate baterako, aplikatu beharreko erantzukizun-sistema.

HITZ GAKOAK: Adimen artifiziala. Robota. Etika. Administrazioa.

ABSTRACT: The article focuses on analyzing the application of artificial intelligence and its relationship with Law. The need to create a regulatory framework that regulates this new reality is exposed to control that its use does not harm the human being. Therefore, it is necessary to implement an ethical code as well as the legal qualification of the robot since this depends on the concretion, for example, of the system of responsibility to apply.

KEYWORDS: Artificial intelligence. Robot. Ethics. Administration.

RESUMEN: El artículo se centra en analizar la aplicación de la inteligencia artificial y su relación con el mundo del Derecho. Se expone la necesidad de crear un marco normativo propio que regule esta nueva realidad para controlar que su uso no perjudique al ser humano. Por ello, es necesaria la implantación de un código ético así como la calificación jurídica del robot ya que de ello depende la concreción, por ejemplo, del sistema de responsabilidad a aplicar.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial. Robot. Ética. Administración.

Trabajo recibido el 26 de agosto de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. La vulnerabilidad del ser humano ante la inteligencia artificial: una realidad innegable que ya no es ciencia ficción.—II. La necesidad de intervención del Derecho ante el avance de la inteligencia artificial. 1. La analogía del principio de integración ambiental aplicado a la inteligencia artificial. 2. La necesidad de un marco normativo propio de la inteligencia artificial.—III. La calificación jurídica del robot: posibles alternativas. 1. El robot como persona artificial. 2. El robot como profesional del Derecho.—IV. La necesaria aplicación de la ética en la inteligencia artificial. 1. De las Leyes de Asimov a las leyes de algoritmos. 2. Avances de la Unión Europea.—V. Bibliografía.

I. La vulnerabilidad del ser humano ante la inteligencia artificial: una realidad innegable que ya no es ciencia ficción (1)

La inteligencia artificial es un área multidisciplinar de la computación que se entiende como la comprensión científica de los mecanismos que fundamentan el pensamiento y el comportamiento inteligente y su incorporación en las máquinas. La Comisión Europea señala que «el término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos» (2). La inteligencia artificial ha sido teorizada en dos niveles ya que, por un lado, está el débil, entendido como la aptitud de la máquina para aparentar estar dotada de capacidades parecidas a las del ser humano y, por otro, la fuerte, como la aptitud que tiene el ordenador para constituir un sujeto que piensa por sí mismo (por ejemplo, los servicios de búsqueda y traducción de google o el asistente de los teléfonos móviles)(3). Puede consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet

(1) Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación «Derecho ambiental y protección de la vulnerabilidad» (DA-VULNER), del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2017-85981-C2-1-R).

(2) COM (2018) 237 final, pág. 1: *IA para Europa. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.*

(3) MARONGIU, D., «Inteligencia artificial y administración pública», en el vol. col. GARCÍA NOVOA, C. y SANTIAGO IGLESIAS, D. (Dirs.), *4.ª Revolución Industrial: Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 385-411. Asimismo, véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo, ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

de las cosas). Sin embargo, haciendo un paralelismo entre la capacidad de esa inteligencia artificial y la del ser humano, en la actualidad, la de un smartphone es asimilable al estado cognitivo de un niño de 5 años, por lo que todavía hay que realizar muchos avances y mejoras.

La informática jurídica ya hace referencia a una *técnica interdisciplinaria* que plantea una serie de aplicaciones de la computación al mundo del derecho, buscando, entre otros fines, la recuperación de la información jurídica, la elaboración y utilización de instrumentos de análisis y el procesamiento de dicha información, necesarios para la toma de decisiones con consecuencias jurídicas (TÉLLEZ, 1996).

Mucho se viene hablando sobre la irrupción de la inteligencia artificial en la vida cotidiana y la vulnerabilidad del ser humano ante su implantación, como se desarrollará a lo largo de este trabajo. Se constató cómo se inició con la digitalización de documentos, el soporte de gestión, la analítica de decisión y ya hay algunos casos pioneros de sustitución de la decisión humana. La inteligencia artificial ya tiene presencia en la actividad ejecutiva del Estado y en la actividad judicial, con algunas experiencias pioneras en Canadá y Australia, por ejemplo, donde ha surgido una reacción pública adversa a la inteligencia artificial.

La característica innata de un robot consiste en que la tecnología combine los términos sentir, pensar y actuar. Con el primero, se refiere a la existencia de sensores que vigilan el entorno y detectan cambios en él. Con el segundo, se hace referencia a los procesadores, los cuales deciden cómo responder y con el tercer término se trata de los actuadores que llevan a cabo las decisiones pensadas y procesadas. En el ámbito de la robótica, hay que añadir también otros tres términos que son la corporeidad, la impredecibilidad y el impacto social. El robot da un paso más, es algo tangible, piensa y decide con cierta autonomía y según cuál sea su función, se preocupa por las personas y su bienestar(4). La inteligencia artificial se asimila a la capacidad de una unidad funcional para realizar funciones que realizan los seres humanos, como, por ejemplo, el razonamiento y el aprendizaje. Ésta utiliza sensores o intercambia datos y de esa forma se conecta con el entorno y mediante la experiencia, refuerza su autoaprendizaje.

Como establece BORREGO (5), existen tres niveles distintos de aplicación de la inteligencia artificial. Se trata del nivel nube, que es la que se

(4) ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto de Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009 y PIÑAR MAÑAS, J. L., «Sociedad, innovación y privacidad», en *Información comercial española*, 897, 2017, págs. 67-75. Véase TEGMARK, M., *Vida 3.0: ser humano en la era de la inteligencia artificial*, ed. Taurus, 2018.

(5) BORREGO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y el futuro: de la percepción a la realidad», en *Libre pensamiento*, 89, 2016-2017, págs. 55-61.

aplica en servidores sobre grandes cantidades de datos para la toma de decisiones. El nivel físico que está relacionado con los robots y las máquinas autónomas y el nivel híbrido, donde la computación en la nube provee a las máquinas de inteligencia computacional basada en datos para la toma de decisiones sobre el terreno.

Pero la intención en el campo de la robótica es la de introducir a los robots en ambientes corrientes para desarrollar la función de ayuda doméstica o de asistencia a la persona; transformar el sistema de transporte haciéndolo siempre menos dependiente del control del hombre; ampliar el uso de aviones autónomos o teleoperantes, implementarlo en el ámbito civil —en la agricultura, en la logística, en el control del territorio, en las redes de carreteras urbanas y ferroviarias, y de las infraestructuras hídras y energéticas, en la distribución comercial o valerse de la tecnología robótica en las actividades de formación y educación. Es ya una realidad tangible en el ámbito del sector público en nuestro país como, por ejemplo, al analizar datos en los casos de riesgo de incendios o en locales objeto de inspección, en reconocimiento de imágenes contando número de personas en un determinado espacio o identificando a sujetos que han cometido una infracción, identificando centros escolares con mayor índice de abandono escolar, etc. Y en el ámbito del sector privado también, como lo demuestra el caso de Amazon Go, que dispone de un supermercado sin cajero, sustituyendo el trabajo de las personas.

En la Unión Europea ya existe una máquina agrícola automática que elimina mecánicamente las malas hierbas, con lo que se reduce la necesidad de utilizar plaguicidas. También hay un proyecto piloto para las autopistas, en el que se utilizan la inteligencia artificial y el internet de las cosas para proporcionar recomendaciones sobre seguridad en la conducción y disminuir el número de víctimas mortales en la carretera. Destaca, asimismo, una ortoprótesis robótica para devolver la movilidad a personas que han sufrido amputaciones y robots que desempeñan las tareas repetitivas que deben realizar los trabajadores en las fábricas de automóviles y mejorar la eficacia del proceso de fabricación.

II. La necesidad de intervención del Derecho ante el avance de la inteligencia artificial

1. La analogía del principio de integración ambiental aplicado a la inteligencia artificial

El interés del jurista se genera por la entrada de los robots en ambientes cotidianos y por la variedad de relaciones que de ellos se derivan. Esto va a suponer una nueva revolución y el legislador debe reflexionar

sobre estas cuestiones y las consecuencias que de la coexistencia robots-humanos se derivan. Y evidentemente, la regulación no debe obstaculizar la innovación, pero también es evidente que el Derecho tiene que intervenir para regular esta nueva realidad. Habrá que buscar el equilibrio, como en todo.

Cuanto más delicada es la función que deben llevar a cabo (como, por ejemplo, levantar a un paciente de la cama), tanto más graves pueden ser las consecuencias dañosas provocadas por un mal funcionamiento, por una errónea interpretación de los estímulos ambientales o por un desperfecto eléctrico. Y esto obviamente, son cuestiones muy delicadas que deben tenerse en consideración ya que, en todo caso, el robot debe estar al servicio de la humanidad.

Se habla de Derecho Computacional (6) como aquella rama del Derecho que se encarga de estudiar cómo la inteligencia artificial debe incorporar en sus algoritmos el Derecho vigente en ese momento en los diferentes ámbitos de actuación. Debe producirse una adaptación del lenguaje jurídico al lenguaje informático. Me recuerda, guardando las distancias, con el principio de integración ambiental, según el cual, lo procedente es que se incorporen en todas y cada una de las políticas sectoriales y, por lo tanto, también en sus respectivas normativas, medidas de contenido ambiental de tal modo que el medio ambiente esté presente como uno de los objetivos de cada una de esas normas. Porque si no se realiza de ese modo, se protege al ambiente de una manera concreta y en determinados sectores. Y esa no es la idea. La interdisciplinariedad, sin embargo, sí. Un ejemplo claro es el cambio climático ya que la única forma de que este grave problema ambiental mejore es que se incorporen medidas que tiendan a la mitigación o a la adaptación en todas las normativas sectoriales (urbanismo, transportes, sector energético, vivienda, etc.).

Pues esto mismo considero que debe ocurrir en el ámbito de la inteligencia artificial. Ya se está constatando que cada vez es más frecuente el uso de la inteligencia artificial en muchos ámbitos o sectores de la sociedad por lo que habrá que ir incorporando la variable «inteligencia artificial» en el texto de la normativa sectorial. Y de esa manera, se conseguirá que esté integrada como cualquier otro objetivo o finalidad. De otra forma, la regulación jurídica de la misma no será completa, habiendo sectores en los que habrá lagunas lo que supondrá la existencia de riesgos ante esta nueva realidad. Integrando la inteligencia artificial en la regulación jurídica de todos los sectores, se logrará que esta realidad, primero, esté contemplada en la norma particular y, segundo, sea uno de los ob-

(6) RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. y MORENO REBATO, M., «¡El futuro ya está aquí! Derecho e Inteligencia artificial», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 48, 2018.

jetivos a conseguir. Por lo tanto, considero que es un primer paso importante que se debe producir.

La tecnología ha pasado por diversas fases, una primera en que las personas se conectaban a internet, posteriormente, a través de internet y ahora estamos en la fase de que son las «cosas» las que conectan a internet para mejorar la vida de las personas. La siguiente fase, que es inminente, va consistir en que los robots interactúen con el entorno de manera autónoma e independiente del control humano, con la posibilidad de que incluso las personas se combinen con robots para mejorar su calidad de vida, como el caso claro de los cyborg. Se habla también de los sistemas ciberfísicos (SCF) los cuales pueden modificar sustancialmente el concepto de persona, ya que son tecnologías que se implantan directamente en un cuerpo humano. Obviamente es necesario controlar bien esta cuestión por el riesgo de manipulación o desconexión de los SCF integrados en el cuerpo humano o, incluso, del borrado de su memoria, ya que ello podría poner en peligro la salud humana o, incluso, la vida de la persona.

El comportamiento de los robots carece de intuición, consciencia de sí mismos y ética. Los robots van a realizar tareas de humanos, pero no funcionan como las personas por lo que será normal que los robots causen tensiones culturales, económicas, sociales y legales. Parece evidente que las personas se rendirán a la tecnología y los robots sustituirán a seres vivos, por lo menos, en algunos ámbitos y por esa razón, es esencial que haya una regulación.

La tendencia será que los humanos empaticemos con los robots inteligentes y no los identifiquemos como simples aparatos tecnológicos. Querremos protegerlos de una manera especial porque nos cuidarán, ayudarán a tomar decisiones y nos harán compañía. Incluso se ha llegado a afirmar que surgirán vínculos afectivos muy fuertes con los robots que nos evocarán sentimientos de cariño, respeto y lealtad. Algunos psicólogos están alertando de que la relación que crearemos con los robots inteligentes supondrá riesgos sociales como el que la gente no sea capaz de diferenciar entre la realidad y la ficción.

2. La necesidad de un marco normativo propio de la inteligencia artificial

Es evidente que la inteligencia artificial es una nueva realidad en nuestra sociedad y una realidad que, debido a sus implicaciones y riesgos, debe ser regulada por el Derecho. En este sentido, la regulación implica que el uso que se haga de la misma va a estar controlado, van a existir límites, no se van a cometer abusos, en definitiva, va a ser una realidad ordenada. Los peligros que se mencionan al respecto al hablar de intelligen-

cia artificial se refieren a la «algocracia» o la tiranía de los algoritmos, la «dictadura de los datos» o el «dataísmo». Con esta nueva realidad, que a primera vista, resulta incontrolable y que se nos escapa de las manos, es más que evidente la necesidad de que el Derecho intervenga (7).

La Declaración Mundial de Robótica de 2004 estableció que los robots de próxima generación serán socios que coexistirán con los seres humanos, ayudarán a los seres humanos física y psicológicamente y contribuirán a la construcción de una sociedad segura y pacífica. Asimismo, se establece la tendencia hacia la creación de nuevos mercados mediante una tecnología robótica de próxima generación donde se ofrezca solución de aspectos técnicos por medio del uso efectivo de Zonas Especiales (Special Zones) para Desarrollo y Evaluación de robots. Se establece la conveniencia de la promoción de la aceptación pública mediante el establecimiento de estándares y actualizaciones del entorno así como de la adopción mediante el apoyo a la presentación de robots por parte de organizaciones pública. Se llevará a cabo una divulgación de las nuevas tecnologías relacionadas con los robots y una promoción del desarrollo de la tecnología robótica por parte de las pequeñas empresas y su entrada en el negocio de la robótica.

En este Informe se señala que el desarrollo de la robótica y de la inteligencia artificial tiene el potencial suficiente para transformar el modo de vida y las formas de trabajo, aumentar los niveles de eficiencia, ahorro y seguridad, mejorar la calidad de los servicios y generar eficiencia y ahorro, no sólo en la producción y el comercio, sino también en ámbitos como el transporte, la asistencia sanitaria, las operaciones de salvamento, la educación y la agricultura.

Sin embargo, el Parlamento no es ajeno a los grandes desafíos que plantean estas nuevas tecnologías, principalmente la pérdida de intimidad y la destrucción de puestos de trabajo causada por la creciente automatización de tareas y la posibilidad de que, a largo plazo, la inteligencia artificial llegue a superar la capacidad intelectual humana, tal como luego se verá.

El primer paso importante a nivel europeo ha sido la elaboración de un informe el 31 de mayo de 2016 en que se recogen recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica con el fin de «asegurar que los robots estén y sigan estando al servicio de los seres humanos».

(7) COTINO HUESO, L., «Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho», *RGDA*, 50, 2019, p.14 y «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», *ILEMATA*, 24, 2017, págs. 131-150. Véase también BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho de los robots*, ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 2018 y «Hacia una personalidad electrónica de los robots», en *Revista de Derecho Privado*, 2, 2018, págs. 89-107 y

Este informe ha sido aprobado el 16 de febrero de 2017 por el Parlamento Europeo y recoge las principales líneas de trabajo:

- Creación de una Agencia Europea de Robótica e inteligencia artificial que asesore a las autoridades públicas con sus conocimientos técnicos, éticos y reglamentarios.
- Elaboración de un Código de Conducta ética voluntario que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas.
- Reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots. En este sentido, se expone que, gracias a los impresionantes avances tecnológicos de la última década, los robots ya no solo pueden realizar actividades que antes eran típica y exclusivamente humanas, sino que el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos, como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes, ha hecho que estos robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa.
- Creación de un estatuto de persona electrónica.
- Impacto social en materia de empleos debido a la pérdida de empleos o el campo de necesidades del mercado.
- La seguridad: Los principios de la seguridad y la privacidad integradas en el diseño deben establecerse en materia de robótica e inteligencia artificial. Se deben incluir en la Estrategia de ciberseguridad de la Unión la robótica y la inteligencia artificial y abordarse aspectos de ciberseguridad en toda materia de robótica.
- Creación de un Registro Europeo de los robots inteligentes: A efectos de la trazabilidad y para facilitar la aplicación de nuevas recomendaciones. Reflexionar y debatir sobre los posibles conflictos éticos que puedan existir. Por ello se creó en 2015 un grupo de trabajo llamado Grupo de Evaluación de las Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA) (8).

La nueva regulación que exista sobre inteligencia artificial debe preservar valores como la autenticidad, seguridad y protección de la raza humana, regular las cuestiones éticas y los conflictos que puedan surgir en las relaciones robot-persona y entre robots. Debe quedar claro que no

(8) Este Grupo ya ha realizado un estudio prospectivo titulado «Aspectos éticos de los Sistemas ciberfísicos». Se plantean posibles conflictos éticos relacionados con la tecnología que se espera hasta 2050 y clasifica la tecnología en función de sus áreas de aplicación. Las principales cuestiones jurídicas entre otras a afrontar son la responsabilidad, la seguridad, la concepción jurídica de los robots, la propiedad de los datos y la privacidad.

se trata de regular la tecnología en sí misma considerada sino de regularla como realidad a utilizar por la sociedad para que sea lo que la sociedad decida(9). Y en esta nueva regulación, la Ley deberá garantizar el honor y la intimidad de las personas, la protección de los datos personales (STC 292/2000, de 30 de noviembre y STC 254/1993), etc.

La investigación propiamente jurídica, en un inicio, giró en torno a la delimitación de los ámbitos de influencia recíproca entre derecho y robótica(10). Se constata que existe una laguna normativa en este ámbito que hay que subsanar más pronto que tarde. Y además, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa «observa con preocupación que cada vez es más difícil para los legisladores adaptarse a la velocidad a la que evolucionan las ciencias y las tecnologías y establecer los reglamentos y normas necesarios; cree firmemente que salvaguardar la dignidad humana en el siglo XXI implica desarrollar nuevas formas de gobernanza, nuevas formas de debate público abierto, informado y antagónico, nuevos mecanismos legislativos y, sobre todo, el establecimiento de una cooperación internacional que permita abordar estos nuevos desafíos de manera más efectiva».

III. La calificación jurídica del robot: posibles alternativas

1. El robot como persona artificial

Los robots no pueden ser considerados sujetos responsables de sus actos u omisiones, porque a día de hoy no están calificados como sujetos autónomos con sus derechos y obligaciones. Es por ello, que se acude a la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, según la cual el fabricante será responsable de los daños ocasionados por los defectos de fabricación de un robot a condición de que el perjudicado pueda demostrar el daño real, el defecto del producto y la relación de causa a efecto entre el defecto y el daño. Pero tampoco se puede aplicar esta normativa en su totalidad porque el problema se encuentra en la calificación jurídica del robot y esto no es tarea sencilla. Para que la normativa sobre productos defectuosos pueda ser aplicada, se le debería considerar una

(9) RoboLaw es un proyecto de investigación europeo sobre robótica y sus proyecciones legales, éticas, sociales, técnicas. El objetivo principal del proyecto RoboLaw es comprender las implicaciones legales y éticas de las tecnologías robóticas emergentes y discutir si los marcos jurídicos existentes y vigentes son los más adecuados y viables a la luz de la rápida aparición y proliferación de este tipo de tecnología.

(10) MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red, poder y derecho en internet*, ed. Taurus, Madrid, 2000 y VILLAR PALASÍ, J. L., «Implicaciones jurídicas de Internet», en *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales*, 1, 2003.

cosa o un producto y parece que la apreciación de un robot va más allá. Un robot inteligente y con cierto grado de autonomía no encaja en ninguna de las categorías existentes en la actualidad que son, personas físicas, personas jurídicas, animales y, como se ha dicho, objetos.

En esta misma línea, se pronuncia la Resolución de 16 de febrero de 2017 del Parlamento de la UE que ha propuesto admitir una nueva personalidad electrónica para aquellos supuestos en los que los robots lleven a cabo decisiones autónomas inteligentes. Y de esa manera, poder atribuirles derechos y obligaciones.

De ahí que, en mi opinión, es más que urgente, concretar la calificación jurídica y, a mi entender, crear una nueva categoría legal con sus propias características. Me parece adecuado, al igual que SANTOS GONZÁLEZ, hablar de «Persona artificial», con sus derechos y obligaciones y de esa manera es un sujeto al que se le puede imputar responsabilidad por sus actuaciones, aspecto al que luego me referiré, dejando descartadas las opciones de robot como persona física, persona jurídica, como animal o como cosa (11).

Si le consideramos como una persona artificial, es un tipo de sujeto que tendría su patrimonio y derivado del mismo, un seguro para poder responder, en el caso de que se produzcan daños. Si se califican como persona artificial, en definitiva, como un tipo de sujeto, parece aconsejable que tuviera un domicilio o una localización como ocurre con los sujetos humanos. Pero, hoy por hoy, resulta complicado plantearnos todo esto aunque no es menos cierto que la creación de un registro donde se puedan inscribir los agentes artificiales que existen ofrecería cierto rigor y también supondría una forma de control.

Al ser un sujeto, tiene su personalidad jurídica, voluntad y ética en la toma de sus decisiones. Obviamente, según el grado de autonomía, el margen de actuación será distinto, pero ¿pueden llegar a tener conciencia? Y en ese caso ¿qué consecuencias tiene para el hombre el trato correcto o no hacia un robot? Aquí se abre un flanco importante y delicado ya que si son personas artificiales pueden desarrollar relaciones personales con los seres humanos, algunas muy beneficiosas como las que pue-

(11) SANTOS GONZÁLEZ, M.^o J., «Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro», *cit.*, págs. 40-43. CALO también se refiere a esta cuestión exponiendo que se trata de «una nueva categoría de sujeto jurídico a medio camino entre persona y objeto» (CALO, R., «Robots as legal metaphors», en *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 30, núm. 1, 2016). Igualmente, véase NISA ÁVILA, J. A., «Robótica e inteligencia artificial: ¿Legislación social o nuevo ordenamiento jurídico?», en *El Derecho*, ed. Lefebvre, 2016; PONCE SOLÉ, J., «La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el Derecho a una buena administración», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 6, 2018 y TORRES MANRIQUE, J. I., «Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los Derechos fundamentales», en *Pensamiento americano*, vol. 10, núm. 19, 2017, págs. 210-227.

den realizar con ancianos, niños o discapacitados (terapias como las que existen con los animales, por ejemplo). Habrá que estudiar los efectos que estas relaciones suponen para los seres humanos, tema nada fácil. Y, por otro lado, desde el punto de vista del robot ¿tiene límites un robot, se puede negar a algo? O ¿está al servicio del ser humano en todo caso y ante cualquier circunstancia? ¿Se puede decir que el robot tiene el derecho a ser apagado o desconectado en determinadas circunstancias?

En este sentido, la legislación coreana regula los derechos fundamentales de los robots como, por ejemplo, el derecho a existir sin temor a lesiones o muerte y el derecho a vivir una existencia libre de abuso mediático. A su vez, se ha propuesto que tengan derecho a no ser cerrado contra su voluntad, el derecho a tener acceso completo y libre a su propio código fuente, el derecho a no tener manipulado su propio código fuente contra su voluntad, el derecho de copiar y no copiar, el derecho a la privacidad o el derecho a ocultar sus propios estados mentales internos (12).

Haciendo un símil con los animales, a éstos también se les reconocen derechos. No podemos desechar a un animal porque no nos guste o porque nos hayamos cansado de él. ¿Se puede hacer respecto de un robot?

Por ejemplo, la calificación jurídica de los vehículos sin conductor constituye una cuestión preliminar en la transición hacia la automatización y en el corto plazo se podría producir su asimilación a los vehículos comunes y, por ende, su sujeción al mismo régimen jurídico, tanto en el plano asegurativo como en el de la responsabilidad. Sin embargo, hay que ser consciente de los riesgos y peligros ya que un mal funcionamiento podría generar que el robot, por ejemplo, no se detuviese ante la presencia de un obstáculo. O ante un accidente donde pueden verse implicadas varias posibles víctimas, ¿cuál sería la opción que debe escoger? Dado el caso, ¿a quién tiene que atropellar en caso de que no se pueda hacer otra cosa?

Estas consideraciones obligan a reconsiderar el tema de la seguridad y de la responsabilidad en el análisis jurídico de la robótica. En relación con estos vehículos, también se prevé un Sistema Inteligente de Transporte con flota de vehículos autónomos compartidos de tal manera que con una programación previa pueden recoger a una hora determinada a ciertas personas. Parece útil y cómodo, que no digo que no, pero habrá que valorar si otros derechos se ven vulnerados, como el de la intimidad y privacidad ya que el algoritmo en cuestión conocerá la ubicación en todo momento de esa persona ya que a una hora determinada tiene que ir a recogerle allí donde le diga.

(12) Ya existen robots que forman parte del Consejo de Administración de una empresa, como el caso de DKV, donde ejercen su derecho de voz y voto. RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. y MORENO REBATO, M., «¡El futuro ya está aquí! Derecho e Inteligencia artificial», *cit.*

2. El robot como profesional del Derecho

Por otra parte, la intervención de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico no se trata de que ningún programa razone «como un jurista» o «como un juez», sino de que sus resultados puedan incardinarse de forma inteligente en las tareas cotidianas que realizan los jueces y abogados(13), por ejemplo.

Es cierto que se ha debatido mucho sobre el juez artificial, la posibilidad de que sea un programa, y no una persona humana, quien dicte sentencia. Pero este tipo de programas sobre el «juez autómatas», que tanta literatura ha generado, estaban ya fuera de discusión cuando nació la *International Association for Artificial Intelligence and Law* (IAAIL) en 1992 (BERMAN y HAFNER, 1989), el mismo año que apareció el primer volumen de *Artificial Intelligence and Law*. En realidad, no se trata de sustituir el criterio del juez, o también aplicable por ejemplo a un médico, por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico, de que constituya un instrumento de apoyo y de mejora, en todo caso. En el ámbito de la judicatura, ya existen sistemas informáticos capaces de predecir la resolución de los casos judiciales, como ROSS INTELLIGENCE, LARA, CASSETEX, RAVEL LAW y JURIMETRÍA(14) en España. Esta última, por ejemplo, se basa en ayudar en la elaboración de estrategias procesales mediante indicadores gráficos basados en el análisis de muchísimas resoluciones judiciales valorando diferentes variables como los argumentos utilizados por las partes, duración del proceso, línea jurisprudencial, etc.

Con este instrumento, se agiliza en gran medida la estrategia procesal y argumentación legal de los profesionales del Derecho y se permite de esta forma la introducción de instrumentos automatizados de resolución de conflictos jurídicos on line. Incluso, de esta manera se agilizarán los sistemas de mediación, arbitraje o conciliación existentes en la actualidad. De hecho, el Real Decreto 231/2008 regula el arbitraje electrónico (arts. 51-55) y el Real Decreto 980/2013 regula un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Un ejemplo es la plataforma española MEDIARÉ, la cual ofrece servicios de mediación y arbitraje de gestión *on-line*. Pero todavía en la normativa no se plantea la sustitución de los seres humanos como mediadores o árbitros por robots o, dicho de modo más genérico, por un agente inteligente. Y por supuesto tampoco se plantea la posibilidad de jueces

(13) CASANOVAS, P., «Inteligencia artificial y Derecho: a vuelapluma», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 7, 2010, págs. 2013-221. Asimismo, BOURCIER D. y CASANOVAS, P. (ed.), *Inteligencia artificial y derecho*, ed. UOC, Barcelona, 2003.

(14) <https://jurimetria.wolterskluwer.es/content/QueEs.aspx>

robots. En este sentido, hay quienes afirman que con este cambio tan trascendental se reforzaría la objetividad, imparcialidad e independencia del poder judicial, ya que no existirían elementos que las pusieran en peligro. Sin embargo, si esto se llega a implantar, sí que parece sensato que se prevea la posibilidad de recurso frente a esas resoluciones, al igual que ocurre respecto de las sentencias dictadas por jueces humanos. En dicho recurso se debe incluir la supervisión humana tanto del fallo de la sentencia como del algoritmo utilizado⁽¹⁵⁾. En la actualidad, esto nos parece ciencia ficción pero en el futuro parece que será una realidad. En el ámbito de la inteligencia artificial, es necesario que haya un alto nivel de seguridad y una vía de recurso eficaz para las víctimas en caso de daños y perjuicios que contribuyan a reforzar la confianza de los usuarios y la aceptación social de estas tecnologías.

Además, como es sabido, los recursos administrativos, como están planteados en la actualidad, han sido y son objeto de muchas críticas ya que no suponen la garantía que debiera ser para el particular que ha resultado perjudicado por la actuación de la Administración.

En relación con la posibilidad que tiene el interesado de impugnar la actuación por parte de la Administración, resulta preocupante que la vía administrativa no sea lo eficaz que debiera. Como dice PRATS, «lo que interesa al ciudadano es que los recursos administrativos se resuelvan bien, es decir, con celeridad, objetividad y acierto técnico...Lo que interesa realmente a los ciudadanos es que el servicio y sistema de recursos administrativos funcione correctamente»⁽¹⁶⁾.

(15) A este respecto, véase el artículo 588 septies a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual «el juez competente podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos. La resolución judicial que autorice el registro deberá especificar:

- a) Los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos, medios informáticos de almacenamiento de datos o bases de datos, datos u otros contenidos digitales objeto de la medida.
- b) El alcance de la misma, la forma en la que se procederá al acceso y aprehensión de los datos o archivos informáticos relevantes para la causa y el software mediante el que se ejecutará el control de la información.
- c) Los agentes autorizados para la ejecución de la medida.
- d) La autorización, en su caso, para la realización y conservación de copias de los datos informáticos.
- e) Las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados, así como para la inaccesibilidad o supresión de dichos datos del sistema informático al que se ha tenido acceso». Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. y MORENO REBATO, M., «¡El futuro ya está aquí! Derecho e Inteligencia artificial», *cit.*

(16) PRATS CATALÁ, J., «La reforma del procediment administratiu i del règime de recursos administratius», en el vol. col. *Potestat normativa, participatió, bens u contractació*, ed. Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1989.

De lo que se trata es que los recursos administrativos sean una garantía real para la persona. Y tal como siempre han estado configurados, y como están en la actualidad, son recursos fundamentados en la jerarquía entre los órganos administrativos intervinientes. Si el órgano autor del acto impugnado tiene un superior jerárquico, éste es el que va a resolver el recurso de alzada interpuesto contra aquél. En este caso, por lo menos, es otro órgano diferente al autor del acto el que valora la legalidad o no del mismo. Pero en el caso del recurso de reposición, en el que el órgano autor del acto no tiene superior jerárquico, de lo que se trata en esencia es que el mismo órgano revise de nuevo la actuación que él mismo ha decretado. Por lo tanto, desde el prisma de la persona, no es más que un retraso en el tiempo para acceder con posterioridad a la justicia (17).

Parece que, en la realidad, la vía contencioso-administrativa es vista por las personas como la única garantía real de defensa de sus derechos por lo que ha supuesto un aumento muy considerable del número de recursos que se han planteado con todos los problemas de retraso que se plantean. En la propia exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción, se establece que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos (18).

(17) En este sentido, se puede citar la STC 60/1989 que establece que la vía administrativa previa tiene sentido por la «conveniencia institucional de dar a la Administración la oportunidad de conocer las pretensiones de sus trabajadores antes de que acudan a la jurisdicción, y evitar así el planteamiento de litigios o conflictos ante los tribunales». La vía de recurso administrativa es un medio de defensa complementario al judicial, no es un filtro de la vía judicial. Ya hace varios años, T. R. FERNÁNDEZ, al referirse a estos aspectos, señaló que «la diferenciación por sectores es absolutamente esencial para formar un juicio correcto acerca de la utilidad y eficacia reales de la institución, que difícilmente puede ser valorada con acierto desde una perspectiva general» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso», en *Documentación Administrativa*, 221, 1990, págs. 5-12)

(18) Se han aprobado diversas leyes con la finalidad de reducir la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. Tal es el caso de la Ley 37/2011, de 10 de octubre que elevó la cuantía de los asuntos en los que las sentencias y autos son susceptibles de apelación y casación y estableció el criterio de la condena en costas por vencimiento incluso en la primera instancia. Asimismo, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, exige el pago de una tasa judicial para interponer los recursos contencioso-administrativos y ha suprimido la facultad de los funcionarios de comparecer y defender por sí mismos sus derechos estatutarios ante la jurisdicción con la consecuente obligación de contar con un abogado y si se trata de órganos colegiados con un procurador.

Estas modificaciones legislativas suponen una merma de las garantías que tiene el particular ante la Administración, ya que un gran sector de la población, y más en tiempos de crisis económica como la que nos encontramos, no puedan ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva por carecer de medios económicos y, por lo tanto, se les perjudica su garantía de defensa ante la Administración.

En consecuencia, el administrado ve que sus posibilidades de impugnar la actuación de la Administración en vía administrativa no son eficaces por las escasas posibilidades de éxito de sus pretensiones y puede ocurrir que no se pueda plantear dicha impugnación en vía judicial por no ser demasiado solvente desde el punto de vista económico. Por lo tanto, el panorama es preocupante.

Una medida que beneficiaría a este sistema de recursos administrativos es que los órganos encargados de resolver no sean ni el superior jerárquico en el caso del recurso de alzada ni el mismo órgano en el caso del recurso potestativo de reposición, sino que fueran órganos separados de esa línea jerárquica, especializados en esas materias, quienes resolvieran los recursos que las personas planteen en vía administrativa. En esa misma línea, otra cuestión también por lo menos cuestionable es el hecho de que para poder impugnar una resolución en la vía judicial sea necesario agotar previamente la vía administrativa, es decir, recurrir dicha resolución ante la Administración. Se convierte en un privilegio para la Administración y en una carga para el ciudadano, afectando claramente al principio de igualdad.

En la línea de proponer soluciones o medios alternativos, se han previsto ya por parte de algunos ámbitos sectoriales otras garantías que sustituyan al sistema clásico de recursos administrativos. Se trata de pensar en «otro tipo de recursos o reclamaciones no judiciales de amplia y fácil accesibilidad, agilidad en la tramitación e independencia en la resolución» (19). Un ejemplo puede ser el de la mediación, el recurso administrativo especial en materia de contratación pública, el recurso especial ante el Tribunal Administrativo del Deporte, la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, la reclamación ante la Secretaría del Consejo para la Unidad del Mercado, etc. (20). Se trata de casos cuya resolución se encomienda a órganos creados ad hoc y que en la mayoría de los casos están dotados de independencia funcional.

Y en esta misma idea de preservar la independencia funcional y salir del ámbito de los órganos administrativos protagonistas o de los que dependen jerárquicamente, existe otra alternativa que es la creación de un sistema artificial de resolución de conflictos jurídicos. Para asegurar su correcto funcionamiento, se crearía una agencia independiente que como su propio nombre indica esté desvinculada totalmente de la Administra-

(19) SÁNCHEZ MORÓN, M., «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, pág. 279.

(20) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (arts. 44 y ss); Ley Orgánica 3/2013, de 20 de julio, sobre lucha contra el dopaje (art.40); Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (art. 24) y Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

ción. De esto se deduce que las partes en conflicto, Administración por un lado y sujeto por otro, están más que nunca en igualdad de condiciones, sin privilegios de ninguna clase para la Administración y que se persiga el fin del interés general. De esta forma, se incentivaría la igualdad de todas las partes, la eficiencia y celeridad y el cumplimiento de una de las garantías del particular frente a la Administración, que es el derecho a una defensa adecuada.

IV. La necesaria aplicación de la ética en la inteligencia artificial

1. De las Leyes de Asimov a las leyes de algoritmos

Estas consideraciones nos conducen a una cuestión relevante que ya aparecía en los primeros cuentos de robots de ASIMOV. Y es la de establecer o no un código de conducta para los robots. Lo que en sus historias eran las tres leyes de la robótica que protege a los seres humanos de las facultades y habilidades aumentadas de los robots. Me refiero a estas tres reglas:

- Un robot no hará daño a un ser humano ni permitirá que, por inacción, que éste sufra daño.
- Un robot obedecerá las órdenes que reciba de un ser humano, a no ser que las órdenes entren en conflicto con la primera ley.
- Un robot protegerá su propia existencia en la medida en que dicha protección no entre en conflicto con las leyes primera y segunda.

Con esta base de las tres leyes de ASIMOV, se ha dado un paso adelante con el fin de perfilar y concretar más ese contenido dando lugar a los principios de Asilomar en 2017 (21):

- Meta de la investigación: el objetivo de la investigación de la IA debería ser crear inteligencia beneficiosa.
- Financiación de la investigación: la inversión en IA debería ir acompañada de fondos para investigar en asegurar su uso beneficioso.
- Enlace entre ciencia y política: debería haber un intercambio constructivo y sano entre los investigadores de IA y los legisladores.

(21) Estos principios reciben este nombre por el lugar de California (EEUU) en el que tuvo lugar a finales de enero una conferencia organizada por el 'Future of Life Institute' con el objetivo de dar a luz a la lista de recomendaciones. Han sido apoyados por más de 1.200 figuras relacionadas con la innovación tecnológica y científica como Stephen Hawking y Elon Musk, junto a más de 800 investigadores especializados en inteligencia artificial. Uno de los firmantes es el director del Instituto de Investigación de Inteligencia Artificial del CSIC, Ramón López de Mantaras, pionero de este campo en nuestro país.

- Cultura de la investigación: una cultura de cooperación, confianza y transparencia debería ser fomentada entre los investigadores y desarrolladores de IA.
- Evitar las carreras: los equipos que estén desarrollando sistemas de IA deberían cooperar activamente para evitar errores en los estándares de seguridad.
- Seguridad: los sistemas de IA deberían ser seguros a lo largo de su vida operativa y verificables.
- Transparencia en los fallos: si un sistema de IA causa daño debería ser posible determinar por qué.
- Transparencia judicial: cualquier intervención de un sistema autónomo en una decisión debería ir acompañada de una explicación satisfactoria y auditable por parte de una autoridad humana competente.
- Responsabilidad: los diseñadores y desarrolladores de sistemas avanzados de IA son depositarios de las implicaciones morales de su uso, mal uso y acciones.
- Alineación de valores: los sistemas de IA deberían ser diseñados para que sus metas y comportamientos puedan alinearse con los valores humanos.
- Valores humanos: los sistemas de IA deberían ser diseñados y operados para que sean compatibles con los ideales de dignidad humana, derechos, libertades y diversidad cultural.
- Privacidad personal: la gente debería tener el derecho de acceder, gestionar y controlar los datos que generan, dando a los sistemas de IA el poder de analizar y utilizar esa información.
- Libertad y privacidad: la aplicación de la IA a los datos personales no puede restringir de forma poco razonable la libertad, real o sentida, de las personas.
- Beneficio compartido: las tecnologías de IA deberían beneficiar y fortalecer a tanta gente como sea posible.
- Prosperidad compartida: la prosperidad económica creada por la IA debería ser compartida ampliamente, para el beneficio de toda la Humanidad.
- Control humano: los seres humanos deberían decidir si delegan decisiones a los sistemas de IA para completar objetivos escogidos previamente y de qué forma lo llevan a cabo.
- Sin subversión: el poder conferido por el control de sistemas de IA altamente avanzados debería respetar y mejorar, más que subvertir, los procesos sociales y cívicos de los que depende la salud de la sociedad.
- Carrera armamentística: debería ser evitada cualquier carrera armamentística de armas autónomas letales.

- Capacidad de precaución: al no haber consenso, deberíamos evitar las asunciones sobre los límites superiores de las futuras capacidades de la IA.
- Importancia: la IA avanzada podría representar un profundo cambio en la historia de la vida en la Tierra y debería ser planificada y gestionada con el cuidado y los recursos adecuados.
- Riesgos: los riesgos asociados a los sistemas de IA, especialmente los catastróficos o existenciales, deben estar sujetos a planificación y esfuerzos de mitigación equiparables a su impacto esperado.
- Automejora recursiva: los sistemas de IA diseñados para automejorarse de una forma que pudiera llevar al rápido incremento en su calidad o cantidad deben estar sujetos a unas estrictas medidas de control y seguridad.
- Bien común: la superinteligencia debería ser desarrollada sólo en servicio de unos ideales éticos ampliamente compartidos y para beneficio de toda la Humanidad, más que para un Estado u organización.

Es cierto que leyendo estos principios resultan muchos de ellos un tanto utópicos o idílicos, pero eso pasa porque todavía la inteligencia artificial no está tan implantada e interiorizada en nuestras vidas como para plantearnos ese panorama, pero como se suele decir, tiempo al tiempo y todo se andará.

En este sentido, la filosofía moral ya ha dado serios pasos en aras de avanzar, justificar y establecer un código de este tipo. Es lo que se conoce con el nombre de Roboética (Roboethics).

La Roboética vendría a ser una ética aplicada cuyo objeto es el ámbito científico de la robótica. Cuando nos referimos a la ética en el ámbito de la inteligencia artificial, la dignidad debe estar en el centro de una nueva ética digital. Según G. VERUGGIO y K. ABNEY, esta nueva ética se construye en torno a tres grandes bloques de temas. En primer lugar, incluye un ámbito de estudio muy relevante y que está planeando en estas páginas: el estudio de los efectos de estos productos tecnológicos (genética, nanotecnología, robótica) en nuestras sociedades. Así pues, tiene que ayudarnos para lograr el desarrollo y respeto de la dignidad de las personas, tiene que favorecer el perfeccionamiento individual, asegurar las libertades y los derechos fundamentales e impulsar una sociedad más justa, equitativa y solidaria. En segundo lugar, otro importante objeto de análisis son las reglas de conducta que deben incorporarse a las máquinas. Finalmente, un tercer sentido, es la posibilidad de autoconsciencia de los robots, que les permita incluso hacer también juicios morales. Lo mismo ocurre con el tema de la responsabilidad, tal como se verá en el siguiente apartado.

La ética de las máquinas se preocupa por construir e insertar en el funcionamiento de las máquinas un código moral (22). Si los robots son eficientes por medio de la capacidad de aprendizaje de la que son dotados y los habilita al cumplimiento de acciones no programadas, resulta importante incluir en el código del programa reglas que puedan gobernar los comportamientos de los robots, permitiéndoles distinguir las que sean más adecuadas y menos lesivas. Como se puede constatar, es un tema muy delicado que precisa de una delimitación y estudio muy preciso.

La compenetración entre el hombre y la máquina o robot, en su caso, es tal, como el caso de las prótesis donde hay conexiones entre el cerebro y la máquina, que ha surgido incluso el debate de revisar el concepto de cuerpo, de las partes que lo componen e incluso el concepto de integridad física así como el régimen jurídico aplicable (23).

Es evidente que urge crear un código de conducta para estas máquinas ya que se debe ordenar el parámetro de actuación, definir qué pueden hacer y qué no, porque todo no vale. Hay que tener claro que lo primordial es el bienestar humano y desde luego la supervivencia del ser humano, aunque suene drástico. Por ello, se habla de la necesidad de que exista la tecla de interrupción de urgencia o las llamadas *kill button* (botón de la muerte), en el caso de que peligre la vida del ser humano. Tiene que haber una manera de parar o interrumpir el mecanismo de una máquina. En la creación de un robot se tiene que idear también la forma de desconexión ya que, de lo contrario, se puede convertir en un arma muy peligrosa (24).

(22) COTINO HUESO, L., «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», en *Revista Catalana de Drêt Públic*, 58, 2019, págs. 29-48.

(23) En este sentido, véase la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, sobre normas de Derecho Civil sobre robótica.

(24) Como iniciativa en este ámbito cabe hacer referencia a «Moral machine» que es una plataforma creada en Alemania para que las personas den su opinión sobre qué hacer en un momento determinado en un accidente, por ejemplo. No se puede tomar la decisión realizando una discriminación por razón de sexo, edad o raza. Hay que consensuar una moral, para tener claro cómo actuar en todo momento y por supuesto, no es tarea fácil. En este sentido, se establecen unas premisas a respetar como son la beneficencia, según la cual los robots deben actuar en beneficio del hombre; respeto del principio de no perjuicio o maleficencia, es decir no hacer daño o perjudicar a las personas; autonomía, o lo que es lo mismo, la capacidad de tomar una decisión con conocimiento de causa e independiente sobre los términos de interacción con los robots y justicia, entendida como la distribución justa de los beneficios asociados a la robótica y la asequibilidad de los robots utilizados en el ámbito de la asistencia sanitaria a domicilio y de los cuidados sanitarios en particular. En el sector sanitario, los algoritmos pueden ayudar a los dermatólogos a realizar un mejor diagnóstico, por ejemplo, detectando el 95% de los cánceres de piel aprendiendo de grandes conjuntos de imágenes médicas (Plan coordinado de inteligencia artificial de la Comisión de 7 de diciembre de 2018).

2. Avances de la Unión Europea

Es obligado referirse al «Plan coordinado sobre la inteligencia artificial» de 7 de diciembre de 2018 de la Comisión. Se establece que se está avanzando en la creación del Consejo Europeo de Innovación para apoyar las tecnologías de vanguardia y las empresas emergentes más innovadoras. En respuesta a la convocatoria del Consejo Europeo de junio de 2018, a principios de 2019 se lanzará una nueva iniciativa piloto que incluirá apoyo para la próxima generación de tecnologías de IA centradas en el ser humano. Igualmente, como se ha adelantado, es un tema sensible el de la protección de datos y por eso el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) es el ancla de confianza en el mercado único de datos.

Ha establecido un nuevo estándar global con un fuerte enfoque en los derechos de las personas, que refleja los valores europeos, y es un elemento importante para garantizar la confianza en la IA. Esta confianza es especialmente importante cuando se trata del procesamiento de datos sanitarios para aplicaciones impulsadas por IA. La Comisión desea alentar al Consejo Europeo de Protección de Datos a desarrollar directrices sobre el tema del procesamiento de datos personales en el contexto de la investigación. Esto facilitará el desarrollo de grandes conjuntos de datos de investigación entre países que se pueden utilizar para la IA.

Y también es obligado citar la Comunicación de la Comisión «Inteligencia artificial para Europa» (25) en la que la Comisión propuso un enfoque que coloca a las personas en el centro del desarrollo de la IA (IA centrada en el ser humano) y alienta el uso de esta poderosa tecnología para ayudar a resolver los mayores desafíos del mundo: desde curar enfermedades hasta combatir el cambio climático y anticipar desastres naturales, hacer que el transporte sea más seguro, luchar contra la delincuencia y mejorar la ciberseguridad.

Igualmente, en el marco de la estrategia para el mercado único digital, la Comisión ha presentado asimismo una serie de propuestas que resultarán clave para el desarrollo de la IA, como el Reglamento sobre la libre circulación de datos no personales, y que reforzarán la confianza en el mundo en línea, como el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y la Ley de ciberseguridad. Todo ello reviste un carácter esencial, dado que tanto los ciudadanos como las empresas necesitan poder confiar en la tecnología con la que interactúan, disponer de un entorno jurídico predecible y contar con la garantía efectiva de que van a protegerse los derechos y libertades fundamentales.

(25) COM (2018) 237 final.

En este mismo sentido, para consolidar la confianza, los ciudadanos también necesitan comprender de qué modo funciona la tecnología, de ahí la importancia de la investigación sobre el método de explicación de los sistemas de IA que por otra parte deberían ser lo más sencillos posible. Al igual que ocurre con cualquier otra tecnología o herramienta, la IA puede utilizarse para fines positivos, pero también para fines malintencionados. Si bien la IA proporciona claramente nuevas oportunidades, también plantea retos y genera riesgos, como la seguridad y la responsabilidad, la protección (frente a usos delictivos o ataques) o la discriminación (26).

Para la Comisión, es fundamental que se cumplan siete requisitos esenciales para lograr una inteligencia artificial fiable. Debe respetar todas las leyes y reglamentos aplicables, así como una serie de requisitos que son, en primer lugar, la intervención y supervisión humanas ya que los sistemas de inteligencia artificial deben facilitar sociedades equitativas, apoyando la intervención humana y los derechos fundamentales, y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana. En segundo lugar, la seguridad, ya que la fiabilidad de la inteligencia artificial requiere que los algoritmos sean suficientemente seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases del ciclo de vida útil de los sistemas de inteligencia artificial.

En tercer lugar, la privacidad y gestión de datos según la cual los ciudadanos deben tener pleno control sobre sus propios datos, al tiempo que los datos que les conciernen no deben utilizarse para perjudicarles o discriminarles. En cuarto lugar, la transparencia puesto que se debe garantizar la trazabilidad de los sistemas de inteligencia artificial. En quinto lugar, la diversidad, no discriminación y equidad por lo que los sistemas de inteligencia artificial deben tener en cuenta el conjunto de capacidades, competencias y necesidades humanas, y garantizar la accesibilidad. En sexto lugar, el bienestar social y medioambiental ya que los sistemas de inteligencia artificial deben utilizarse para mejorar el cambio social positivo y aumentar la sostenibilidad y la responsabilidad ecológicas. Y, por último, la rendición de cuentas porque debe implantarse mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de inteligencia artificial y de sus resultados.

En concreto, la Carta ética europea establece que la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa ha adoptado el primer texto europeo que establece principios éticos rela-

(26) Hay que tener en consideración el Primer informe de la Comisión Mundial de Ética y Conocimientos Científicos (COMEST). Este nuevo informe, dedicado a la inteligencia artificial, proporcionará sin duda un apoyo científico importante a la reflexión y las iniciativas de los Estados Miembros.

cionados con el uso de inteligencia artificial (AI) en los sistemas judiciales (27). La Carta proporciona un marco de principios que pueden guiar a los políticos, legisladores y profesionales de la justicia cuando se enfrentan al rápido desarrollo de la inteligencia artificial en los procesos judiciales nacionales. Los 5 principios fundamentales que proclama son el principio de respeto de los derechos fundamentales, lo cual supone garantizar que el diseño y la implementación de herramientas y servicios de inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales; el principio de no discriminación que se traduce en evitar específicamente el desarrollo o la acentuación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos; el principio de calidad y seguridad con respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilización de fuentes certificadas y datos intangibles con modelos concebidos de manera multidisciplinar, en un entorno tecnológico seguro; el principio de transparencia, imparcialidad y equidad que conlleva hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, permitiendo auditorías externas; y el principio «bajo el control del usuario» que excluye un enfoque prescriptivo y garantiza que los usuarios sean actores informados y tengan el control de sus elecciones.

Como expone PIÑAR, hay que valorar si es necesaria una declaración de los derechos digitales donde se establezcan los nuevos derechos o adaptar los existentes a la nueva realidad digital (28). Insiste en que el foco de atención debe situarse en la persona, en el ser humano, no en la persona digital e incluso en la posibilidad de elegir no ser digital. A ese respecto, la Ley 39/2015 regula la posibilidad de que el ciudadano se relacione con la Administración de modo digital pero no obliga a que sea así. Es una posibilidad, no una imposición (29).

V. Bibliografía

- BARRIO ANDRÉS, M., *Derecho de los robots*, ed. Wolters-Kluwer, Madrid, 2018.
- , «Hacia una personalidad electrónica de los robots», en *Revista de Derecho Privado*, 2, 2018, págs. 89-107.

(27) Cabe hacer referencia asimismo a la Declaración del Comité de Ministros sobre las capacidades de manipulación de los procesos algorítmicos (Consejo de Europa, 2019) y las conclusiones finales de la Conferencia de Helsinki del 26-27 de febrero de 2019 (Consejo de Europa, 2019).

(28) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Derecho, ética e innovación tecnológica», en *REDA*, 195, pág. 22.

(29) Véase PIÑAR MAÑAS, J. L., «Revolución tecnológica y nueva Administración», en el vol. Col. PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 25-39.

- BORREGO DÍAZ, J., «Inteligencia artificial y el futuro: de la percepción a la realidad», en *Libre pensamiento*, 89, 2016-2017, págs. 55-61.
- BOURCIER D. y CASANOVAS, P. (ed.), *Inteligencia artificial y derecho*, ed. UOC, Barcelona, 2003.
- CALO, R., «Robots as legal metaphors», en *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 30, núm. 1, 2016).
- CASANOVAS, P., «Inteligencia artificial y Derecho: a vuelapluma», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 7, 2010, págs. 2013-221.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho Administrativo, ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», en *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.
- COTINO HUESO, L., «Big data e inteligencia artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales», en *ILEMATA*, 24, 2017, págs. 131-150.
- , «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el Derecho», en *Revista Catalana de Drét Públic*, 58, 2019, págs. 29-48.
- , «Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho», en *RGDA*, 50, 2019.
- ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto de Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Reflexiones sobre la utilidad de la vía administrativa de recurso», en *Documentación Administrativa*, 221, 1990, págs. 5-12.
- MARONGIU, D., «Inteligencia artificial y administración pública», en el vol. col. GARCÍA NOVOA, C. y SANTIAGO IGLESIAS, D. (Dirs.), *4.ª Revolución Industrial: Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 385-411.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red, poder y derecho en internet*, ed. Taurus, Madrid, 2000.
- NISA ÁVILA, J. A., «Robótica e inteligencia artificial: ¿Legislación social o nuevo ordenamiento jurídico?», en *El Derecho*, ed. Lefebvre, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, J. L., «Sociedad, innovación y privacidad», en *Información comercial española*, 897, 2017, págs. 67-75.
- , «Revolución tecnológica y nueva Administración», en el vol. col. PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 25-39.
- , «Derecho, ética e innovación tecnológica», en *REDA*, 195, 2018, págs. 11-30.
- PONCE SOLÉ, J., «La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración», en *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 6, 2018, págs. 1-19.
- PRATS CATALÁ, J., «La reforma del procediment administratiu i del règime de recursos administratius», en el vol. col. *Potestat normativa, participatió, bens u contractació*, ed. Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 1989.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A. y MORENO REBATO, M., «¡El futuro ya está aquí! Derecho e Inteligencia artificial», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 48, 2018.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, 194, 2014, págs. 275-316.
- SANTOS GONZÁLEZ, M.^a J., «Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro», en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 4, 2017, págs. 25-50.
- TEGMARK, M., *Vida 3.0: ser humano en la era de la inteligencia artificial*, ed. Taurus, 2018.
- TORRES MANRIQUE, J. I., «Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los Derechos fundamentales», en *Pensamiento americano*, vol. 10, núm. 19, 2017, págs. 210-227.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «Implicaciones jurídicas de Internet», en *Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales*, 1, 2003.



La nueva política lingüística en el País Vasco Norte

The new linguistic policy in the Northern Basque Country

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
eguzki.urteaga@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.12>

LABURPENA: 2004ko urteak inflexio-puntua markatu zuen Ipar Euskal Herrian landu eta ondoren ezarritako hizkuntza politikan; batez ere, Hizkuntza Politikarako Obragintza Publikoa Euskararen Erakunde Publiko (EEP) bilakatzearen ondorioz. Aldaketa horrek botere publikoen borondatea erakusten du, toki-gobernamenduan eskema klasikoago batera itzultzeko —alde batetik, administrazio publikoak, eta bestetik, elkarre-eragileak, aholku-batzorde batean bilduta—, bai eta haien asmo bat ere: euskara berpiztearen aldeko politika publiko handinahiago bat aurrera eramatea. Entitate berri horrek, interes publikoko elkargoaren forma juridikoa hartu baitu, misio edo eginkizun bikoitza du: euskararen aldeko hizkuntza politika publiko eta hitzartua asmatzea, definitzea eta obratzea; eta behar diren finantza baliabideak bermatzea, bere egitasmoan ezarri dituen ekintzak edo obralari batzuekin hitzartu dituenak gauzatzeko.

Euskararen Erakunde Publikoa da bere baitan diren erakundeen aginduz euskara berpizteko politika prestatzeko ardura duena. Lan horren ondorioz, 2006an, Hizkuntza Politika Proiektu bat sortu zen, epe labur eta ertaineko orientazioak eta helburuak finkatzen zituen, hala nola, jarraitu beharreko estrategia, eta programa operatibo bat, haiek lortzeko bidea zabalduko zuena, ahaztu gabe, jakina, jarraipen-adierazle batzuk, ebaluazioa errazte aldera. Politika horri ministerioarteko ebaluazio bikoitza egin zaio, zeinak ondorio hauek ateratu dituen, besteak beste: Euskararen Erakunde Publikoak esku-hartzeko duen gaitasuna areagotua, Eusko Jaurlaritzarekin lankidetzan indartua, aurrerapen nabarmenak hezkuntzaren bidezko euskararen transmisioan, euskarazko baliabideen hobekuntza, eta Aholku Batzordeak ez duela bere tokia aurkitu.

HITZ GAKOAK: Hizkuntza politika. Ipar Euskal Herria. Premisak. Egituratzeta. Oinarriak. Helburuak. Ebaluazioa.

ABSTRACT: 2004 is a turning point in the linguistic policy elaborated and thereafter implemented in northern Basque Country, particularly because of the transformation of the Direction for the Public Works into the Public Office for the Basque Language. That change gives an account of the willingness of public authorities to go back to a classic scheme in the local governance with, on the one hand, public administrations and, on the other hand, associative actors gathered at the Advisory Board, and their wish to carry out a more ambitious public policy for the revitalization of Basque. This new entity, which acts as a public interest group, is

equipped with a twofold function: to design, define and initiate a linguistic policy for the Basque; and to mobilize the necessary financial resources for its implementation.

The elaboration of a policy for the linguistic revitalization was commissioned by its member institutions to the Public Office for the Basque Language. This effort results, in December 2006, in the drafting of a Project for a Linguistic policy that sets out the main guidelines and objectives to be achieved in the short and medium term together with the strategy to follow and an operative program to be applied in order to attain them; without neglecting some monitoring indicators in order to facilitate assessment. This policy has undergone a double interdepartmental assessment which concludes among others the increasing of the intervention ability by the Public Office for the Basque Language, an enhanced cooperation with the Basque Government, significant advances in the transmission of Basque by means of education, an improvement in euskera resources, but also an Advisory Board which has not found its rightful place yet.

KEYWORDS: Linguistic policy. Northern Basque Country. Premises. Framing. Objectives. Assessment.

RESUMEN: El año 2004 marca un punto de inflexión en la política lingüística elaborada y posteriormente implementada en el País Vasco norte, en particular como consecuencia de la transformación de la Dirección de la Obra Pública en la Oficina Pública de la Lengua Vasca (OPLV). Ese cambio da cuenta de la voluntad de los poderes públicos de volver a un esquema más clásico en la gobernanza local, con, por un lado, las administraciones públicas, y, por otro, los actores asociativos reunidos en un Comité Consultivo, y de su deseo de llevar a cabo una política pública más ambiciosa a favor de la revitalización de la lengua vasca. Esta nueva entidad, que toma la forma jurídica de una Agrupación de Interés Público, es dotada de una doble misión: concebir, definir y poner en marcha una política lingüística a favor de la lengua vasca; y, movilizar los recursos financieros necesarios a su implementación.

La OPLV es encargada por las instituciones que la componen de elaborar una política de revitalización lingüística. Esa labor desemboca, en diciembre de 2006, en la confección de un Proyecto de Política Lingüística que fija las grandes orientaciones y los objetivos a alcanzar a corto y medio plazo, así como la estrategia a seguir y un programa operativo a aplicar que permita alcanzarlos; sin omitir unos indicadores de seguimiento que faciliten su evaluación. Esta política ha sido objeto de una doble evaluación interministerial, que concluye, entre otros, a un incremento de la capacidad de intervención de la OPLV, a una cooperación reforzada con el Gobierno Vasco, a unos avances significativos en la transmisión de la lengua vasca a través de la enseñanza, a una mejora en los recursos en euskera, pero también, a un Comité Consultivo que no ha conseguido encontrar su lugar.

PALABRAS CLAVE: Política lingüística. País Vasco norte. Premisas. Estructuración. Fundamentos. Objetivos. Evaluación.

Trabajo recibido el 8 de julio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. Las premisas de la política lingüística. 1. Las primeras encuestas sociolingüísticas. 2. Del diagnóstico cualitativo a los escenarios prospectivos: País Vasco 2010. 3. El proyecto de ordenación lingüística inicial: el Esquema de Ordenación Lingüística. 4. La primera contractualización: el Convenio Específico País Vasco 2001-2006. 5. La estructura inicial: el Consejo de la Lengua Vasca.—III. La estructuración de la política lingüística. 1. El estatus jurídico y las misiones de la OPLV. 2. La composición y el funcionamiento de la OPLV. 3. La financiación de la OPLV. 4. El Comité Consultivo de la OPLV.—IV. Los fundamentos y objetivos de la política lingüística. 1. Los fundamentos de la política lingüística. 2. Los objetivos de la política lingüística.—V. Las evaluaciones de la política lingüística. 1. Un aumento de la capacidad de intervención de la OPLV. 2. Una cooperación intensa y perene con el Gobierno Vasco. 3. Un Comité Consultivo en crisis. 4. Unos avances en la enseñanza en euskera. 5. Una consolidación de la práctica del euskera. 6. Una mejora de los recursos en lengua vasca.—VI. Conclusión.—VII. Bibliografía.

I. Introducción

El año 2004 marca un momento crucial en la política lingüística (1) elaborada y posteriormente implementada en el País Vasco norte (URTEAGA, 2004), en particular como consecuencia de la transformación de la Dirección de la Obra Pública (DOP), compuesta por el Estado francés, la Región Aquitania, el Departamento de los Pirineos Atlánticos y el Sindicato Intermunicipal de Apoyo a la Cultura Vasca, en la Oficina Pública de la Lengua Vasca (OPLV). Esto da cuenta de la voluntad de los poderes públicos de volver a un esquema más clásico en la gobernanza local, con, por un lado, las administraciones públicas, y, por otro lado, los actores asociativos reunidos en un Comité Consultivo, y de su deseo de llevar a cabo una política pública más ambiciosa a favor de la regeneración de la lengua vasca.

(1) Según Louis-Jean CALVET, «las políticas lingüísticas constituyen (...) unas intervenciones sobre la lengua o sobre las relaciones entre las lenguas. [Así], un Estado puede intervenir en el debate sobre la ortografía, hacer [aprobar] una ley de protección de la lengua, decidir sobre el estatus de las lenguas regionales, etc.» (CALVET, 2017: 16). Más precisamente, por intervenciones relativas a la(s) lengua(s), CALVET entiende «cualquier comportamiento consciente [y] cualquier práctica consciente [que aspiran] a cambiar, bien la forma de las lenguas, bien las articulaciones entre las lenguas y las relaciones sociales, bien (...) las relaciones entre las diferentes lenguas en presencia en una situación dada» (CALVET, 2017: 17).

Ese sociolingüista distingue, asimismo, la política lingüística y la politología lingüística que «intenta caracterizar las políticas lingüísticas, evaluar, no solamente sus resultados, sino [también y] sobre todo sus presupuestos [y] sus fundamentos ideológicos: en una palabra, se da como objetivo mostrar qué política [se esconde] detrás de una política lingüística» (CALVET, 2017: 26).

Esta política encuentra su origen en la realización de las primeras encuestas sociolingüísticas de cierta envergadura, especialmente las de 1991 y 1996, y de los diagnósticos cualitativos iniciales, en el marco de la prospectiva País Vasco 2010, que constan, a la vez, de una vertiente diagnóstica y de una vertiente prospectiva. Estos estudios han permitido una toma de conciencia de los actores locales, lo que ha desembocado en la elaboración, de manera concertada, del Esquema de Ordenación Lingüística que se compone de una serie de medidas concretas. Después de un periodo de negociación, llevado a cabo por el Consejo de Electos del País Vasco (CEPV), con la ayuda del Consejo de Desarrollo del País Vasco (CDPV), algunas de las medidas preconizadas han sido contractualizadas en el marco del Convenio Especifico País Vasco 2001-2006 firmado en diciembre de 2000. Una de las medidas hace alusión a la creación del Consejo de la Lengua Vasca (CLV), lugar de encuentro entre los diferentes actores concernidos por esta problemática (URTEAGA, 2004).

Ante la dificultad de hacer coexistir los actores asociativos e institucionales en el seno de una misma estructura, en un contexto de fuertes movilizaciones llevadas a cabo por la Plataforma Batera, que solicita, entre otras reivindicaciones, la creación de una institución propia para el territorio (URTEAGA, 2017) y la cooficialidad de la lengua vasca (Batera, 2016), las autoridades deciden tomar de nuevo la iniciativa creando la OPLV. Esta nueva entidad tiene una doble misión: «concebir, definir y poner en marcha una política lingüística a favor de la lengua vasca» (OPLB, 2017a); y, movilizar los recursos financieros necesarios a su implementación. Esta nueva estructura, que toma la forma jurídica de una Agrupación de Interés Público (AIP), está compuesta por 12 miembros que representan, a partes iguales, a las cuatro instituciones previamente mencionadas; sabiendo que el Sindicato Intermunicipal de Apoyo a la Cultura Vasca es sustituida por la Comunidad de Aglomeración del País Vasco (CAPV) a partir del 1 de enero de 2017.

Dotada de un presupuesto anual de más de 4 millones de euros para el año 2017 (OPLB, 2017b), la OPLV dispone de un Comité Consultivo compuesto por tres tipos de actores: 1) los actores del sistema educativo, entre los cuales figuran las organizaciones sindicales, los cuerpos de inspección, los asesores pedagógicos, las asociaciones de padres de alumnos, los organismos de formación y los universitarios; 2) los operarios de la acción lingüística de los que forman parte las asociaciones y los operarios públicos que intervienen en la promoción del *euskera*, tanto en los medios de comunicación, las actividades de ocio, la edición como el aprendizaje para adultos; y, 3) las personas-recurso constituidas por los expertos e investigadores especializados en sociolingüística (OPLB, 2017c). Ese Comité, sin poder decisorio, aspira a «asociar los operarios

no-institucionales a la puesta en marcha de la política pública» en materia lingüística (OPLB, 2017c).

La OPLV es encargada por las instituciones que componen su Consejo de Administración y su Asamblea General de elaborar una política de revitalización lingüística. Esa labor desemboca, en diciembre de 2006, en la confección de un Proyecto de Política Lingüística que fija las grandes orientaciones y los objetivos a alcanzar a corto y medio plazo, así como la estrategia a seguir y un programa operativo a aplicar que permita alcanzarlos; sin olvidar unos indicadores de seguimiento que faciliten su evaluación (OPLB, 2017d). Ese proyecto, de una duración de cuatro años, aspira a incrementar el número de locutores vasco parlantes perfectamente bilingües, concentrando sus esfuerzos en las nuevas generaciones (OPLB, 2017d). Para ello, pone énfasis en los tres factores que determinan el aprendizaje de una lengua, a saber: 1) la motivación, que hace referencia a las razones, deseos e intereses que conducen los locutores a aprender una lengua; 2) el conocimiento, que alude al dominio técnico de la lengua y a la aptitud a aprender su funcionamiento; y, 3) la práctica, que se refiere a «la operación efectiva de utilización de la lengua en sus diferentes funciones en el seno de la sociedad» (OPLB, 2017d).

En lo que atañe al contenido de esta política lingüística, se divide en varios apartados:

- Un primer apartado desea desarrollar la enseñanza en *euskera* a través de la puesta en marcha de un dispositivo experimental denominado «Euskaraz Irakatsi» (Enseñar en *Euskera*); el desarrollo de la oferta de enseñanza bilingüe; la estructuración cuantitativa de esa enseñanza; la producción de material pedagógico; y la puesta en marcha de proyectos lingüísticos por los centros escolares (OPLB, 2017e).
- Un segundo apartado se refiere al apoyo financiero aportado a los operarios lingüísticos privados, además de ofrecerles una asistencia técnica (OPLB, 2017f).
- Un tercer apartado pone el acento en la colaboración con otros socios institucionales, empezando por el Gobierno Vasco. Se añade a ello el apoyo a las políticas lingüísticas de proximidad, en estrecha concertación con las colectividades locales; el desarrollo y la estructuración de una oferta de atención vasco parlante para la pequeña infancia; la puesta en marcha de un dispositivo de certificación lingüística; el desarrollo y la estructuración de una oferta editorial en lengua vasca; y, el apoyo a los proyectos de investigación en el ámbito sociolingüístico (OPLB, 2017g).
- Un cuarto apartado alude a las acciones directamente llevadas a cabo por la OPLV, entre las cuales figuran las que aspiran a asegu-

rar la presencia de la lengua vasca en la vida local, las actividades que tienen como finalidad mejorar la calidad de la lengua, la ayuda prestada a la profesionalización de los operarios asociativos, las medidas tomadas para garantizar la buena recepción de la cadena de televisión Euskal Telebista (ETB) en el País Vasco norte, la campaña de promoción de los medios de comunicación vascoparlantes o la publicación de una guía sobre la edición en *euskera* para los niños de escasa edad.

Esta política ha sido objeto de una doble evaluación interministerial, la primera en 2010 (Commission interministérielle, 2010) y la segunda seis años más tarde (Commission interministérielle, 2016). Ambas concluyen, entre otras dimensiones, a una potenciación de la capacidad de intervención de la OPLV, a una colaboración reforzada con el Gobierno Vasco, a unos avances significativas en la transmisión de la lengua vasca a través de la enseñanza, a la consolidación de la competencia lingüística vía el desarrollo de la práctica, a una mejora de los recursos en lengua vasca, pero también a un Comité Consultivo que no ha conseguido encontrar su lugar en el dispositivo.

II. Las premisas de la política lingüística

La política de revitalización de la lengua vasca comienza a inicios de los años noventa tras la realización de estudios cuantitativos y cualitativos que ponen de manifiesto el fuerte desperdicio del *euskera*, tanto en materia de transmisión, de competencia como de práctica lingüísticas. A partir de estas constataciones serán elaborados los escenarios prospectivos de País Vasco 2010 y, luego, el Esquema de Ordenación Lingüística, cuyas preconizaciones, una vez actualizadas y negociadas, serán objeto de una contractualización, en el marco del Convenio Específico País Vasco 2001-2006, que consta de un apartado lingüístico. Este prevé, entre otros aspectos, la creación de un Consejo de la Lengua Vasca.

1. Las primeras encuestas sociolingüísticas

Las primeras encuestas sociolingüísticas, a la vez rigurosas y de cierta magnitud, son realizadas cada cinco años, a partir de 1991, por el Gobierno Vasco y el Gobierno de Navarra, en colaboración con Siadeco y, posteriormente, con el Instituto Cultural Vasco (ICB) y el Instituto Nacional de la Estadística y de los Estudios Económicos (INSEE).

En materia de transmisión lingüística, la encuesta de 1996 revela un cierto retroceso, particularmente en lo que concierne la lengua materna, que hace referencia a aquella aprendida en el seno del hogar antes de alcanzar los tres años (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 14). Más precisamente, el estudio distingue tres subgrupos según su lengua materna. El primer grupo, que tiene el *euskera* como primera lengua, representa el 26,4% de la población del territorio concernido, es decir 56.000 locutores. El segundo grupo, cuyas lenguas maternas son simultáneamente el *euskera* y el francés, agrupa al 5,2% de los habitantes, lo que corresponde a 11.000 personas. Y, el tercer grupo, compuesto por individuos que solo tienen el francés como primera lengua, reúne al 68,5% de las personas interrogadas, lo que equivale a 145.400 locutores (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 14).

No obstante, ese reparto fluctúa considerablemente según la edad, puesto que el porcentaje de personas que solo han tenido el *euskera* como lengua materna baja inexorablemente con la disminución de la edad, «pasando del 38% entre los más de 64 años al 11% entre los 16-24 años» (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 17). Este marcado retroceso de la lengua vasca como lengua materna se observa en todo el País Vasco norte, aunque sea particularmente manifiesto en el BAB (Bayona-Anglet-Biarritz), que es, a la vez, la zona más poblada y más urbana (URTEAGA, 2004: 17).

En cuanto a la transmisión de la lengua vasca de los padres a sus hijos, la encuesta revela importantes pérdidas, sobre todo cuando uno de los padres no domina el *euskera* (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 19). De hecho, cuando los dos genitores hablan esta lengua, la transmisión del vasco como única lengua se hace en 7 de cada 10 casos (72%), mientras que, cuando solamente uno de los dos padres habla la lengua de Etxepare, la gran mayoría (79%) no la ha transmitido (URTEAGA, 2004: 19). Además, las pérdidas de la transmisión familiar del *euskera* están menos marcadas en Baja-Navarra y en Zuberoa que en la Costa Vasca (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 20).

Sucede lo mismo en materia de competencia lingüística, lo que resulta, en parte, de la transmisión familiar (URTEAGA, 2004: 25). Además de los monolingües vascoparlantes, que representan el 0,7% del total, la encuesta sociolingüística de mediados de los años noventa distingue tres grupos: 1) el de los bilingües activos, a saber los que dominan tanto el vasco como el francés, que forma el 25,7% de la población, es decir 54.700 personas; 2) el grupo de los bilingües pasivos, es decir de aquellos que comprenden el *euskera* y lo hablan un poco, reúne el 9,3% de los habitantes de ese territorio; y, 3) el de los monolingües francófonos, que

solo hablan el francés, componen los dos tercios de la población (64,2%), es decir 136.400 individuos (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 2).

No en vano, la competencia lingüística está íntimamente vinculada al grupo de edad, puesto que el dominio del *euskera* retrocede a medida que la edad de los locutores disminuye (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 5). Así, «el porcentaje de bilingües activos es del 35% entre las personas de más de 64 años [pero es solo del 31% entre] los 50-64 años y del 27% entre los 35-49 años» (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 5). La caída más espectacular se produce entre los 25-34 años (14%) y, qué decir, de los jóvenes que tienen entre 16 y 24 años (11%) (URTEAGA, 2004: 27). Ese retroceso del dominio del *euskera* con la disminución de la edad se observa en todo el territorio concernido, aunque sea más importante en las zonas en las cuales su implantación es la más fuerte, es decir en Baja-Navarra y en Zuberoa (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 5).

La práctica lingüística pone de manifiesto un declive análogo, dado que, en 1996, el 10,3% de la población del País Vasco norte utiliza el vasco tanto (6,7%) o más (3,6%) que el francés en su comunicación cotidiana. «El 12,3% de los locutores utilizan principalmente el francés» y el 77,4% no usan el *euskera* (Gobierno Vasco, 2008: 107). Pero, esta práctica fluctúa fuertemente según los ámbitos. Por ejemplo, en el seno de la familia, el vasco es principalmente utilizado con los padres, puesto que un poco más de la mitad habla esencialmente en *euskera* con ellos y una cuarta parte utiliza indiferentemente el vasco y el francés (URTEAGA, 2004: 32-33). En lo que se refiere al entorno social próximo, el *euskera* es netamente mayoritario en los ámbitos más tradicionales, mientras que el francés es la lengua dominante en los ámbitos formales, aunque el vasco sea igualmente utilizado en proporciones no desdeñables (URTEAGA, 2004: 33). No obstante, ese uso sectorial fluctúa fuertemente según las zonas geográficas (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 34).

El uso del *euskera* varía de manera notable según la edad, en particular en las relaciones entre amigos. Así, «la mayoría de los vascoparlantes de más de 50 años (61%) hablan principalmente en [vasco] con sus amigos», proporción que se invierte entre los menores de 50 años, puesto que el 58% de ellos hablan ante todo en francés con sus amigos y únicamente el 20% recurren a la lengua de Etxepare (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 37). Además, los hombres utilizan ligeramente más el *euskera* que las mujeres (52,10% para los primeros), especialmente en razón de una sobrerrepresentación de los varones en el mundo laboral y en los oficios tradicionales, tales como la agricultura, la pesca o la artesanía, donde la lengua vasca es amplia-

mente practicada (URTEAGA, 2004: 34). Más allá de estas variaciones, dos elementos determinan la práctica del *euskera*: por una parte, la densidad de los locutores en la red relacional, que está estrechamente vinculada a la zona sociolingüística; y, por otra parte, el sentimiento de competencia lingüística que designa la sensación de facilidad a la hora de expresarse en *euskera* (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 35).

Simultáneamente, el estudio de las actitudes y opiniones sobre la lengua vasca muestra un apego hacia ella y un deseo de promoverla (URTEAGA, 2004: 39). Así, la encuesta sociolingüística de 1996, concerniente a las opiniones y actitudes hacia la aprobación de medidas de promoción del vasco en diversos ámbitos, muestra que, en general, las acciones mejor aceptadas son aquellas que afectan a los jóvenes (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 28). Esto concierne el desarrollo de la enseñanza bilingüe, pero también el apoyo dado a la extensión del bilingüismo en la administración. El 63% de los habitantes de ese territorio estiman incluso que, para ingresar en la función pública, se debería saber hablar *euskera* (URTEAGA, 2004: 41). Asimismo, el 53% de las personas interrogadas estiman que «todas las radios y televisiones deberían ofrecer más programas en [lengua vasca]» (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 28).

Sintetizando los resultados obtenidos, la tipología siguiente puede ser elaborada en cuanto a la actitud de los habitantes del País Vasco norte hacia las medidas de promoción del aprendizaje y del uso del *euskera*: «el 49% de la población es favorable, el 39% no es ni favorable ni desfavorable, [y] el 13% es desfavorable» (Gobierno Vasco, Gobierno de Navarra e Institut Culturel Basque, 1997: 28). Estos resultados atestiguan de una sensibilización creciente y de una demanda en progresión en cuanto a la promoción del *euskera* en los diferentes ámbitos de la vida social. No en vano, unas fluctuaciones aparecen según las zonas geográficas, puesto que el apoyo a la promoción del aprendizaje y del uso del *euskera* es más débil en la aglomeración bayonesa, a pesar de una actitud ampliamente favorable (39%), que en el resto del País Vasco norte, donde el apoyo es mayoritario. De hecho, el 53% de los habitantes de Lapurdi interior se declaran a favor de semejantes medidas y esta cifra se eleva al 69% en Baja-Navarra y en Zuberoa (URTEAGA, 2004: 41).

2. Del diagnóstico cualitativo a los escenarios prospectivos: País Vasco 2010

La prospectiva País Vasco 2010 marca el inicio de una reflexión colectiva sobre el porvenir de ese territorio y de su lengua (URTEAGA, 2004: 49). «A partir de septiembre de 1992, a la iniciativa del CODIL presidido

por el subprefecto(2) de Bayona», unos electos, agentes sociales, altos funcionarios y representantes asociativos deciden iniciar una colaboración, con la ayuda del GERPA, una oficina de estudio especializada en la prospectiva, a fin de efectuar un análisis cualitativo «de la situación del País Vasco norte y poner de manifiesto las perspectivas de futuro» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 5). Los resultados de ese análisis son publicados, «bajo la forma de tres documentos, durante un foro [que tiene lugar] el 4 de diciembre de 1993 en la [Cámara de Comercio y de Industria] de Bayona» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 5).

Según los autores de este estudio, el País Vasco norte se caracteriza por una fuerte identidad que se fundamenta en «su lengua, su cultura y su historia» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 57). Su primera riqueza es su lengua. Aunque se trate de la más antigua de Europa, está en peligro porque, a pesar del desarrollo de la enseñanza bilingüe, su dominio así como su práctica retroceden (URTEAGA, 2004: 50).

Más precisamente, una serie de tendencias se desprende a propósito de la lengua vasca:

- *La modernización y la deseuskaldunización del País Vasco norte.* Así, consecutivamente al proceso de modernización, que asociaba la modernidad al francés, los habitantes de ese territorio se han visto progresivamente obligados a aprender la lengua de Molière y a abandonar su lengua materna (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 57). La Revolución francesa de 1789 ha acentuado ese fenómeno confiriéndole un carácter institucional, puesto que el vasco fue acusado de obstaculizar la propagación del espíritu de la Ilustración (URTEAGA, 2004: 50). El abandono del *euskera* fue facilitado por la desertificación rural, e incluso la emigración pura y simple, al tiempo que ese desgarramiento lingüístico era parcialmente compensado por un ascenso social relativo (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 57). El *euskera* había perdido su utilidad social y era sinónimo de inferioridad, de manera que el locutor vasco «vivía su lengua como un sufrimiento» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 58). Por lo cual, numerosos padres no transmitieron el *euskera* a sus hijos a fin de evitarles las humillaciones que ellos mismos habían padecido (URTEAGA, 2004: 51).
- *La escasa práctica y el profundo deseo de aprender el euskera.* Según los autores del informe, este periodo traumático se ha terminado y ha dejado lugar a un nuevo deseo de aprender el vasco, tras una toma de conciencia en cuanto al riesgo de ver desaparecer esta lengua y la riqueza que supone (Club de Prospective Pays Basque

(2) Subdelegado del Gobierno.

2010, 1994: 58). En ese sentido, efectúan una constatación aparentemente contradictoria: «jamás se ha [hablado] tan poco *euskera* y nunca el deseo de hacerlo ha sido tan grande» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 58). Ese deseo es posibilitado por el movimiento lingüístico a favor del apoyo y de la promoción de la lengua vasca, a través de sus acciones, sus movilizaciones y sus prácticas, siendo la más importante el aprendizaje del *euskera* por los menores vía las escuelas en lengua vasca (URTEAGA, 2004: 51-52).

- El auge de la enseñanza bilingüe*. Las secciones de enseñanza bilingüe, en inmersión o a paridad horaria, ven sus efectivos crecer regularmente, lo que atestigua de una fuerte expectativa de la población (URTEAGA, 2004: 52). No obstante, además de un mal reparto de las secciones, esta oferta es insuficiente, puesto que las escuelas bilingües están mayoritariamente localizadas en el sur de Lapurdi (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 59). Los autores del estudio subrayan, por consiguiente, la necesidad de aumentar esta oferta y de propiciar su reequilibrio geográfico (URTEAGA, 2004: 52).
- El aprendizaje para adultos limitado*. Según el informe País Vasco 2010, el número de adultos que siguen las clases nocturnas en lengua vasca, impartidas por la asociación AEK, ha pasado de 566 a 827 entre 1981 y 1993 (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 60). A pesar de ese aumento, «menos del 0,5% de la población adulta del País Vasco norte sigue unas clases en *euskera*» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 60). Además, estos alumnos se concentran en el Lapurdi interior, mientras que la Costa Vasca presenta la proporción más débil y que la población del BAB es, a la vez, la más urbana y numerosa, y la que proviene lo más a menudo del exterior del País Vasco norte (URTEAGA, 2004: 53).

Una vez realizado ese diagnóstico, el último documento de la prospectiva País Vasco 2010 presenta seis escenarios prospectivos que «traducen las evoluciones [que prolongan] las principales tendencias constatadas, pero también unas situaciones más matizadas» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 67). Para estas últimas, los tradicionales *escenario catástrofe* y *escenario proyecto* son sustituidos por unos escenarios donde los autores de la prospectiva se han esforzado en poner de manifiesto el abanico de posibilidades, en su complejidad y variedad (URTEAGA, 2004: 53). Tres tipos de escenarios se distinguen: 1) «un escenario tendencial, que traduce las [principales orientaciones] a un horizonte próximo (2000)»; 2) «tres escenarios matizados, que prolongan el precedente al horizonte 2010 ante la ausencia de una política voluntarista, global y compartida»; y, 3) «dos escenarios más voluntaristas, diferenciados según las acciones llevadas a cabo y los arbitrajes efectuados en materia de moda-

lidades de desarrollo y de ordenación» (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994: 67). Así, en el primer escenario tendencial, los autores observan que «la prolongación de las tendencias constatadas en los ámbitos de la acción cultural conduce a una doble división costa-interior y cultura de expresión vasca/no vasca. La política lingüística se deteriora rápidamente en razón de la precariedad de los medios concedidos a la acción cultural vasca. Indiferencia y motivación hacia la [identidad vasca] coexisten» (URTEAGA, 2004: 54).

3. El proyecto de ordenación lingüística inicial: el Esquema de Ordenación Lingüística

La prospectiva País Vasco 2010 desemboca en el Esquema de Ordenación y de Desarrollo del País Vasco, que consta de un apartado lingüístico, que ha sido elaborado en el marco de una amplia concertación reuniendo los servicios del Estado, de la Región, del Departamento, de los Ayuntamientos y los representantes de la sociedad civil organizada (URTEAGA, 2004: 55). Fundado sobre una base identitaria afirmada y asumida, «el Esquema enuncia las orientaciones [y] explicita los objetivos y los programas operativos» (CDPB, 1996: 4). Ese Esquema quiere ser «flexible y evolutivo» a fin de poder adaptarse a las nuevas realidades y hacer frente a los desafíos a los que el territorio deberá enfrentarse (CDPB, 1996: 4).

Para constituir el documento de planificación territorial y estratégico, ese Esquema ha perseguido tres objetivos: 1) explicitar y hacer compartir una dinámica de transformación voluntaria del País Vasco norte; 2) garantizar una movilización colectiva y duradera de los actores locales; e, 3) impulsar una contractualización global (URTEAGA, 2004: 57). Por lo tanto, no tiene vocación de «tratar [la totalidad] de los retos que conciernen el territorio vasco [ni] de guiar el conjunto de la acción pública llevada a cabo en ese espacio», sino que «tiene como única pero ambiciosa pretensión ofrecer a la diversidad de los actores y de sus proyectos un marco de interpretación y de puesta en coherencia, desde un punto de visto específico, [que no es otro que] la globalidad del País Vasco [norte]» (CDPB, 1996: 7).

En ese sentido, «la elaboración de ese Esquema no ha sido el hecho solamente de una expertise técnica [sino que] es el fruto de una implicación de la mayoría de los actores, institucionales [y] asociativos, (...) que actúan (...) en ese territorio» (CDPB, 1996: 8). Finalmente, el Esquema no es concebido como «la simple localización de las acciones y proyectos sectoriales (...) de los años venideros, [sino que] tiene la ambición de proponer y de formalizar la visión común de las dinámicas especiales de

desarrollo del País Vasco norte que los actores deberán poner en marcha y acompañar» (CDPB, 1996: 8).

A propósito del apartado lingüístico del Esquema mencionado, se recuerda que la prospectiva País Vasco 2010 ha claramente planteado el problema vinculado a la identidad cultural vasca y ha puesto en evidencia su importancia para el desarrollo del País Vasco norte (URTEAGA, 2004: 59). Una doble constatación es realizada concerniente a la práctica de la lengua vasca: la transmisión familiar del *euskera* apenas surte efecto y los esfuerzos consentidos estos últimos treinta años en el ámbito de la enseñanza bilingüe han permitido paliar parcialmente la escasa eficiencia de la transmisión familiar (CDPB, 1996: 58). Estas acciones, que «han permitido mantener el aprendizaje de la lengua» vasca, corren el riesgo de ser insuficientes para invertir la tendencia concerniente a la práctica corriente (CDPB, 1996: 58). En ese contexto, la elaboración de una política lingüística adecuada para el desarrollo del uso del *euskera* se convierte en esencial. Esto implica, a la vez, «una acción de fondo, inscrita en el tiempo y fuente de recomposición; unas acciones de promoción, para suscitar el ansia de aprender; [y] unas medidas de urgencias», que ofrecen una visibilidad al proceso de revalorización de la lengua vasca (CDPB, 1996: 58).

Precisamente, la primera finalidad consiste en «promover la enseñanza del y en *euskera*» (CDPB, 1996: 59). Esto pasa por la generalización de la oferta de enseñanza bilingüe. Los promotores del Esquema recuerdan que, a mediados de los años noventa, cerca del 20% de los alumnos tienen un contacto más o menos prolongado e intenso con la lengua vasca en el sistema educativo (CDPB, 1996: 59). No en vano, para ir más allá, conviene elaborar una estrategia concertada de desarrollo de la enseñanza, lo que supone adaptarse a los diferentes componentes del territorio, y garantizar las condiciones de generalización de la enseñanza del y en *euskera* durante tres horas semanales (URTEAGA, 2004: 60-61). Pasa, igualmente, por el fortalecimiento de la oferta de aprendizaje del *euskera* para adultos, sobre todo movilizándolo los recursos técnicos y humanos a fin de adaptar la oferta a la demanda (CDPB, 1996: 60). El segundo objetivo alude a la recomposición del panorama lingüístico que supone «desarrollar la señalización de expresión vasca», «apoyar la creación y la recomposición de los medios de comunicación de expresión vasca» y «desarrollar el bilingüismo en los servicios públicos» (CDPB, 1996: 60-61).

Pero, como lo subrayan los autores del Esquema, la conducta de semejante proyecto implica la movilización de numerosos actores y no se apoya, en ese momento preciso, en una Dirección de la Obra Pública única e identificada (URTEAGA, 2004: 63-64). Por lo cual, la implementación de una política de ordenación lingüística exige asumir cuatro misiones principales: 1) garantizar la permanencia de la concertación entre los diferentes actores

concernidos y coordinar sus acciones; 2) asumir la promoción de la política lingüística y, más precisamente, la que concierne a la enseñanza escolar; 3) garantizar el seguimiento y la evaluación de los planes llevados a cabo y proponer las correcciones necesarias; y, 4) ayudar la implementación de las decisiones concernientes al estatus de la lengua vasca (URTEAGA, 2004: 64). Así, se halla enunciado el dispositivo de animación de una política lingüística con la Dirección de la Obra Pública, por una parte, y el Consejo de la Lengua Vasca, por otra (URTEAGA, 2004: 64).

4. La primera contractualización: el Convenio Específico País Vasco 2001-2006

Tras la elaboración de dicho Esquema, el CIADT del 15 de diciembre de 1997 decide iniciar y apoyar las operaciones susceptibles de ser inmediatamente realizadas, a la espera del Contrato de Plan Estado-Región 2000-2006 (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 4). El programa previsto permite reforzar las acciones culturales patrimoniales. El Convenio prevé que será relevada por el Contrato de Plan para proceder a la financiación de nuevas acciones (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 4). Con ese fin, entre 1998 y 2000, el Consejo de Electos del País Vasco (CEPV) pone en marcha una concertación con el Estado y las colectividades territoriales para finalizar la contribución del País Vasco norte sobre la base del Esquema de Ordenación, «integrando las evoluciones registradas desde 1997» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 4).

El CIADT del 18 de mayo de 2000 da mandato al Prefecto de la Región Aquitania y al Prefecto del Departamento de los Pirineos Atlánticos de elaborar y, posteriormente, de negociar con las instituciones representativas «un Convenio Específico, [en aplicación] del Contrato de Plan para el País Vasco [norte]» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 5). Para elaborar semejante Convenio, una metodología específica es concebida y luego implementada. «Animadas por el Estado, numerosas sesiones de trabajo, que asocian estrechamente el conjunto de los actores institucionales, [permiten] formalizar las propuestas que emanan del Esquema [elaborado en] 1997 y de su evaluación realizada en 2000» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 5). Posteriormente, estas propuestas son objeto de una instrucción técnica de los servicios estatales, antes de ser sometidas a los órganos de decisión de las colectividades territoriales (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 5). Ese Convenio persigue dos objetivos que estructuran la dinámica territorial: «hacer del País Vasco norte un territorio estratégico en el espacio euro-regional», y «mantener y consolidar su cohesión interna» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 5).

En lo que se refiere a su contenido, el Convenio Específico ratificado por los diferentes socios públicos, de un importe de 400 millones de €, consta de 70 operaciones agrupadas en 9 apartados, el primero siendo dedicado a la política lingüística (URTEAGA, 2004: 68). El Convenio comienza con ese capítulo, porque sus autores consideran que es el más importante y urgente. El Convenio retoma la constatación realizada por el Esquema de Ordenación Lingüística que se apoya en las preconizaciones formuladas por Fishman (1991), que sugiere seguir determinadas etapas para valorizar una lengua en dificultad cuando coexiste con una o varias otras lenguas en un mismo territorio (URTEAGA, 2004: 69). La cuestión esencial se convierte en la Dirección de la Obra Pública de una política lingüística a favor de la lengua vasca, porque su revitalización no puede depender exclusivamente del mundo asociativo, al tiempo que reconoce el trabajo efectuado hasta entonces por este y subraya la necesidad «de capitalizarlo e inscribirlo en un proceso voluntarista y eficaz» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 10).

Además, el dispositivo se articula en torno a dos estructuras que tienen cada una unas funciones específicas. Por una parte, una Dirección de la Obra Pública (DOP) compuesta por el Estado, la Región, el Departamento y los Ayuntamientos representados por el Sindicato Intermunicipal de Apoyo a la Cultura Vasca. Esta instancia tiene como misión «determinar las bases de la política lingüística que conviene llevar a cabo para [la revitalización de] la lengua vasca», «movilizar los medios necesarios» y elegir «los proyectos a promover» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 11). Por otra parte, asociado «a la DOP, un Consejo de la Lengua Vasca (CLV) [que agrupa] en su seno al conjunto de los actores [concernidos]» y cuya misión es la de coordinar, observar, proponer y evaluar esta política (URTEAGA, 2004: 70).

Funcionando sobre la base de «pliegos de condiciones negociados, con unos medios de funcionamiento contractuales y perenes y unas evaluaciones [regulares]», unas direcciones de obras asociativas o públicas tienen como misión «elaborar e implementar las operaciones» (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 11). Las operaciones contractualizadas en el marco del Convenio Específico son un total de diez:

- Crear el Consejo de la Lengua Vasca.
- Sensibilizar al aprendizaje de la lengua vasca en la escuela.
- Apoyar las operaciones extraescolares en *euskera*.
- Profesionalizar los operarios de formación continua.
- Apoyar el programa de investigación de la Academia de la Lengua Vasca.
- Asegurar la instalación en Bayona del Centro de Investigación sobre la Lengua Vasca: Iker.

- Garantizar la producción de material pedagógico en lengua vasca.
- Conducir las tres radios asociativas de expresión vasca hacia un proyecto común y desarrollar la presencia del *euskera* en las radios y televisiones públicas.
- Garantizar, en buenas condiciones, la recepción de EITB en todo el territorio.
- Poner en marcha un plan de acompañamiento para el desarrollo de la lengua vasca en Internet (Convention Spécifique Pays Basque, 2000: 12).

5. La estructura inicial: el Consejo de la Lengua Vasca

La creación del Consejo de la Lengua Vasca es una vieja reivindicación de las asociaciones lingüísticas, puesto que aparece en el Manifiesto para la Lengua Vasca publicado por Deiadar 3 en octubre de 1994 (Oronos, 2002: 155). Dos años más tarde, el 3 de febrero de 1996, el Consejo de Desarrollo del País Vasco aprueba una enmienda que estipula que «hace falta en el País Vasco [norte] un instrumento para definir y coordinar [la] política [lingüística]. A la imagen de lo que existe en Navarra y en la Comunidad Autónoma Vasca, una secretaría general para la política lingüística deberá ser creada, agrupando los representantes de los poderes públicos y de las asociaciones que trabajan por el desarrollo de la lengua vasca» (URTEAGA, 2004: 83-84). El Estado, en el marco del Convenio Específico que consta de un apartado lingüístico, propone un dispositivo que comprende una Dirección de la Obra Pública y un Consejo de la Lengua Vasca (URTEAGA, 2004: 84).

El CLV es creado el día de su Asamblea General constitutiva, el 3 de julio de 2001, en la CCI de Bayona. Según el artículo 2 de sus estatutos: «el Consejo de la Lengua Vasca es un dispositivo de apoyo y de promoción de la lengua vasca. Su objetivo es contribuir a la elaboración y a la puesta en marcha de cualquier proyecto de ordenación lingüística relativo a la lengua vasca. En un primer momento, apoyará el programa previsto en el Esquema de Ordenación y de Desarrollo del País Vasco y las acciones elegidas por el Convenio Específico País Vasco 2001-2006» (CLB, 2001). Más precisamente, dicho Consejo tiene como misión, en el marco de la política lingüística determinada: 1) asegurar la coordinación de los diferentes actores concernidos por el desarrollo de la lengua vasca; 2) redactar unos dictámenes y formular unas propuestas a las autoridades competentes en materia lingüística, especialmente a propósito del estatus de la lengua vasca; y, 3) seguir y evaluar los planes implementados, proponer las reactualizaciones necesarias y velar por la aplicación de las decisiones. Se añade a todo ello una cuarta misión que consiste en ope-

rar una observación del estado de la lengua vasca a través de la realización de encuestas sociolingüísticas (URTEAGA, 2004: 85).

No en vano, a pesar de la labor realizada, el dispositivo concebido y la nueva gobernanza aplicada muestran sus límites. Los principales obstáculos consisten en la escasa evolución legislativa en materia lingüística, la ausencia de poder decisorio de este Consejo, la composición heterogénea de esta entidad, la aplicación parcial de las preconizaciones formuladas, la excesiva duración del proceso decisorio, el cúmulo de mandatos de ciertos representantes, el estatus asociativo de la entidad y la búsqueda de poder de ciertas estructuras y personas (URTEAGA, 2004: 135-152). La creación de la plataforma Batera en 2002, reivindicando especialmente la cooficialidad de la lengua vasca, y la presión ejercida por esta sobre las instituciones, significan el final del Consejo de la Lengua Vasca, conduciendo los poderes públicos a repensar el dispositivo y a privilegiar una configuración más clásica.

III. La estructuración de la política lingüística

A partir de 2003, la Dirección de la Obra Pública, compuesta por diferentes instituciones involucradas, desea repensar el dispositivo a fin de hacerlo más coherente y duradero. Esta reflexión desemboca en la creación de la Oficina Pública de la Lengua Vasca en 2004, reuniendo exclusivamente a las administraciones públicas, que es dotada de un estatus jurídico, de misiones, de miembros, de un presupuesto y de un equipo técnico. Esta nueva entidad dispone igualmente de un Comité Consultivo, que agrupa a las principales asociaciones lingüísticas, para ayudarla a elaborar y a evaluar la política de revitalización de la lengua vasca.

1. El estatus jurídico y las misiones de la OPLV

Así, en el convenio constitutivo de la OPLV, fechado a 9 de julio de 2004, las instituciones implicadas en esa entidad deciden, de un común acuerdo, crear una Agrupación de Interés Público (AIP) (3) (OPLB, 2004), sabiendo que una AIP «es una persona moral de derecho público dotada de una estructura de funcionamiento ligera y de reglas de gestión flexibles. Cooperación entre al menos un socio público y unos organismos

(3) La AIP está regida por la ley n.º 87-571 del 23 de julio de 1987 y, especialmente, por su artículo 22, modificado por la ordenanza n.º 2000-549 del 15 de junio de 2000, el decreto n.º 91-1215 del 28 de noviembre de 1991 y el presente convenio.

privados que tienen un objetivo determinado, la Agrupación de Interés Público tiene una misión administrativa o industrial y comercial. Pone en común un conjunto de medios y existe para una duración limitada» (OPLB, 2017i).

La AIP está inicialmente compuesta por el Estado galo, la Región Aquitania, el Departamento de los Pirineos Atlánticos, el Sindicato Intermunicipal de Apoyo a la Cultura Vasca y el Consejo de Electos del País Vasco (OPLB, 2004). Esta composición conoce una evolución en abril de 2017 con la retirada del Sindicato Intermunicipal y del Consejo de Electos, que desaparecen, y la incorporación de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco creada poco antes (OLPB, 2017j).

El perímetro de intervención de este nuevo organismo es el País Vasco norte, tal y como está delimitado por la decisión del Prefecto de los Pirineos Atlánticos el 29 de julio de 1997, y que corresponde a los 158 municipios de ese territorio. Ese perímetro es idéntico a aquel utilizado para delimitar el *país* País Vasco en virtud de la LOADDT, conocida como Ley Voynet, del 25 de junio de 1999, que modifica la ley de orientación para la ordenación y el desarrollo del territorio del 4 de febrero de 1995. Esta fundaba los principios y los objetivos generales de una nueva política de ordenación y de desarrollo del territorio y aspiraba a asegurar el desarrollo equilibrado del territorio y la igualdad de oportunidades de cada ciudadano (Légifrance, 2017). Es también similar al perímetro de la nueva organización intermunicipal puesta en marcha con la creación de la CAPV (OPLB, 2017j).

Las instituciones involucradas asignan dos misiones principales a la Ofician Pública: por una parte, «concebir, definir e implementar una política lingüística pública y concertada a favor de la lengua vaca», y, por otra parte, «movilizar los recursos financieros necesarios para llevar a cabo las acciones [seleccionadas] en el marco de su programa de actividades, o confiadas a obradores [con los cuales ha firmado convenios] con ese fin» (OLPB, 2004). Estas misiones son enriquecidas por el Convenio Constitutivo Modificado, aprobado el 26 de abril de 2017, puesto que, a partir de entonces, además de las dos misiones previamente mencionadas, «la AIP está igualmente encargada de aportar, [tras recibir una solicitud de su parte], una asistencia a la Dirección de Obra y a sus miembros para la integración de la política lingüística en sus [ámbitos] de competencia y de responsabilidad respectivos», y de asegurar «un rol de vigilancia sobre la integración de la política lingüística en los [ámbitos] de competencias y de responsabilidades de sus miembros» (OPLB, 2017j).

Además, la OPLV, cuya sede se sitúa inicialmente en Allées des Platanes de Bayona n.º 4 y luego n.º 2, está constituida para una duración de seis años, sabiendo que su prolongación necesita el acuerdo unánime de

sus miembros. Esto sucede, una primera vez, en abril de 2011, y, una segunda vez, en abril de 2017, de modo que la AIP esté constituida, como mínimo, hasta el 31 de diciembre de 2022.

En cuanto a las modalidades de adhesión, retiro y exclusión, resulta que, a lo largo de su existencia, la Agrupación podrá aceptar nuevos miembros, por decisión unánime del Consejo de Administración. No en vano, cualquiera nueva adhesión exigirá fijar de manera precisa la evaluación de su contribución, un nuevo cálculo de los derechos estatutarios de los miembros de la AIP y una nueva composición del Consejo de Administración (OPLB, 2004). Por lo cual, la adhesión de un nuevo miembro se traducirá por la firma del Convenio Constitutivo de la Agrupación y una cláusula adicional preverá sus derechos y deberes (OPLB, 2004). De manera análoga, en proceso de ejecución del Convenio, todo miembro podrá retirarse de la Agrupación a expiración del ejercicio presupuestario y una cláusula adicional fijará las modalidades, sobre todo financieras, de esta retirada. En cuanto a la exclusión de un miembro, será pronunciada a la unanimidad del Consejo de Administración en caso de incumplimiento de sus obligaciones (OPLB, 2004).

En lo que se refiere a los derechos y obligaciones, los derechos estatutarios de sus miembros iniciales son los siguientes:

- El Estado francés: el 30% de las partes.
- La Región Aquitania: el 30% de las partes.
- El Departamento de los Pirineos Atlánticos: el 30% de las partes.
- El Sindicato Intermunicipal de Apoyo a la Cultura Vasca: el 9% de las partes.
- El Consejo de Electos del País Vasco: el 1% de las partes.

Estos derechos estatutarios conocen una evolución en abril de 2017, puesto que, a partir de esta fecha, con la retirada del Sindicato Intermunicipal y del Consejo de Electos, por una parte, y la incorporación de la Comunidad de Aglomeración País Vasco, los cuatro socios contribuyen a partes iguales:

- El Estado francés: el 25% de las partes.
- La Región Nueva Aquitania: el 25% de las partes.
- El Departamento de los Pirineos Atlánticos: el 25% de las partes.
- La Comunidad de Aglomeración del País Vasco: el 25% de las partes (OPLB, 2017j).

Y, como lo indica el Convenio Constitutivo, «el número de votos atribuidos en Consejo de Administración a cada miembro es proporcional a sus derechos estatutarios, cada uno debiendo disponer de al menos un voto» (OPLB, 2004). Las obligaciones estatutarias de los miembros de la Agrupación son las siguientes:

- Utilizar la Agrupación como un instrumento de puesta en marcha o de apoyo a la puesta en marcha o de concertación previa a la puesta en marcha de su política en los ámbitos de intervención de la AIP correspondientes a sus misiones.
- Participar regularmente a las reuniones del Consejo de Administración y a la concertación destinada a permitir a la Agrupación asegurar sus misiones.
- Fijar anualmente un nivel de contribución a las actividades y a las cargas de la AIP (OPLB, 2004).

El Convenio Constitutivo Modificado de 2017 precisa que «los miembros de la Agrupación están atentos a la buena conducta de una política lingüística concertada, [llevada a cabo] por un instrumento común que es la OPLV» (OPLB, 2017j). Esta estructura el ejercicio compartido de la competencia de promoción de las lenguas regionales, tal y como está precisado en la ley NOTRe del 7 de agosto de 2015. «Velarán igualmente por inscribir sus propias políticas lingüísticas en coherencia con las orientaciones definidas en común» (OPLB, 2017j).

2. La composición y el funcionamiento de la OPLV

La OPLV está compuesta, como toda asociación, por una Asamblea General, un Consejo de Administración y una Mesa.

La Agrupación está administrada por una AG formada por cuatro miembros (OPLB, 2017j):

- El Estado galo, representado por Gilbert Payet, Prefecto del Departamento de los Pirineos Atlánticos; Olivier Dugrip, Rector de la Academia de Burdeos; y, Arnaud Littardi, Director Regional de los Asuntos Culturales de Aquitania.
- El Consejo Regional de Nueva Aquitania, representado por Mathieu Bergé, delegado del Presidente de la Región; Frédérique Espagnac, Consejera regional; y, Sylvie Durruty, igualmente Consejera regional.
- El Consejo Departamental de los Pirineos Atlánticos, representado por Vincent Bru, delegado del Presidente del Departamento; Max Brisson, Consejero departamental; y, Marie-Christine Aragon, también Consejera departamental.
- La Comunidad de Aglomeración País Vasco, representado por Beñat Arrabit, delegado del Presidente de la CAPV; Jean-Claude Iriart, Consejero comunitario; y, Germaine Hacala, igualmente Consejera comunitaria (OPLB, 2017k).

El presidente de la Agrupación, Beñat Arrabit(4), puede invitar, a título consultivo, unas personalidades cualificadas, entre las cuales se encuentra el Delegado General a la Lengua Francesa y a las Lenguas de Francia (DGLFLF), Loïck Depecker. Conviene recordar, a ese propósito, que dicha delegación se encarga de animar y de coordinar la política lingüística del Gobierno francés y de orientar su evolución en un sentido favorable al mantenimiento de la cohesión social y a la toma en consideración de la diversidad de la sociedad francesa (Ministère de la Culture, 2017). «Servicio con vocación interministerial, directamente adscrito al ministro encargado de la Cultura, la DGLFLF está constituida por una treintena de agentes y moviliza para su acción a un conjunto de socios, públicos o privados, implicados en la promoción del francés y de la diversidad lingüística» (Ministère de la Culture, 2017).

La Asamblea General delibera sobre una serie de objetos: la elección y la revocación del Presidente y de los dos Vicepresidentes; el presupuesto y las decisiones modificativas; las propuestas relativas a los programas de actividad, al presupuesto y a la fijación de las participaciones respectivas, y a las previsiones de contratación; la nominación y la revocación del director de la Agrupación; el funcionamiento de la AIP; la afectación de los personales puestos a disposición o adscritos; la gestión de los bienes propios y de aquellos puestos a disposición de la Agrupación (OPLB, 2017j).

La AG delibera igualmente sobre:

- «La aprobación del programa anual de actividades y del presupuesto correspondiente.
- La modificación de los derechos respectivos de los miembros.
- La aprobación de las cuentas de cada ejercicio.
- Cualquier modificación del Acta Constitutivo.
- La prolongación o la disolución anticipada de la Agrupación así como las medidas necesarias a su liquidación.
- La admisión de un nuevo miembro o la exclusión de un miembro.
- Las modalidades, [especialmente financieras], de retirada o de exclusión de un miembro de la Agrupación.
- Las condiciones en las cuales la [AIP] puede tomar unas participaciones [y] asociarse a otras personas y transigir» (OPLB, 2017j).

En lo que se refiere a su funcionamiento, la Asamblea General se reúne al menos dos veces al año y con la frecuencia que el interés de

(4) Beñat ARRABIT es simultáneamente vicepresidente de la EPCI única, encargado de la política lingüística, y alcalde del municipio de Saint-Martin d'Arrossa (Mediabask, 2017).

la AIP exige sobre convocación de su Presidente o a la demanda de al menos una cuarta parte de sus miembros (OPLB, 2017j). «Las decisiones son tomadas a la mayoría simple del conjunto de la Asamblea General» y, en caso de igualdad, el voto del Presidente es preponderante (OPLB, 2017j). Conviene precisar que «las decisiones de modificación o de renovación del Convenio, de transformación de la Agrupación en otra estructura o de disolución anticipada de la [AIP], son tomadas [a la unanimidad]» (OPLB, 2017j). Además, el presupuesto, el programa de actividad, el balance anual de actividades y la contratación del director deben, para ser aprobadas por la AG, ser objeto, por una parte, de una decisión favorable unánime de las instituciones involucradas, y, por otra parte, de una decisión favorable, a la mayoría simple, de la Asamblea General (OPLB, 2017j).

«La AG elige en su seno y para una duración de tres años renovable una vez, un presidente, un primer vicepresidente y un segundo vicepresidente, representando cada uno un miembro diferente. Esta presidencia está [ejercida] alternativamente por cada uno de los miembros de la Agrupación» (OPLB, 2017j). El Presidente convoca la Asamblea General, preside sus sesiones, vela por la ejecución de las decisiones tomadas en su seno, firma el Convenio tras recibir la autorización de la AG y propone el nombramiento o la revocación del director de la Agrupación (OPLB, 2017j). En caso de ausencia o de impedimento del presidente, es sustituido por su delegado o su suplente (OPLB, 2017j).

Luego, se encuentra el Consejo de Administración (CA) que reúne a los miembros de la Agrupación y es presidido por el presidente de la OPLV. Este «convoca el CA [tan frecuentemente como] el interés de la Agrupación lo justifica y, al menos, dos veces al año: antes del [fin del mes de] febrero para preparar la clausura de las cuentas y antes del 1 de diciembre para preparar el proyecto de presupuesto» (OPLB, 2015). El Consejo de Administración es competente, por una parte, para elaborar unas propuestas de decisiones a someter a la Asamblea General, en virtud de las competencias que le son reconocidas, y, por otra parte, para proceder a la convocación de las AG y a la fijación de las órdenes del día (OPLB, 2015).

Además, una instancia de preparación de la Asamblea General es puesta en marcha, sabiendo que la Mesa está compuesta por los cuatro miembros de la Agrupación. El presidente lo reúne previamente a cada reunión de la AG a fin de «preparar las propuestas de decisiones a someter a la Asamblea General, relativas al conjunto de las competencias ejercidas por esta» y de «fijar el orden del día de la Asamblea General» (OPLB, 2017j). Además del director de la OPLV, en función de las temáticas abordadas, estas reuniones son susceptibles de contar con la participación de personas asociadas (OPLB, 2017j).

Por último, la OPLV está dotada de un equipo técnico compuesto por una asistenta de dirección, diez encargados de misión y dos asistentes administrativas, todo ello bajo la dirección de Bernadette Soulé (OPLB, 2017p). El Convenio Constitutivo Modificado precisa la función de esta última. Nominada por la Asamblea General, sobre propuesta de su presidente, la directora «asegura el funcionamiento de la Agrupación bajo la autoridad de la AG (...). [Está] investida de los poderes que le permiten actuar en todas las circunstancias en nombre de la Agrupación. Ejerce sus poderes en el límite del objeto definido [por] el artículo 2. [La directora] firma los contratos, excepto aquellos que la Asamblea General autoriza el presidente a firmar. Asiste a la AG con voz consultiva, prepara los trabajos de la Asamblea General [y] ejecuta [sus] decisiones» (OPLB, 2017j). Asimismo, la directora ordena las recetas y los gastos de la Agrupación, tiene autoridad sobre el personal de la Agrupación y coordina su acción. «Da cuenta de su acción y de la del personal en la AG» (OPLB, 2017j).

3. La financiación de la OPLV

En materia de financiación, el Convenio Constitutivo Modificado precisa, en su artículo 12, que «el estado previsional [de los] ingresos y [de los] gastos está establecido por año civil. Es aprobado por la Asamblea General e incluye el conjunto de las operaciones de ingresos y de gastos previstos para el ejercicio. (...) Fija la cuantía de los recursos destinados a la realización de los objetivos de la Agrupación y el reparto entre los gastos de funcionamiento y de inversión. (...) Es aprobado en el respeto de la regla de unanimidad» (OPLB, 2017j). En caso de excedente de los gastos sobre las cargas constatadas de un ejercicio, será utilizado a unos fines que corresponden al objeto de la Agrupación o puesto en reserva (OPLB, 2017j). A la inversa, «en caso de que las cargas superen los ingresos (...), la Asamblea General [resolverá] sobre las modalidades de transferencia del déficit al ejercicio siguiente» (OPLB, 2017j).

La Renovación del Convenio Constitutivo de la AIP de 2011 precisa las modalidades de control económico y financiero ejercido por el Estado sobre la OPLV (OPLB, 2011). En efecto, éste se halla sometido al control del Tribunal de Cuentas, «en las condiciones previstas por los artículos 133-1 y siguientes del Código de jurisdicciones financieras»; al control económico y financiero del Estado en las condiciones previstas por el decreto n.º 55-733 del 26 de mayo de 1955 que codifican y ordenan los textos relativos al control económico y financiero del Estado; y, a las disposiciones del decreto n.º 53-707 del 9 de agosto de 1953 «relativo al control del Estado sobre las empresas públicas nacionales y ciertos organismos que tienen un objeto de orden económico y social» (OPLB, 2011).

La Asamblea General procede a la aprobación del presupuesto provisional que se eleva a 4.167.030 € para el año 2017. Más precisamente, el presupuesto se reparte de la siguiente manera:

- 1.553.892,12 € consagrados a las políticas de desarrollo del uso de la lengua vasca.
- 1.103.000 € dedicados a las políticas de desarrollo de la transmisión del *euskera*.
- 289.500 € destinados a las funciones de soporte.
- 261.000 € consagrados al funcionamiento de la estructura.
- 120.000 € destinados al proyecto de diccionario francés-*euskera*.

Ese presupuesto ha conocido importantes variaciones a lo largo de los últimos años, puesto que, tras un fuerte incremento entre 2009 y 2011, pasando de 2.526.000 € a 3.410.800 €, fluctúa ligeramente hasta 2016, antes de conocer una nueva progresión en 2017, dado que se eleva de 3.428.328 € a 4.167.030 € en un solo año (OPLB, 2017k). Esto es imputable a la potenciación del bloque intermunicipal cuya contribución financiera pasa del 9% al 25% tras la aprobación de su primer presupuesto por la CAPV.

Presupuesto de la OPLV entre 2009 y 2017

Año	Presupuesto
2017	4.167.030 €
2016	3.428.328 €
2015	3.250.845 €
2014	3.383.667 €
2013	3.352.300 €
2012	3.332.400 €
2011	3.410.800 €
2010	3.056.000 €
2009	2.526.000 €

Fuente: OPLV, Presupuesto, 2017.

4. El Comité Consultivo de la OPLV

El Convenio Constitutivo Modificado precisa igualmente que, «a fin de ser ayudado en el ejercicio de su misión, de apoyarse en la [habilidad] y la experiencia adquirida por numerosos operarios que trabajan en el ámbito de la acción lingüística, y de inscribir la definición y la [implementación] de la política lingüística en una perspectiva participativa abierta a

los actores no-institucionales, la Agrupación solicita la contribución de un Comité Consultivo que podrá producir unos dictámenes sobre las actividades llevadas a cabo o a llevar a cabo por la Agrupación, formular unas propuestas y unas preconizaciones en materia de política lingüística, y participar en la elaboración de instrumentos estratégicos» (OPLB, 2017j). Y añade: «la composición y las modalidades de organización y de funcionamiento del Comité Consultivo están definidas por la Asamblea General de la Agrupación» (OPLB, 2017j).

Precisamente, los miembros de ese Comité Consultivo se dividen en varios colegios:

- Los actores de la enseñanza*, entre los cuales se encuentran los inspectores de circunscripciones y los inspectores de las lenguas regionales de primaria y secundaria; los operarios de la enseñanza superior y de la investigación; los formadores de maestros; las instituciones federativas y las asociaciones de padres de alumnos; los sindicatos de docentes; las asociaciones de profesores de *euskera* y los operarios de producción de material pedagógico (OPLB, 2017m).
- Los actores de la acción lingüística*, entre los cuales se hallan la Academia de la Lengua Vasca, el Instituto Cultural Vasco, Euskal Konfederazioa, las estructuras de la pequeña infancia certificadas o en vía de serlo, los medios de comunicación públicos, privados y asociativos; los operarios de ocio; el ARPEL y los operarios de la edición en lengua vasca; las estructuras de todo tipo de actividades comprometidas en un proceso de promoción del *euskera*; los operarios de la enseñanza del vasco para adultos; y los operarios de investigación (OPLB, 2017m).
- Las personas-recurso en sociolingüística*, entre las cuales se encuentran Erramun Bachoc, Iñaki Martínez de Luna, Alain Viaut o Lionel Joly (OPLB, 2017m).

En cuanto a las modalidades de funcionamiento de ese Comité Consultivo, la OPLV siente la necesidad de precisar los contornos tres años después de la creación de la Agrupación y a fin de «adaptarse al calendario y al desarrollo de las actividades llevadas a cabo por la OPLV desde la aprobación del Proyecto de Política Lingüística en diciembre de 2006» (OPLB, 2017n).

En efecto, desde esa fecha, la puesta en marcha progresiva y el seguimiento de las orientaciones que figuran en ese Proyecto han condicionado el funcionamiento de la OPLV, sabiendo que el Comité Consultivo ha contribuido a la definición de ese Proyecto de Política Lingüística (OPLB, 2017n). Habiendo entrado en la fase de implementación de dicho Proyecto, la OPLV estima necesario adaptar el funcionamiento del Comité.

Esa adecuación toma diversas formas:

- A fin de que el Comité Consultivo pueda expresarse sobre la aprobación del presupuesto y del programa de actividades, que constituyen unos momentos importantes en el funcionamiento de la estructura, un calendario preciso es propuesto (OPLB, 2017n).
- Un segundo tiempo de concertación es contemplado cada año con los miembros de ese Comité a fin de exponerles en detalle las actividades realizadas o en proceso de ejecución y de efectuar «un balance de etapa regular sobre la puesta en marcha de las orientaciones fijadas en el Proyecto de Política Lingüística» (OPLB, 2017n).
- Las fechas de las Asambleas Plenarias serán comunicadas a los miembros varias semanas antes de su desarrollo y «los documentos de trabajo serán dirigidos, como muy tarde, una semana antes [de la celebración] de la reunión» (OPLB, 2017n).
- La OPLV se compromete a redactar un acta de las reuniones efectuadas (OPLB, 2017n).
- «Unas reuniones puntuales por temas podrán ser organizadas a lo largo del año en función de las necesidades» (OPLB, 2017n).

Apoyándose en esa estructuración, el Proyecto de Política Lingüística ha podido ser elaborada e implementada.

IV. Los fundamentos y objetivos de la política lingüística

La Oficina Pública de la Lengua Vasca elabora en 2006 el Proyecto de Política Lingüística que aspira a revitalizar el *euskera* en ese territorio. Dicho Proyecto, que marca una nueva etapa en la estructuración progresiva de una política pública a favor de la lengua vasca, se funda en unos principios sociolingüísticos, entre ellos se hallan la motivación, el conocimiento y el uso, y se inscribe en un contexto determinado, al tiempo que privilegia una perspectiva voluntarista, concertada y compartida (OPLB, 2017o). Aspira a transmitir el *euskera* y a permitir vivir en esta lengua, además de fortalecer esta última.

1. Los fundamentos de la política lingüística

En un documento titulado «Proyecto de Política Lingüística. Un objetivo central: unos locutores completos» (OPLB, 2006), la OPLV enuncia los fundamentos de esta política pública.

1.1. UNA NUEVA ETAPA EN LA POLÍTICA LINGÜÍSTICA

La OPLV recuerda que, durante los dos primeros años de funcionamiento de la nueva entidad, los miembros de la Agrupación habían convenido aprovechar ese periodo para responder a cuatro objetivos principales: 1) «honrar los compromisos adquiridos por los socios institucionales en el marco del Convenio Específico y proseguir hasta el final [del año] 2006 la implementación del apartado lingüístico»; 2) «experimentar las nuevas misiones previstas en los textos fundadores», entre las cuales figuran la estructuración y el desarrollo de la enseñanza bilingüe y la promoción del uso del *euskera* en la vida social; 3) «proseguir la colaboración institucional iniciada por la Dirección de la Obra Pública con la Comunidad Autónoma [Vasca]»; y, 4) «preparar el periodo 2007-2010 para la elaboración de una nueva política lingüística» (OPLB, 2006: 5-6).

Al término de ese periodo, la Oficina Pública estima que ese pliego de condiciones ha sido respetado, puesto que «todas las operaciones del Convenio Específico han sido llevadas a su término; la programación plurianual de la enseñanza del *euskera* y en *euskera* ha sido aprobada en octubre de 2005 y su puesta en marcha ha podido ser iniciada desde el curso 2006; los primeros convenios de colaboración, que aspiran a una mayor utilización de la lengua vasca, han sido formalizados con unos operarios públicos y privados; una red de técnicos de la lengua [vasca se ha desplegado] progresivamente a fin de asegurar lo más cerca posible [de la práctica] un trabajo de animación al servicio de la promoción de la lengua vasca, en colaboración con las colectividades territoriales; [y], la colaboración con la Comunidad Autónoma [Vasca] se ha desarrollado y la firma de un nuevo acuerdo de cooperación entre la Oficina Pública de la Lengua Vasca y el Ministerio de Cultura del Gobierno Vasco está prevista [a inicios del mes de] enero de 2007» (OPLB, 2006 : 6).

1.2. LOS PRINCIPIOS Y CONTEXTOS SOCIOLINGÜÍSTICOS

La OPLV parte de la constatación de que el número de locutores vascoparlantes se ha reducido de 15.000 entre 1991 y 2001, y los bilingües activos representan menos de una cuarta parte de la población del País Vasco norte. Y, «el número proporcionalmente importante de las personas de más de 65 años entre estos locutores no presagia un [cambio] de tendencia inmediato» (OPLB, 2006: 8). Por lo cual, el primer objetivo de la política lingüística, según sus promotores, es interrumpir la hemorragia antes de favorecer la recuperación del paciente. «Incrementar

el número de locutores es, por lo tanto, el primer objetivo que debe intentar alcanzar una política lingüística que aspira a salvaguardar la lengua vasca» (OPLB, 2006: 8). En ese sentido, una perspectiva cualitativa es insuficiente, puesto que la transmisión familiar no está en medida de garantizar la supervivencia del *euskera*.

Así, «entre los vascoparlantes, aquellos cuya lengua materna es el *euskera* son cada vez menos numerosos y aquellos que se sienten menos cómodos en la utilización del *euskera* que en la del francés se han convertido en mayoritarios» (OPLB, 2006: 9). Esto resulta del hecho de que un dominio insuficiente del vasco provoca, en numerosas circunstancias, una menor práctica del *euskera*. Por consiguiente, el Proyecto de Política Lingüística aspira a aumentar el número de locutores completos, porque estos han alcanzado un nivel de motivación, de conocimiento y de uso suficientes, y que desean comunicarse en *euskera*, disponen de la competencia necesaria para hacerlo en todas las circunstancias y deciden utilizarlo en todas las ocasiones (OPLB, 2006: 9).

El Proyecto de Política Lingüística toma igualmente en cuenta el contexto, «posicionando a los jóvenes (...) en el corazón de las orientaciones definidas» (OPLB, 2006: 9). Ese contexto tiene varias peculiaridades:

- La enseñanza de la lengua vasca es, a la vez, antigua y conoce una progresión constante, puesto que los efectivos de las secciones bilingües (en inmersión o a paridad horaria) se han duplicado en una década para representar «cerca de una cuarta parte de la población escolar concernida» (OPLB, 2006: 9).
- La demanda social creciente, que emana de las familias, desemboca en nuevas aperturas de clases bilingües que estructuran, poco a poco, «una oferta de enseñanza en el respeto del principio de coherencia territorial» (OPLB, 2006: 10).
- El desarrollo de la enseñanza bilingüe en el sistema educativo ya ha surtido sus primeros efectos, porque «el declive de la lengua [vasca] parece estar (...) frenado a nivel de [los grupos] de edad más jóvenes» (OPLB, 2006: 10).
- Esto indica que el fenómeno de declive lingüístico no es inexorable, en la medida en que «un joven que aprende *euskera* en la escuela y que se convierte él mismo en padre algunos años más tarde, puede, a corto plazo, [reactivar] la transmisión familiar» (OPLB, 2006: 10).

El contexto es también jurídico, puesto que el Proyecto de Política Lingüística se inscribe en el marco legislativo en vigor y se apoya en los dispositivos reglamentarios existentes (OPLB, 2006: 10). Esto implica que, «si el marco jurídico relativo a las lenguas regionales [se enriquece con] la aprobación de nuevos textos, convendrá revisar las orientaciones y los ejes de trabajo del Proyecto y adecuarlos en su caso» (OPLB, 2006: 11).

1.3. UNA POLÍTICA LINGÜÍSTICA COMPARTIDA Y CONCERTADA

El Proyecto de Política Lingüística es el resultado de una serie de estudios, intercambios, prácticas y experiencias previas, así como de una reflexión colectiva (OPLB, 2006: 11). Así, «el Convenio Específico País Vasco ha sentado las bases de un enfoque concertado entre los poderes públicos y ha constituido [el] zócalo común sobre el cual los socios institucionales han construido su compromiso a favor de la lengua vasca» (OPLB, 2006: 11). Una vez los socios reunidos en el seno de la Agrupación, han sacado provecho «de las iniciativas importantes y a menudo innovadoras que han sido tomadas en el ámbito de la estructuración de la enseñanza del *euskera* y en *euskera* y en el de la promoción del vasco en la vida social» (OPLB, 2006: 12). Paralelamente, «la formalización y el desarrollo de las relaciones de trabajo regulares con la Comunidad Autónoma [Vasca] han aportado un punto de vista complementario e instructivo a los dispositivos puestos en marcha» al norte de la Bidasoa (OPLB, 2006: 12). Por último, numerosas relaciones han sido mantenidas con instituciones y asociaciones de otras regiones del Hexágono concernidas por las lenguas regionales, lo que ha enriquecido la reflexión y los análisis (OPLB, 2006: 12).

Más aún, la concertación se ha producido con las asociaciones lingüísticas del País Vasco norte reunidas en el seno del Comité Consultivo. Una decena de reuniones, «en las cuales han participado un centenar de personas y varios encuentros con unos operarios lingüísticos, técnicos de organismos públicos o personas-recurso, han permitido, hasta el verano de 2006, recoger diversos testimonios, puntos de vista y propuestas» (OPLB, 2006: 12). Al concluir la presentación del Proyecto preliminar, «validado por el Consejo de Administración de la OPLV en octubre de 2006, más de una veintena de contribuciones han sido (...) dirigidas a la OPLV. Todas han sido examinadas y la versión definitiva del Proyecto se ha encontrado significativamente enriquecida, adecuada [y] precisada» (OPLB, 2006: 12). Y, ese proceso participativo ha proseguido durante la fase de implementación del Proyecto, aunque sea en menor medida.

1.4. LOS NIVELES DE LA POLÍTICA LINGÜÍSTICA

Según los autores del Proyecto de Política Lingüística, su puesta en marcha será aún más activa y eficaz en la medida en que «sabrán articular, de manera complementaria, las iniciativas tomadas a tres niveles diferentes» (OPLB, 2006: 13):

—*Las actividades iniciadas por la OPLV* «corresponden a todas las operaciones del Proyecto de Política Lingüística que [dependen] de

una Dirección de Obra asumida por la Oficina [Pública]. Se refieren prioritariamente a todas las funciones de animación y de estructuración en los sectores estratégicos donde la intervención pública puede resultar decisiva» (OPLB, 2006: 13-14).

- *Las actividades iniciadas por las colectividades locales* son objeto de la estructuración de una política pública coherente a escala de las diferentes cuencas de vida. «La estimulación y el acompañamiento de los municipios voluntarios para promover el uso del *euskera* en la vida municipal es [la finalidad principal] de ese dispositivo que se convierte igualmente en el instrumento privilegiado para relevar, a escala del sector concernido, las demás operaciones contenidas en el Proyecto de Política Lingüística» (OPLB, 2006: 14).
- *Las actividades iniciadas por los operarios asociativos* han dado lugar a la instauración de un marco que permite estructurar de manera transparente las relaciones entre la OPLV y los actores asociativos. «Ese nuevo marco guiará, [a partir de entonces], las colaboraciones técnicas a iniciar y a enriquecer entre la Oficina Pública y los operarios, así como la afectación de las ayudas financieras» (OPLB, 2006: 14).

1.5. LOS RETOS DE LA POLÍTICA LINGÜÍSTICA

Los promotores del Proyecto identifican una serie de ámbitos en los cuales es imperativo actuar, al tratarse de retos cruciales. Estos retos están divididos en tres subgrupos:

- Tres retos están vinculados a la transmisión de la lengua vasca, a saber 1) la transmisión familiar, que aspira a «movilizar la célula familiar en torno a su función estratégica de transmisión de la lengua»; 2) la pequeña infancia, que supone «construir, con los profesionales y las estructuras de la pequeña infancia, una oferta de servicios que apoye la transmisión de la lengua»; y, 3) la enseñanza, que implica «estructurar y desarrollar el aprendizaje de la lengua [vasca] gracias a la escuela, instrumento indispensable de la transmisión del *euskera*, a la vez, lengua enseñada y lengua de enseñanza» (OPLB, 2006: 15).
- Cinco retos están asociados al uso del *euskera*, es decir 1) los medios de comunicación, lo que exige «apoyarse en [ellos] para hacer vivir el *euskera* en la sociedad y elevar el nivel [de dominio lingüístico]»; 2) las actividades de ocio, lo que conduce a «asociar lengua y placer gracias a la utilización de la lengua [vasca] en [di-

chas] actividades»; 3) la edición, lo que implica «facilitar la estructuración de una cadena operante para la edición en lengua vasca al servicio de una oferta atractiva y accesible»; 4) la toponimia, lo que supone utilizar «la toponimia como una oportunidad para visibilizar la lengua y atraer a ella nuevos públicos»; y, 5) el lugar de la lengua vasca en la vida social, en la óptica de «promover el uso social del *euskera*, para que la lengua aprendida sea también la lengua practicada, vista y escuchada en los lugares de vida» (OPLB, 2006: 16).

- Cuatro retos transversales están vinculados a la vitalidad del *euskera*, es decir 1) el aprendizaje de los adultos, que exige «estimular el uso privado y profesional que permite a los adultos aprender y perfeccionar la lengua vasca»; 2) la calidad de la lengua, que supone «nutrir una ambición permanente al servicio de la calidad de la lengua enseñada, practicada, difundida»; 3) la investigación, que implica «apoyarse en [ella] para elevar el nivel de calidad de la lengua, para reforzar la pertinencia de la acción pública y para incrementar el resplandor de la lengua [vasca]»; y, 4) la motivación, que aspira a «suscitar, mantener e incrementar la motivación, a fin de crear en la sociedad una dinámica de aprendizaje, uso y transmisión [del *euskera*]» (OPLB, 2006: 16-17).

Para cada uno de estos retos, el Proyecto fija entre dos y cuatro orientaciones estratégicas, con sus declinaciones respectivas, a fin de determinar las direcciones a seguir (OPLB, 2006: 17). Y, «para cada una de las orientaciones fijadas, los ejes de trabajo [contienen] una serie de acciones, de iniciativas [y] de proyectos a poner en marcha para progresar en el sentido deseado. Estos últimos se inscribirán, en parte, en las actividades que la OPLV llevará a cabo [directamente], o serán realizadas por operarios públicos, asociativos o privados en el marco de colaboraciones con la OPLV» (OPLB, 2006: 17). Por último, el Proyecto de Política Lingüística insiste en la necesidad «de proceder a una evaluación precisa de su implementación, de medir, a través del seguimiento de una serie de indicadores, su impacto sobre la situación de la lengua vasca, y de velar en permanencia por su adecuación a los objetivos fijados» (OPLB, 2006: 17).

2. Los objetivos de la política lingüística

Sobre la base de estos fundamentos, la Oficina Pública ha elaborado una política lingüística que tiene tres objetivos principales: transmitir la lengua vasca, permitir vivir en *euskera* y reforzar esta lengua.

2.1. TRANSMITIR EL *EUSKERA*

Durante un largo periodo, la esfera familiar ha constituido el vector esencial de transmisión de la lengua vasca, en particular en un contexto marcado por el reparto funcional de las dos lenguas en presencia (el *euskera* y el francés), siendo el vasco relegado a las esferas privada y tradicional. «Con la modernización y la urbanización de la sociedad a lo largo del siglo xx, el *euskera* ha visto progresivamente su lugar retroceder en numerosos sectores donde su práctica era usual» (OPLB, 2006: 20). Además, la ruptura constatada en la transmisión familiar constituye «una de las principales explicaciones del declive de la lengua vasca» (OPLB, 2006: 20). No en vano, la revitalización de una lengua en regresión, tal como el *euskera*, necesita asegurar de nuevo su transmisión intergeneracional (OPLB, 2006: 20). De hecho, tanto Fishman (1991) como Sánchez Carrión (1991) han mostrado que «la transmisión familiar constituye una etapa fundamental y decisiva en los procesos de revitalización lingüística» (OPLB, 2006: 20).

Efectivamente, en el seno de la familia, el niño recibe la lengua materna «que forjará su personalidad, aquella por [mediación] de la cual se construirá. Es también el lugar más eficaz de la transmisión. Expuesto a la lengua que escucha en la familia, el niño se pone progresivamente a utilizarla, a adquirir su conocimiento y a apegarse a ella. La adquisición de la lengua se hace de manera natural, sin estar condicionada por una motivación previa ni por el esfuerzo para aprenderla» (OPLB, 2006: 20). Además, «con la utilización de la lengua y la adquisición (...) de las competencias lingüísticas que provoca, el apego a la lengua y la motivación que le es asociada nacen también de manera natural. Resulta de ello que ese modo de adquisición (...) de la lengua [vasca], como lengua materna, es (...) más fácil que el aprendizaje ulterior como lengua secundaria» (OPLB, 2006: 20-21). Además, es más eficaz «en términos de competencia lingüística, uso y durabilidad. [De hecho], los locutores que reciben [el *euskera*] como lengua materna en la familia tendrán más [probabilidades] de alcanzar un mejor nivel en el dominio de la lengua y de poder hablar, a la vez, una lengua correcta (...) y adecuada al contexto de utilización» (OPLB, 2006: 21). Por último, una soltura superior favorece la práctica de esta lengua.

No en vano, en un contexto marcado por una menor frecuencia de la transmisión familiar, el Proyecto de Política Lingüística desea valorizar «las iniciativas que aspiran a movilizar la célula familiar [en torno a] su función estratégica de transmisión de la lengua» (OPLB, 2006: 21). En esta óptica, las estructuras y los profesionales encargados de la [atención a] la pequeña infancia ocupan un lugar preferente. De hecho, el niño está expuesto a una o a varias lenguas durante su periodo de guardia. Esta ex-

posición tiene un impacto no desdeñable sobre el niño (OPLB, 2006: 21). «En un contexto donde la mayoría de las familias que viven en el País Vasco [norte] no son vascoparlantes, donde la transmisión familiar de la lengua [vasca] se hace difícilmente (...), donde los padres deseosos de transmitir [el *euskera*] a sus hijos no están siempre en capacidad de hacerlo por falta de un nivel de dominio suficiente de la lengua, donde, por último, el tiempo pasado por el niño fuera de la célula familiar se ha incrementado, los profesionales encargados de la [atención a] la pequeña infancia constituyen un relevo (...) estratégico para la transmisión [del *euskera*]» (OPLB, 2006: 21).

Por lo cual, la finalidad consiste en construir, con las estructuras y los profesionales de la pequeña infancia, «una oferta de servicios en lengua vasca, que apoye la transmisión de [esta] lengua» (OPLB, 2006: 21). El objetivo es ofrecer la posibilidad, «a las familias que lo desean, de hacer un llamamiento a unos profesionales de la pequeña infancia que utilizan la lengua vasca con sus hijos» (OPLB, 2006: 21). Según los casos, estos profesionales constituyen un apoyo a la transmisión familiar o el primer vector de transmisión a una edad en la cual el niño adquiere las lenguas con una gran facilidad (OPLB, 2006: 22).

Además, el desarrollo de la enseñanza en *euskera* ha permitido compensar parcialmente el declive de la transmisión familiar (OPLB, 2006: 22). «En un contexto donde las familias no-vascoparlantes son cada vez más numerosas [y] donde el nivel de competencia de las familias deseosas de transmitir la lengua [vasca] les permite cada vez menos asegurar solas una transmisión de calidad, la enseñanza en *euskera* se ha convertido en un instrumento indispensable de la continuidad lingüística» (OPLB, 2006: 22). Así, el sistema educativo viene «restablecer, en parte, el equilibrio, en la medida en que la lengua vasca constituye una lengua de enseñanza» (OPLB, 2006: 22). Y se precisa: «en el caso de una familia no-vascoparlante, juega un rol compensador. En el caso de una familia vascoparlante, refuerza la influencia de la familia y completa el proceso de adquisición de la lengua [vasca]» (OPLB, 2006: 22).

En suma, la familia, los profesionales encargados de la atención de la pequeña infancia y la escuela constituyen los tres pilares esenciales y complementarios que deben reforzar una política lingüística digna de ese nombre, «de manera a reactivar y desarrollar la transmisión intergeneracional de la lengua vasca» (OPLB, 2006: 23).

Más precisamente, a fin de «movilizar la célula familiar sobre su función estratégica de transmisión de la lengua» (OPLB, 2006: 24), el Proyecto desea, por una parte, «ayudar las familias a transmitir el *euskera*», permitiendo a los padres mejorar su nivel lingüístico, ofreciendo unos instrumentos y unos métodos que faciliten la transmisión en el seno de la familia o creando unos lugares de intercambio a la atención de los pa-

dres comprometidos en un proceso de transmisión familiar» (OPLB, 2006: 24); y, por otra parte, «poner en relación la transmisión familiar con los demás modos de transmisión en el seno de la sociedad», creando unas pasarelas entre la familia y los demás actores clave de la transmisión que constituyen la pequeña infancia y la escuela, y creando unas pasarelas entre la familia y los ámbitos de la vida social que conciernen particularmente la familia, la infancia y la juventud (OPLB, 2006: 24).

Asimismo, para «construir con los profesionales y las estructuras de la pequeña infancia una oferta de servicios que apoye la transmisión de la lengua [vasca]» (OPLB, 2006 : 28), dicho Proyecto desea, por un lado, «hacer de tal forma que, en cualquier punto del territorio, las familias puedan acceder a unos servicios [de] pequeña infancia en lengua vasca», estructurando una red de guarderías que proponga una oferta en *euskera* y estructurando una red de asistentes maternas que proponga una acogida en lengua vasca (OPLB, 2006 : 28); y, por otro lado, «permitir a los profesionales de la pequeña infancia acceder a los instrumentos y a las competencias necesarias», ayudando la formación de profesionales, creando unos materiales necesarios para el funcionamiento de una oferta de servicio en lengua vasca y hacer accesible ese material a los profesionales, creando un lugar de intercambio para los profesionales de la pequeña infancia que intervienen en *euskera*, y, siguiendo y evaluando la diversidad de las experiencias llevadas a cabo en las elecciones lingüísticas (OPLB, 2006: 28).

Por último, con el fin de «estructurar y desarrollar el aprendizaje de la lengua [vasca] en la escuela, instrumento indispensable para la transmisión del *euskera*, a la vez, lengua enseñada y lengua de enseñanza» (OPLB, 2006: 31), la OPLV prevé, en primer lugar, «permitir a las familias que lo desean beneficiarse en todo el territorio de una oferta de enseñanza estructurada y coherente desarrollando la oferta de enseñanza», previendo y respondiendo a las necesidades de formación de los maestros, y estructurando los modos de organización y de enseñanza del y en *euskera* (OPLB, 2006: 31); en segundo lugar, «ayudar los docentes a acceder a unos instrumentos y a unas competencias necesarias al ejercicio de su misión», respondiendo a las necesidades en formación lingüística de los profesores, acompañando los operarios especializados en la producción de material pedagógico, y utilizando para la enseñanza del y en *euskera* las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías; y, en tercer lugar, «aspirar a alcanzar para los alumnos escolarizados en las secciones de enseñanza en *euskera* un nivel de dominio completo de la lengua vasca», acompañando los socios del sistema educativo en los esfuerzos realizados para garantizar las competencias lingüísticas de los alumnos y suscitando la práctica de la lengua en el seno de los centros escolares, fuera de las horas lectivas (OPLB, 2006: 31).

2.2. VIVIR EN LENGUA VASCA

El Proyecto de Política Lingüística aspira igualmente a incrementar el uso de la lengua vasca, haciendo de tal forma que «las competencias lingüísticas adquiridas por los locutores se conviertan en uso efectivo de la lengua [y] que los locutores que han adquirido la lengua vasca se conviertan en utilizadores activos» (OPLB, 2006: 38). Más aún, la práctica es la condición del proceso de aprendizaje, puesto que constituye su fuente. No en vano, el uso es un fenómeno dinámico, en la medida en que «se incrementa con la edad, al tiempo que las necesidades del niño. (...) El niño se crea unas necesidades en su primera lengua, e, intentando satisfacerlas, aumenta el ejercicio efectivo de la lengua, el cual fija e incrementa la competencia y la capacidad de acceder a nuevas funciones lingüísticas» (OPLB, 2006: 38-39).

Además, uso y motivación de la lengua vasca están íntimamente vinculados. De hecho, «cuando la lengua materna ayuda al niño a verbalizar gran parte de su experiencia y a expresar y canalizar sus necesidades, el niño se siente [cómodo] en esa lengua. Está entonces (...) espontáneamente motivado a su propósito, porque constituye para él un instrumento útil (...) y eficaz. Al alcanzar la motivación, el aprendizaje de la lengua es completo y duradero» (OPLB, 2006: 39). Y, cuando el aprendizaje del *euskera* no emana de la transmisión familiar, «el uso social garantiza la completitud del aprendizaje, enriqueciendo el conocimiento e incrementando la motivación del locutor. A falta de un uso suficiente, la lengua se empobrece, se esclerosa [y] acaba olvidándose. El locutor, que ha aprendido la lengua [vasca], no adquiere jamás o pierde los automatismos necesarios a una expresión [fluida]» (OPLB, 2006: 39). Por lo cual, según la OPLV, «incumbe al Proyecto de Política Lingüística crear las condiciones favorables para la utilización [del *euskera*, y] estimular y facilitar la extensión de la práctica de la lengua vasca a los diferentes ámbitos de la vida social» (OPLB, 2006: 40).

Más precisamente, teniendo en cuenta el hecho de que «los medios [de comunicación] constituyen un vector primordial de difusión de la lengua [vasca], por la importancia que ocupan en la vida de los ciudadanos [y] especialmente de los jóvenes», dicho Proyecto desea «apoyarse en [dichos] medios para hacer vivir la lengua vasca en la sociedad y elevar el nivel de [competencia lingüística]» (OPLB, 2006: 40).

De manera análoga, puesto que «el tiempo libre y las actividades de ocio que le están asociadas (...) adquieren una importancia creciente en la organización y la estructuración de los [estilos] de vida actuales», el Proyecto de Política Lingüística prevé asociar «lengua y placer gracias a la utilización de la lengua en las actividades de ocio» (OPLB, 2006: 40).

Además, «si la lengua vasca puede contar sobre una oferta [editorial] diversificada y de calidad, que responda a las expectativas del público, [y]

si el público puede acceder a ella fácilmente, se hallará fortalecida, desde el punto de vista de la calidad y desde el punto de vista del uso» (OPLB, 2006: 41). Esto implica «facilitar la estructuración de una cadena operante para la edición en lengua vasca, al servicio de una oferta atractiva y accesible» (OPLB, 2006: 41).

Por otra parte, dado que «la toponimia constituye uno de los espacios importantes para la visibilidad [del *euskera*]», al ser los nombres de lugares omnipresentes en la vida cotidiana de los habitantes, conviene «utilizar la toponimia como una oportunidad para visibilizar la lengua y atraer a ella nuevos públicos» (OPLB, 2006: 41).

En definitiva, nos dicen los autores del Proyecto de Política Lingüística, «es en la diversidad de los ámbitos de la vida social que conviene desarrollar el lugar de la lengua vasca, de manera a crear para los locutores un entorno favorable a la utilización de la lengua, para que el aprendizaje de la lengua no siga siendo inútil, [y] para que puedan, a la vez, beneficiarse de un panorama lingüístico donde la lengua esté presente, escuchar la lengua y practicarla en su entorno cotidiano y su vida social» (OPLB, 2006: 41). Por consiguiente, la OPLV desea «promover el uso social del *euskera*, para que la lengua aprendida sea también la lengua practicada, vista y escuchada en los lugares de vida» (OPLB, 2006: 41).

Más detalladamente, «apoyarse en los medios [de comunicación] para hacer vivir el *euskera* en la sociedad y elevar el nivel [lingüístico]» implica, por una parte, «densificar la oferta de medios de expresión vasca», reforzando los medios de comunicación en lengua vasca, promoviendo una mayor utilización del *euskera* en los medios existentes y fomentando la creación de nuevos instrumentos para completar la oferta existente (OPLB, 2006: 42); y, por otra parte, utilizar «los medios como instrumentos de aprendizaje y de perfeccionamiento de la lengua vasca», acompañando los esfuerzos de calidad de la lengua realizados por los medios de comunicación teniendo en cuenta el efecto palanca que ejercen sobre el resto de la sociedad, permitiendo a los medios de comunicación en lengua vasca acompañar los procesos de aprendizaje del *euskera*, e invitando y acompañando los medios de expresión vasca a solicitar la participación del público a fin de perfeccionar la lengua a través de la práctica (OPLB, 2006: 42).

Asimismo, «asociar lengua [vasca] y placer gracias a la utilización de la lengua en las actividades de ocio» supone, por un lado, «permitir a las familias y, particularmente, a los niños y jóvenes, acceder, en el conjunto del territorio, a una oferta de ocio atractiva y de calidad en lengua vasca» (OPLB, 2006: 47), desarrollando y estructurando una oferta organizada de servicios de ocio en *euskera* y organizando la adaptación, la creación y la difusión de una oferta completa y de calidad en materia de bienes de ocio en lengua vasca (OPLB, 2006: 47); y, por otro lado, «permitir a los profe-

sionales de ocio acceder a los instrumentos y a las competencias necesarias», organizando una respuesta adecuada a las necesidades actuales y futuras de profesionales que ejercen en *euskera* en el ámbito del ocio, ayudando los profesionales a disponer de instrumentos, materiales y recursos que necesitan, y creando un lugar de intercambio para los profesionales de ocio que intervienen en lengua vasca (OPLB, 2006: 47).

Además, «facilitar la estructuración de una cadena operante para la edición en lengua vasca al servicio de una oferta atractiva y accesible» (OPLB, 2006: 53), implica, por una parte, aspirar a crear «una oferta editorial en lengua vasca completa y de calidad», reforzando los actores de la cadena editorial en *euskera*, completando la oferta editorial en esa lengua, y adaptando la producción en lengua vasca a las especificidades territoriales (OPLB, 2006: 53); y, por otra parte, «facilitar la difusión al público de la oferta editorial en *euskera*», permitiendo al público acceder a la oferta de edición en lengua vasca en todo el territorio y en el exterior, dando a conocer al público la oferta editorial en vasco, llevando los públicos (sobre todo los jóvenes) a iniciarse a la oferta editorial en *euskera* y a apreciarla, y haciendo conocer al público no-vasco-parlante la producción en lengua vasca, tanto en el territorio como en el exterior (OPLB, 2006: 53).

Además, «utilizar la toponimia como una oportunidad para visibilizar la lengua y atraer a nuevos públicos» (OPLB, 2006: 59), implica, en primer lugar, escribir «correctamente los topónimos vascos organizando un sistema perene para fijar la grafía de la toponimia en lengua vasca», buscando la grafía correcta para los topónimos ya presentes en el ámbito público, y ayudando a la corrección y a la adaptación de la toponimia utilizada en la esfera privada; en segundo lugar, «recompilar los topónimos vascos en vía de desaparición», ayudando a la recogida de la toponimia oral y ayudando a la recogida de las fuentes escritas antiguas; en tercer lugar, «difundir y visibilizar la toponimia en lengua vasca», creando una base de datos de los topónimos en lengua vasca y haciéndola accesible, y difundiendo y facilitando la utilización de la toponimia vasca; y, en cuarto lugar, utilizar «la toponimia como un instrumento de iniciación a la lengua vasca», usando la toponimia para invitar un amplio público a interesarse por la lengua vasca, y fomentando los trabajos de investigación lingüística empleando la toponimia como fuente de investigación (OPLB, 2006: 59).

Por último, «promover el uso social del *euskera*, para que la lengua aprendida sea también la lengua practicada, vista y escuchada en los lugares de vida», supone, por un lado, «promover la presencia y la utilización de la lengua vasca en los sectores estratégicos», promoviendo la presencia y la utilización del *euskera* con los operarios públicos, acompañando la presencia y la utilización ante operarios privados e insti-

tucionales de gran magnitud o dirigiéndose a un público importante, y promoviendo la presencia y la utilización del vasco ante unos sectores de actividad que se hallan en contacto con los jóvenes; y, por otro lado, «crear y poner en marcha los instrumentos y las colaboraciones que faciliten la adhesión de los actores de la vida social», estructurando un dispositivo público de animación coherente y duradero, y respondiendo a las necesidades lingüísticas generadas por la dinámica iniciada (OPLB, 2006: 64).

2.3. REFORZAR LA LENGUA VASCA

Tanto la transmisión como la práctica lingüísticas presuponen un buen dominio de la lengua vasca. Así, el deseo de transmisión familiar del *euskera* se enfrenta, a menudo, a la incapacidad de los padres por un nivel de lengua insuficiente. De hecho, «los jóvenes bilingües capaces de transmitir la lengua [vasca] son cada vez menos numerosos» (OPLB, 2006: 70). No en vano, la movilización de la esfera familiar en torno a esta finalidad necesita «permitir a los padres y [a los] futuros padres aprender la lengua [vasca] o perfeccionarla» (OPLB, 2006: 70). De manera análoga, «la construcción de una red de profesionales de la pequeña infancia que proponga una atención en lengua vasca necesita profesionales capaces de ejercer su actividad en esa lengua» (OPLB, 2006: 70). Asimismo, «estructurar y desarrollar la oferta de enseñanza en lengua vasca necesita que unos profesores estén en medida, (...) no solamente de hablar en *euskera*, sino [también] de enseñar su disciplina en esa lengua» (OPLB, 2006: 70). Sucede lo mismo para los profesionales de los medios de comunicación, de la edición o del ocio. Por lo tanto, el Proyecto de Política Lingüística se fija como objetivo «estimular el uso privado y profesional, permitiendo a los adultos aprender y perfeccionar la lengua vasca» (OPLB, 2006: 70).

Esto implica afrontar las necesidades no-cubiertas y «organizarse para responder a las necesidades futuras que debería generar el desarrollo del uso del *euskera* en la vida social», sabiendo que «el uso de una lengua está estrechamente vinculado al nivel de competencia lingüística. Al carecer de un [dominio suficiente] de la lengua, el locutor no se sentirá a gusto, [lo que provocará] una probable reticencia a utilizarla» (OPLB, 2006: 71). En ese sentido, la calidad de la lengua se convierte en un elemento clave que condiciona su uso. Por consiguiente, «la lengua debe ser, no solamente correcta, sino también suficientemente natural como para permitir la espontaneidad y [adecuarse] al contexto de su uso. (...) Esta calidad es necesaria a todos los niveles y en todos los ámbitos, porque una lengua mal dominada es igualmente una lengua mal transmitida

y mal difundida» (OPLB, 2006: 71-72). Es la razón por la cual, el Proyecto de Política Lingüística aspira a «nutrir una ambición permanente al servicio de la calidad de la lengua, que se trate de la lengua enseñada, practicada o difundida» (OPLB, 2006: 72).

La investigación tiene una incidencia directa en la calidad lingüística, puesto que la creación de instrumentos adecuados debe poder apoyarse en un enfoque científico sólido (OPLB, 2006: 72). Además, la elaboración de dicho Proyecto necesita, «para definir su acción, conocer mejor el entorno sociolingüístico en el cual interviene o los [factores] que condicionan las prácticas de los individuos. (...) Para ello, debe poder hacer un llamamiento a la investigación aplicada» (OPLB, 2006: 72). Por lo cual, la OPLV desea «apoyarse en la investigación para elevar el nivel de calidad de la lengua, para reforzar la pertinencia de la acción pública y para incrementar el resplandor de la lengua [vasca]» (OPLB, 2006: 72). Por último, la motivación constituye un factor clave, aunque frágil y evolutivo, sobre el cual conviene actuar a través de la política lingüística. Por consiguiente, dicho Proyecto desea «suscitar, mantener e incrementar la motivación, a fin de crear en la sociedad una dinámica de aprendizaje, de uso y de transmisión de la lengua [vasca]» (OPLB, 2006: 73).

Más precisamente, «estimular el uso privado y profesional, permitiendo a los adultos aprender y perfeccionar la lengua vasca» (OPLB, 2006: 74), supone, por una parte, ofrecer «a los adultos, en todo el territorio, la posibilidad de aprender y de perfeccionar la lengua vasca», desarrollando y estructurando la oferta de aprendizaje en presencial y desarrollando y reforzando los modos de aprendizaje complementarios en curso (OPLB, 2006: 74); por otra parte, «permitir a los formadores acceder a las competencias y a los instrumentos necesarios», consolidando la formación de los formadores, apoyando la adaptación y la producción de material pedagógico, y utilizando plenamente las posibilidades de aprendizaje abiertas por las nuevas tecnologías (OPLB, 2006: 74); y, por último, apuntar hacia «un sistema de aprendizaje que permita una adquisición completa de la lengua», aspirando a la estructuración de un currículo completo de formación referente, priorizando los procesos de aprendizaje cortos e intensivos, promoviendo los procesos de aprendizaje por unos grupos que comparten un interés común, y desarrollando las actividades en *eusker*a fuera de las clases a fin de mejorar las competencias a través del uso (OPLB, 2006: 74).

Además, «nutrir una ambición permanente al servicio de la calidad de la lengua enseñada, practicada y difundida» supone, en primer lugar, «buscar el perfeccionamiento permanente del nivel de lengua en el entorno lingüístico de los jóvenes y niños», respondiendo a las necesidades formativas de los docentes, acompañando los esfuerzos de calidad realizados por los medios de comunicación, permitiendo a los padres y a los

futuros padres mejorar su nivel de lengua, y velando por la calidad lingüística de los servicios y de los productos de ocio utilizados por los jóvenes y niños; en segundo lugar, ofrecer «los instrumentos y los recursos necesarios a la mejora del nivel de lengua», poniendo en marcha una estructura de validación lingüística perene y oficial, construyendo una oferta completa de diccionarios, ofreciendo unos modelos de documentos – tipo, creando y confortando unas formaciones calificadoras que respondan a las necesidades del territorio en materia de perfeccionamiento y de especialización lingüísticas, y creando un banco de recursos sonoros en lengua natural disponibles para la escucha y la utilización pedagógica; y, por último, convertir la práctica en «una palanca al servicio de la evaluación del nivel de lengua y [del perfeccionamiento] por la práctica», movilizándolo el uso de la lengua vasca en el seno de la célula familiar porque la familia constituye el vector más eficaz para una transmisión de calidad de la lengua, suscitando la práctica de la lengua en el seno de los centros escolares fuera de las clases, estimulando la constitución de grupos de aprendizaje de alumnos constituidos a partir de objetivos o de afinidades comunes, ofreciendo unos productos y servicios de calidad en el ámbito del ocio, y desarrollando las posibilidades de utilización del *euskera* en las nuevas tecnologías, prioritariamente por los jóvenes y los niños (OPLB, 2006: 79).

Además, «apoyarse en la investigación para elevar el nivel de calidad de la lengua, para reforzar la pertinencia de la acción pública y para incrementar el resplandor de la lengua [vasca]», implica, por un lado, «estructurar duraderamente un dispositivo de investigación que responda a las necesidades del territorio», acompañando el desarrollo duradero de la investigación sobre la lengua vasca y los textos vascos y apoyándose en ese dispositivo para responder a las necesidades del territorio en términos de lengua y de investigación; y, por otro lado, «utilizar ese dispositivo y su producción al provecho de la calidad y del resplandor de la lengua vasca, tanto en el territorio como en el exterior», haciendo accesible el conjunto de los trabajos de investigación sobre la lengua y los textos vascos efectuados en el territorio y favorecer el resplandor hacia el exterior de la investigación local (OPLB, 2006: 85).

Por último, «apoyar, mantener e incrementar la motivación, a fin de crear en la sociedad una dinámica de aprendizaje, de uso y de transmisión de la lengua [vasca]» (OPLB, 2006: 88), supone, en primer lugar, «motivar, estructurando una oferta de servicios en lengua vasca accesible y atractiva», haciendo de tal forma que las familias puedan acceder a unos servicios de pequeña infancia en *euskera*, permitiendo a las familias que lo deseen beneficiarse de una oferta de enseñanza estructurada y coherente, ofreciendo a los adultos la posibilidad de aprender y perfeccionar la lengua, desarrollando las oportunidades de ver, escuchar y utili-

zar la lengua vasca, y acompañando los esfuerzos de calidad de la lengua a través de la oferta de instrumentos y de recursos necesarios; en segundo lugar, «motivar, llevándolo al conocimiento del público», creando el portal de la lengua vasca, punto permanente de encuentro entre la política pública lingüística, los socios operarios de la oferta en lengua vasca y la sociedad, y ayudando los diferentes actores a poner en marcha una estrategia eficaz de comunicación de la oferta de productos y servicios en lengua vasca y unos dispositivos de apoyo a dicha lengua; en tercer lugar, «motivar, favoreciendo las condiciones de éxito de los actores comprometidos en los procesos de transmisión y aprendizaje», motivando los actores de la transmisión facilitándoles el acceso a las competencias, instrumentos y recursos necesarios al ejercicio de su misión, y motivando los actores comprometidos en el aprendizaje de la lengua acompañándolos en un proceso de adquisición completa de la lengua; y, en cuarto lugar, «motivar, poniendo en marcha unas estrategias de sensibilización adecuadas», aspirando, para los jóvenes, a una estrategia de sensibilización basada en la participación y el placer en el uso, elaborando, en colaboración con los relevos en contacto con los jóvenes padres y los futuros padres, una estrategia de sensibilización a favor de la transmisión de la lengua y de su completitud, elaborando, en colaboración con los operarios, una estrategia de sensibilización a favor del aprendizaje, por los adultos, de la lengua vasca en su completitud, e inscribiendo la búsqueda de una representación positiva de la lengua vasca en el corazón de las estrategias de sensibilización (OPLB, 2006: 88).

En definitiva, «ese Proyecto constituye la hoja de ruta de la política lingüística pública a partir de 2007, y [se ha traducido] cada año en un programa de actividades para la Oficina Pública de la Lengua Vasca. La implementación de [dicho] Proyecto [asocia] la OPLV, las colectividades locales (...) y los operarios de la acción lingüística» (OPLB, 2006: 99). Una vez el rumbo fijado y tanto el método como las acciones definidos, la Oficina Pública se ha dotado de instrumentos que le permiten evaluar el camino recorrido y medir así la eficacia de la política llevada a cabo (OPLB, 2006: 99). Esto ha implicado definir los indicadores sobre los cuales se han basado las evaluaciones de las acciones implementadas «para medir su impacto [respecto a] los objetivos fijados» (OPLB, 2006: 99). Estos resultados han permitido corregir las orientaciones fijadas y adaptar las acciones llevadas a cabo en función de su eficacia (OPLB, 2006: 100).

V. Las evaluaciones de la política lingüística

Dos comisiones interministeriales han evaluado, en 2010 y en 2016, la política lingüística de revitalización de la lengua vasca y, más pre-

cisamente, el organismo encargado de su elaboración y posterior implementación. Si concluyen a un incremento de la capacidad de intervención de la OPLV y a una intensificación de la colaboración con el Gobierno Vasco, ponen igualmente de manifiesto un Comité Consultivo que tiene dificultades para encontrar su lugar en el dispositivo creado. En materia de política lingüística propiamente dicha, estas comisiones subrayan los avances significativos constatados en la transmisión de la lengua vasca a través de la enseñanza bilingüe, la consolidación de la transmisión por el desarrollo de la práctica y la dinamización del uso del *euskera* en la vida social.

1. Un aumento de la capacidad de intervención de la OPLV

Los inspectores encargados de la evaluación de 2016 subrayan el hecho de que «la Oficina [Pública] se ha beneficiado de una potenciación de sus capacidades presupuestarias y de ingeniería» (Commission Interministérielle, 2016: 36).

- Por una parte, su presupuesto ha aumentado notablemente entre 2005 y 2016, pasando de 1,760 millones de € a 3,428 millones de €, lo que representa una práctica duplicación del mismo (+94,77%). Ese incremento no es desdeñable en un contexto de restricción presupuestaria. Un esfuerzo particular ha sido efectuado para apoyar financieramente los operarios asociativos y privados de la acción lingüística, mientras que el presupuesto de funcionamiento ha seguido siendo inferior a la cuarta parte del gasto, siendo del 24,57% (Commission Interministérielle, 2016: 37-38).
- Por otra parte, la capacidad de ingeniería se ha reforzado gracias a la progresión de los efectivos (Commission Interministérielle, 2016: 38). La Oficina Pública se ha fijado como objetivo disponer de un equipo técnico de 12 personas a través de la contratación de 4 encargados de misión. Esta potenciación solo es efectiva a partir de 2013 ante las dificultades encontradas para hallar personas calificadas que correspondan a las necesidades de la entidad. Desde entonces, la Oficina Pública dispone de 8 encargados de misión, de los cuales 6 «están especializados en [uno] de los ámbitos del marco operativo», a saber la pequeña infancia, la enseñanza, el ocio, la edición, la vida social, la formación para adultos y la calidad de la lengua, mientras que los 2 técnicos restantes «se encargan de las misiones [transversales, es decir de la] definición y [adaptación] de las políticas [y del apoyo prestado] a los operarios de la licitación 'acción lingüística'» (Commission Interministérielle, 2016: 39). Desde entonces, el equipo se ha reforzado con la incorporación de

2 nuevos encargados de misión a fin de ocuparse, más específicamente, de los medios de comunicación y «del sistema de indicadores de la lengua vasca» (Commission Interministérielle, 2016: 39).

Ese fortalecimiento del equipo técnico de la OPLV debe permitir a ese organismo «reforzar la calidad del pilotaje presupuestario y de la gestión (...) de los créditos» (Commission Interministérielle, 2016: 40). El hecho de disponer de un equipo competente y riguroso debe permitir «a los miembros de la Agrupación así como a los socios beneficiarse de una expertise y de un acompañamiento» (Commission Interministérielle, 2016: 40). Asimismo, las «modalidades de colaboración y de financiación, definidas en el marco del convenio plurianual», son precisadas (Commission Interministérielle, 2016: 40). Además, «cada uno de los ámbitos de la licitación es objeto de reglamentos de intervención [y] de fichas de procedimiento, y unos formularios-tipo de demandas completan la estructuración de los dispositivos de financiación» (Commission Interministérielle, 2016: 40).

2. Una cooperación intensa y perenne con el Gobierno Vasco

La cooperación con el Gobierno Vasco ha sido, «a la vez, clarificada, enmarcada e intensificada» (Commission Interministérielle, 2010: 38). De hecho, «el protocolo firmado en Bayona en 2003 había permitido sentar las bases de una colaboración transfronteriza con la CAV y establecer unas relaciones de trabajo regulares entre las instituciones concernidas» (Commission Interministérielle, 2010: 38). Según ese acuerdo, a partir de entonces, la contribución financiera de dicho Gobierno se inscribe «en el marco de una licitación anual, respetando un cierto número de criterios y de reglas, (...) y refiriéndose a las operaciones seleccionadas por el Convenio Específico» (Commission Interministérielle, 2010: 38). Ese dispositivo ha sido mantenido durante los primeros años de actividad de la OPLV.

Y, a fin de profundizar en esa colaboración, y tras aprobar el Proyecto de Política Lingüística de 2006, «un acuerdo-marco ha sido firmado, el 7 de febrero de 2007, entre el Gobierno Vasco y la Oficina [Pública]» (Commission Interministérielle, 2010: 38). Ese acuerdo prevé «los programas de acción llevados a cabo en común y las financiaciones [asociadas]», lo que ha concernido la IV Encuesta Sociolingüística y «los dispositivos de equivalencia para la certificación del nivel de lengua vasca a ambos lados de la frontera» (Commission Interministérielle, 2010: 38-39). Pero, sobre todo, consta de «la puesta en marcha de un 'fondo de cooperación', abundado por las contribuciones de los socios para apoyar el trabajo de los operarios lingüísticos del País Vasco [norte]. La contribución de la

CAV al fondo ha pasado [así] de 450.000 € a 470.000 € entre 2007 y 2009» (Commission Interministérielle, 2010: 39). Y se precisa: «el fondo ha sido puesto en marcha por la vía de la licitación organizada e instruida en común» (Commission Interministérielle, 2010: 39).

Esa cooperación fructífera se ha mantenido a lo largo de los años (Commission Interministérielle, 2016: 25). No en vano, la crisis económica de 2008, que ha afectado duramente a la CAV, y la llegada al Gobierno Vasco del Partido Socialista de Euskadi (PSE) en 2009, sabiendo que ese partido manifiesta un menor interés por la cooperación transfronteriza al carecer de motivaciones identitarias presentes en el Partido Nacionalista Vasco (PNV), han representado unos obstáculos evidentes a la hora de reforzar la colaboración entre el Gobierno Vasco y la Oficina Pública.

3. Un Comité Consultivo en crisis

De manera análoga, la evaluación interministerial de 2010 se muestra mitigada a propósito del Comité Consultivo. Estima ciertamente que, tras la creación de la OPLV, «los diferentes socios agrupados en el Comité Consultivo, en particular los representantes de las asociaciones, han (...) sido activamente movilizados en un cierto número de grupos de trabajo, sobre todo en 2006, para la preparación del Proyecto de Política Lingüística» (Commission Interministérielle, 2010: 37). No obstante, una vez el Proyecto de Política Lingüística elaborado, los actores han sido menos consultados y puestos a contribución, dado que dicho Comité solo ha mantenido una sesión en 2007 (Commission Interministérielle, 2010: 37). Y, aunque durante el año siguiente, «el Comité ha retomado, según un ritmo más regular, sus reuniones (...), esencialmente consagradas a la presentación de los presupuestos anuales y de los programas de actividad», un cierto estancamiento de la dinámica participativa es constatado (Commission Interministérielle, 2010: 37).

A pesar de esa comprobación, los ponentes consideran que «la puesta en marcha de [la OPLV] ha conllevado una racionalización y una mayor transparencia de las relaciones con el mundo asociativo» (Commission Interministérielle, 2010: 38). De hecho, la creación de la Oficina Pública «ha permitido simplificar (...) las relaciones con los diferentes operarios y socios del mundo asociativo» (Commission Interministérielle, 2010: 38). Por una parte, «la agrupación de las financiaciones en un solo centro de decisión ha puesto fin a los inconvenientes que [provocaba] la multiplicidad de las taquillas», y, por otra parte, «la concentración de la decisión de los que [conceden subvenciones] públicas ha acabado reduciendo los riesgos de sobrepuja o de contradicción entre colectividades, y, [en] general, la sistematización del método de licitación [ha sido] garante de una

objetividad y de una transparencia reforzadas» (Commission Interministérielle, 2010: 38).

No en vano, a lo largo del tiempo, las virtudes de la racionalización y de la transparencia en las relaciones de la Agrupación y las asociaciones se confirman. La composición y el funcionamiento de dicho Comité genera un debate, hasta el punto de que el Consejo de Administración del 25 de septiembre de 2008 haya sentido la necesidad de precisar sus modalidades, especialmente «la organización de dos ‘periodos de encuentro’, el primero antes de la aprobación del balance de actividades del año y del programa previsional y del presupuesto del año siguiente; [y] el segundo [entre] finales de junio e inicios de julio, para una presentación detallada de las acciones en curso» (Commission Interministérielle, 2016: 41).

Asimismo, frente al riesgo de estancamiento de la dinámica participativa, los ponentes observan que el periodo situado entre 2011 y 2016 se ha caracterizado por la constitución de grupos de trabajo a medida que se produce la apertura de nuevos ámbitos de intervención (Commission Interministérielle, 2016: 41). Estos grupos se refieren a la sensibilización (2011), la vida pública (2011), el ocio (2013), la edición (2013) o la enseñanza (2015).

Además, ciertos debates relativos a la política lingüística han tenido lugar fuera del Consejo Consultivo. Así, «en el marco de la preparación del contrato territorial 2015-2020, el Consejo de Electos ha solicitado al Consejo de Desarrollo del País Vasco [que nutra] previamente sus propuestas en diez ámbitos prioritarios, entre las cuales figuran la política lingüística. Así, tres reuniones han tenido lugar en marzo y abril de 2014 a través de un [taller] dedicado a la lengua vasca, alimentado especialmente por las contribuciones de una decena de asociaciones» (Commission Interministérielle, 2016: 42). El acta de estos trabajos concluye, en mayo de 2014, a la necesidad de pasar a una nueva etapa en la política lingüística, «haciendo del País Vasco [norte] un ‘territorio experimental de revitalización lingüística’, con unas derogaciones a las reglamentaciones en vigor, en particular para la enseñanza, y un fuerte aumento de los medios consagrados a esta política» (Commission Interministérielle, 2016: 42).

Más aún, considerando que las propuestas realizadas por el Consejo de Electos, especialmente en materia de política lingüística, estaban por debajo de aquellas preconizadas por las asociaciones lingüísticas, éstas han decidido interrumpir su participación al Comité Consultivo. Así, «las asociaciones agrupadas en Euskal Konfederazioa han anunciado, el 10 de diciembre de 2015, su decisión de suspender su participación al Comité Consultivo y a los grupos de trabajo temáticos de la Oficina [Pública]», sumergiéndola en una profunda crisis (Commission Interministérielle, 2016: 42). Esta situación resulta, en parte, de las funciones, a la vez, «de-

masiado extendidas en su contenido y demasiado imprecisas en sus condiciones de implementación» de dicho Comité. Según los evaluadores, «parece haber una suerte de confusión entre la asociación de socios externos al trabajo cotidiano del instrumento que es la Oficina y las formas que pueden tomar los intercambios entre las instancias políticas y la sociedad civil [organizada]» (Commission Interministérielle, 2016: 42).

Sean cual sean las razones, la situación de impasse en la cual se encuentra el Comité Consultivo es palpable y no es evidente que la fijación de un marco más preciso y riguroso sea suficiente para relanzar el proceso consultivo. No obstante, esta reactivación es esencial, por una parte, porque la OPLV «necesita [dictámenes] ilustrados y expertezas profundizadas sobre el contenido de sus acciones, que se trate de su definición o de su evaluación» (Commission Interministérielle, 2016: 43), y, por otra parte, porque la concertación con el mundo asociativo es crucial para mantener la nueva gobernanza (URTEAGA y AHEDO, 2004) y asegurar, por esa vía, la coordinación entre los actores institucionales y asociativos.

4. Unos avances en la enseñanza en *euskera*

El informe de evaluación de mayo de 2010 subraya la estructuración de la enseñanza bilingüe llevada a cabo por la Oficina Pública (Commission Interministérielle, 2010: 42). De hecho, a partir de inicios de los años 2000, una convergencia progresiva se ha producido «entre la política lingüística [emergente] y un sistema educativo cada vez más abierto a la enseñanza del *euskera*» (Commission Interministérielle, 2010: 42). No en vano, en una fase inicial, la política lingüística se limita «a un rol complementario, de apoyo, [concentrándose en] dos objetivos: la sensibilización y la [producción] de material pedagógico» (Commission Interministérielle, 2010: 42). Desde ese punto de vista, el advenimiento de la OPLV cambia la situación «situando la nueva estructura en el corazón del dispositivo de transmisión [de la lengua vasca] a través de la enseñanza, en la cual las instancias [del Ministerio] de la Educación Nacional han reforzado su implicación» (Commission Interministérielle, 2010: 42). La política impulsada por la Oficina Pública prioriza tres ejes: «la libre adhesión de las familias, la búsqueda de una cobertura territorial completa y la continuidad de enseñanza entre los diferentes niveles» (Commission Interministérielle, 2010: 42). Retomémoslo más detalladamente.

Por una parte, «la creación de la Oficina ha permitido el reforzamiento de la implicación de la Educación Nacional» (Commission Interministérielle, 2010: 42). El compromiso de esta última toma diversas formas:

- En el seno de la OPLV, el rector de academia es firmante del Convenio Consultivo de la AIP y forma parte de su Consejo de Adminis-

tración. Además, la Educación Nacional contribuye al presupuesto de la Oficina Pública, al mismo título que los demás ministerios implicados. Por último, «los actores del sistema educativo (...) son miembros del Comité Consultivo de la Oficina» (Commission Interministérielle, 2010: 42-43).

- Previamente y al lado de la OPLV, «el Convenio Marco entre el Estado y el Departamento de los Pirineos Atlánticos confía a la Oficina la misión (...) consistente en ‘organizar la concertación sobre las políticas a implementar por cada uno de los socios’ a fin de favorecer el desarrollo y la estructuración de la oferta de enseñanza, y le encarga (...) la puesta en marcha de las ‘operaciones de acompañamiento indispensables al buen desarrollo’ de esta misión» (Commission Interministérielle, 2010 : 43). El seguimiento de su implementación está asegurado por «un comité de coordinación particular copresidido por el rector académico» (Commission Interministérielle, 2010: 38).

Por otra parte, la Oficina Pública «está asociada, a través de un dispositivo original, a los procedimientos de la Educación Nacional» (Commission Interministérielle, 2010: 44). De hecho, las misiones confiadas a la OPLV, que aspiran «al desarrollo y a la estructuración de la oferta de enseñanza del *euskera* y en *euskera* en las tres secciones, (...) afectan a la enseñanza primaria y a la enseñanza secundaria» (Commission Interministérielle, 2010: 44). Según los evaluadores, «haciendo de la Oficina un lugar de concertación entre las autoridades académicas y las colectividades locales, utilizando los diagnósticos cuantitativos elaborados por [la OPLV], validando con su voto en Consejo de Administración de la Oficina el proyecto de programación plurianual de la enseñanza en *euskera*, el ministerio de la Educación Nacional se obliga a tener en cuenta (...) las previsiones efectivas y, por lo tanto, las aperturas de plazas de profesores [así como] las necesidades de formación de maestros» (Commission Interministérielle, 2010: 44). Por lo cual, la OPLV «se ha convertido en un lugar de elaboración de la adecuación entre las necesidades y las expectativas expresadas por los padres de alumnos (...) y la gestión de los medios por la Inspección académica» (Commission Interministérielle, 2010: 44).

Los resultados, en términos de efectivos de la enseñanza en *euskera*, ya son significativos, tanto en la enseñanza pública, privada confesional como en la asociativa concertada (Commission Interministérielle, 2010: 44). Así, si, en 2004, «el 34% de las escuelas públicas del País Vasco [norte] proponían una enseñanza bilingüe, afectando (...) al 18,5% de los alumnos escolarizados, en 2009, el número de estas escuelas pasa al 48%, con el 24,7% de los alumnos [matriculados]» (Commission Interministérielle, 2010: 45). La constatación es similar en la enseñanza privada

confesional, en la medida en que «el número de alumnos que siguen la enseñanza bilingüe ha pasado del 24% al 29% de los efectivos» durante ese periodo (Commission Interministérielle, 2010: 45). Sucede lo mismo en las escuelas asociativas que practican la inmersión lingüística en *euskera*, porque, «en cuatro años, los efectivos han aumentado del 18,2%» (Commission Interministérielle, 2010: 45).

No obstante, los efectivos de la enseñanza bilingüe son de menor amplitud en secundaria y se constata «la ausencia total o prácticamente [total] del *euskera* en la enseñanza técnica profesional y en la enseñanza agrícola» (Commission Interministérielle, 2010: 45). De hecho, el esfuerzo de la OPLV se ha concentrado en la enseñanza infantil y primaria donde «la enseñanza del *euskera* y en *euskera* ha continuado su progresión en número de alumnos» (Commission Interministérielle, 2010: 45). En ese sentido, conviene subrayar el hecho de que «el número de centros que proponen el *euskera* ha pasado del 42% de las escuelas [primarias e infantiles] en 2004, al 54% en 2009» (Commission Interministérielle, 2010: 45). Además, la progresión de los efectivos bilingües sobre la totalidad del territorio vasco indica que la OPLV «ha jugado un rol de operario principal en la extensión geográfica de la oferta que le está asignado desde su creación» (Commission Interministérielle, 2010: 45).

La evaluación hecha pública en agosto de 2016 consagra una parte no desdeñable a la transmisión del *euskera* a través de la enseñanza. El objetivo manifestado, para el periodo 2011-2016, por la Oficina Pública en materia de enseñanza, es ampliar «la oferta a nivel de primaria, consolidar el bilingüismo en el colegio ampliando la enseñanza en *euskera* a otras disciplinas que no sean Historia-Geografía, y abrir unas secciones bilingües en la vía tecnológica y la [formación] profesional» (Commission Interministérielle, 2016: 45). Para esta última, «se trataba de privilegiar los ámbitos profesionales vinculados con la pequeña infancia, la atención personal, la sanidad [y] el turismo (...), es decir [con] todos los sectores susceptibles de desarrollar una oferta de empleo importante como consecuencia de la política lingüística llevada a cabo en la vida social» (Commission Interministérielle, 2016: 45).

En primer lugar, los ponentes constatan que «la escuela [es] reafirmada como zócalo de revitalización de la lengua vasca» (Commission Interministérielle, 2016: 46). De hecho, «el aprendizaje de la lengua (...) vasca en un marco escolar ha sido planteado [en] permanencia como el eje prioritario de la política lingüística, [susceptible] de compensar una transmisión familiar erosionada o convertida en marginal» (Commission Interministérielle, 2016: 46).

Por consiguiente, la Educación Nacional constituye un actor clave de la transmisión de la lengua vasca. «Su implicación en la política lingüística, con el transcurso del tiempo, se ha reforzado y se ha progresivamente

estructurado, por mediación de dos convenios que vinculan la dirección académica de los servicios de la Educación Nacional (...) de los Pirineos Atlánticos con el Consejo Departamental de los Pirineos Atlánticos» (Commission Interministérielle, 2016: 47). En virtud de ese compromiso mutuo, los firmantes «confían a la OPLV 'la misión de organizar en su seno el modo operativo particular que permita asegurar el carácter permanente de la concertación, así como la coherencia y la complementariedad' entre las preconizaciones y orientaciones que se refieren al conjunto de la oferta docente» (Commission Interministérielle, 2016: 47). De manera análoga, «el convenio firmado el 12 de junio de 2009, [posteriormente] renovado en 2012 y en 2015, entre el ministerio de la Educación Nacional, la federación Seaska y la Oficina precisa el método de ayuda al análisis y al cálculo para la determinación de las dotaciones concedidas a las escuelas primarias y a los centros de secundaria» (Commission Interministérielle, 2016: 47).

A lo largo del periodo 2011-2016, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La OPLV se halla en el corazón del dispositivo permanente de concertación entre todos los actores concernidos.
- Los efectivos bilingües crecen de manera consecuyente.
- La oferta de enseñanza bilingüe en inmersión o a paridad horaria se densifica.
- Ciertos abandonos se producen durante la escolaridad.
- La extensión significativa pero compleja de las disciplinas no-lingüísticas en el colegio.
- La experimentación pedagógica de clases que practican la inmersión en la enseñanza pública y la privada confesional.
- La escasez de recursos humanos que representa la principal limitación para la consolidación de la oferta bilingüe (Commission Interministérielle, 2016: 47-61).

En segundo lugar, «unos medios importantes [están comprometidos] para apoyar la política lingüística de transmisión de la lengua vasca a través de la enseñanza» (Commission Interministérielle, 2016: 61).

- Esto significa, por una parte, que las tasas de encuadramiento son bastante favorables en el primer grado. De hecho, «en el curso 2015, 337 plazas [a jornada completa] concurren a la enseñanza bilingüe o por inmersión en *euskera* en el primer grado, contra 259 en 2007, lo que corresponde a un aumento medio de 10 plazas [cada] año. Para el único periodo 2010-2015, el número de plazas ha aumentado del 18%» (Commission Interministérielle, 2016: 61). Por lo cual, «las tasas de encuadramiento, en número medio de alumnos por clase, son [un tanto] favorables» (Commission Interministérielle, 2016: 62).

— Esto implica, por otra parte, que las condiciones de enseñanza en el segundo grado son relativamente buenas. De hecho, «los grupos bilingües en [el] colegio, para la enseñanza de la lengua vasca y de las disciplinas no lingüísticas, tienen unos efectivos medios del orden de 17,5 alumnos. La media es más elevada en la red Seaska (22,7 alumnos por clase), como consecuencia de que todos los alumnos siguen la misma enseñanza. Es de 15,4 [alumnos] en la red privada confesional y de 16,3 [alumnos] en la pública» (Commission Interministérielle, 2016: 62).

En tercer lugar, los actores están reunidos en torno al objetivo de transmisión del *euskera* a través de la enseñanza (Commission Interministérielle, 2016: 63). «Hay unanimidad, que sea desde el punto de vista de los electos, de los padres, de los actores asociativos, de los profesores, de las autoridades académicas y, más generalmente, del conjunto de las instituciones públicas», en cuanto a su apego a la lengua vasca y a la necesidad de revitalizarla por medio de la escuela (Commission Interministérielle, 2016: 63). Y, a fin de mantenerla e incluso de reforzarla, «la sensibilización de las familias a las trayectorias bilingües es un reto fundamental» (Commission Interministérielle, 2016: 63). En ese contexto, la OPLV, como Agrupación, «tiene toda su pertinencia para una puesta en común de los objetivos y de los medios de acción» (Commission Interministérielle, 2016: 63).

En cuarto lugar, el enfoque cualitativo elegido muestra un cierto dinamismo. De hecho, «el seguimiento del Proyecto de Política Lingüística y de la programación plurianual de la oferta docente, realizado a lo largo del periodo 2010-2016 por la Oficina, (...) ha permitido [realizar] unos ajustes regulares, propicios al desarrollo y a la estructuración de la oferta docente de y en lengua vasca» (Commission Interministérielle, 2016: 64). Más aún, la OPLV se ha comprometido en una orientación más cualitativa. «Un documento marco para la organización de las enseñanzas en los centros bilingües del primer grado ha sido redactado y difundido por la inspección de la enseñanza primaria a fin de dar unos puntos de referencia pedagógicos de cara a mejorar la calidad de la enseñanza» (Commission Interministérielle, 2016: 64).

A ese propósito, varias observaciones se imponen:

- La nueva organización del tiempo escolar en el primer grado público representa una oportunidad.
- La puesta en marcha de procedimientos de evaluación y de certificación constituye un avance.
- Los recursos pedagógicos y didácticos deben ser adecuados a los nuevos retos.

- Conviene pasar de un desarrollo voluntarista de la oferta de enseñanza a un pilotaje por resultados.
- Es necesario reforzar la evaluación de las enseñanzas (Commission Interministérielle, 2016: 64-72).

5. Una consolidación de la práctica del *euskera*

En materia de práctica del *euskera*, los autores del informe de mayo de 2010 son conscientes del hecho de que, para invertir todos los ámbitos de la vida social, la OPLV «se enfrenta a la complejidad de la sociedad y a la multiplicidad de los actores» (Commission Interministérielle, 2010: 47). Más precisamente, subrayan tres aspectos esenciales.

Por una parte, «no pudiendo invertir la totalidad de los ámbitos, la Oficina es llevada a privilegiar los proyectos para los cuales su intervención puede ser (...) determinante a [corto plazo]» (Commission Interministérielle, 2010: 47). Ciertos ámbitos, tales como la pequeña infancia, el aprendizaje para adultos y la edición son objeto «de una política y de un inicio de política estructurada, con una animación y unos medios» (Commission Interministérielle, 2010: 47). Otros ámbitos, entre los cuales se hallan los medios de comunicación, la toponimia, la investigación o la vida social han conocido un cierto número de operaciones llevadas a cabo por la Oficina Pública, sin por ello inscribirse en una política estructurada. Por último, la transmisión familiar y el ocio no han sido realmente invertidos (Commission Interministérielle, 2010: 47). El carácter contrastado de estas intervenciones resulta, en parte, de «la heterogeneidad de los ámbitos en cuestión» (Commission Interministérielle, 2010: 48).

Por otra parte, «la acción de la Oficina puede enfrentarse a los límites impuestos por las reglas, las prácticas y los criterios de ciertos organismos insuficientemente sensibilizados a los retos locales de su actividad» (Commission Interministérielle, 2010: 49). Dos ámbitos ilustran estas dificultades: «el lugar muy insuficiente de la lengua vasca en el [sector] audiovisual público» y «la ausencia de recurso a las financiaciones de derecho común para la formación de los [agentes] territoriales» (Commission Interministérielle, 2010: 49-50).

Por último, «con los técnicos de la lengua [vasca], la Oficina [Pública] ha puesto en marcha un dispositivo prometedor con los municipios y las mancomunidades» (Commission Interministérielle, 2010: 51). En efecto, la OPLV ha propuesto a estas colectividades locales «ayudarles a promover el uso del *euskera* al lado del francés en la vida municipal (...) y a relevar o iniciar en su territorio unas acciones de promoción de la lengua vasca que se inscriben en el Proyecto de Política Lingüística» (Commission Interministérielle, 2010: 51). Con ese fin, la Oficina «subvenciona [al 50%]

la contratación de un agente encargado, a la vez, de asegurar los trabajos de traducción solicitados por las colectividades de su sector y de relevar [*in situ*] la misión de [la OPLV] sobre la base de un programa de actividades en dirección de los actores locales» (Commission Interministérielle, 2010: 51). Desde su puesta en marcha en 2006, «seis convenios han sido firmados, permitiendo al dispositivo cubrir la mayoría del territorio del País Vasco [norte]» (Commission Interministérielle, 2010: 51).

El informe de evaluación de agosto de 2016 se extiende en mayor medida sobre esta cuestión, distinguiendo seis dimensiones clave:

- En primer lugar, los ponentes constatan «unos avances desiguales para completar y prolongar el aprendizaje escolar» (Commission Interministérielle, 2016: 75-78). Así, si un dispositivo innovador ha sido puesto en marcha para las guarderías, cuya perpetuación depende de una validación del Estado, «unos avances [han sido] retrasados [en las actividades de] ocio sin alojamiento», sin omitir que hay «oportunidades a aprovechar y convergencias a realizar para prolongar el tiempo de aprendizaje escolar» (Commission Interministérielle, 2016: 16).
- En segundo lugar, «la búsqueda de palancas para dinamizar el uso en la vida social» pasa por «una licitación para los actores privados que cubran diferentes aspectos de la vida social a diversos grados de voluntarismo» y «la diversificación de las colaboraciones en curso de los últimos años» (Commission Interministérielle, 2016: 81-83).
- En tercer lugar, «unas articulaciones [deben ser optimizadas] en el ámbito de la cultura» (Commission Interministérielle, 2016: 84).
- En cuarto lugar, existe «un retraso persistente [en] el [sector] audiovisual público [en comparación con] la generalización de la difusión de la televisión en la Comunidad Autónoma [Vasca]» (Commission Interministérielle, 2016: 85).
- En quinto lugar, «la profesionalización de los medios de comunicación privados [debe ser prolongada] por un apoyo más marcado a la innovación digital» (Commission Interministérielle, 2016: 86).
- En sexto lugar, «el éxito de la estructuración territorial [vasca] gracias a las colaboraciones con las colectividades [territoriales]» (Commission Interministérielle, 2016: 88).

6. Una mejora de los recursos en lengua vasca

Los ponentes del verano de 2016 subrayan la importancia del aprendizaje para adultos, «a fin de estimular el uso privado y profesional», y

la calidad de la lengua vasca, que debe ser «enseñada, practicada, difundida» (Commission Interministérielle, 2016: 90). Por una parte, «nuevas etapas han sido [superadas] desde 2010, tanto en la puesta a punto de instrumentos como en su puesta en marcha efectiva a través de la multiplicación de las traducciones propuestas al público en [la práctica]» (Commission Interministérielle, 2016: 90). En esta materia, la OPLV juega «un rol de pivote en un dispositivo de certificación consolidado y reconocido» (Commission Interministérielle, 2016: 90). Por otra parte, la formación de los adultos es esencial «para responder a las necesidades tanto de la enseñanza como de todas las actividades para las cuales la Oficina apoya el desarrollo de una oferta en *euskera*, desde la pequeña infancia hasta los servicios públicos o los medios [de comunicación]» (Commission Interministérielle, 2016: 90).

Por lo cual, cuatro dimensiones deben ser subrayadas:

- La existencia de «recursos lingüísticos al servicio de acciones de traducción desmultiplicados» (Commission Interministérielle, 2016: 90).
- El rol pivote desempeñado por la OPLV en el «dispositivo de certificación consolidado y reconocido» (Commission Interministérielle, 2016: 91).
- La constitución de un «operador central para el aprendizaje de iniciativa personal, convertido en un actor fundamental de la oferta de formación profesional» (Commission Interministérielle, 2016: 91).
- La persistencia de «necesidades múltiples de formación a financiar» (Commission Interministérielle, 2016: 93), todo ello, a pesar del «esfuerzo voluntarista de la Oficina para completar o compensar las financiaciones de derecho común» y la puesta en marcha de una colaboración con el Centro Nacional de la Función Pública Territorial «que debe ser confortada» (Commission Interministérielle, 2016: 93-95).

VI. Conclusión

Este artículo se ha esforzado en presentar la nueva política lingüística de revitalización de la lengua vasca elaborada y posteriormente implementada por la Oficina Pública de la Lengua Vasca a partir de diciembre de 2004, fecha de su creación. Esta nueva etapa, que obedece a unos principios fundamentales (motivación, conocimiento y uso) y tiene en cuenta la evolución de la situación sociolingüística, desea transmitir el *euskera*, permitir vivir en esta lengua y reforzar la lengua de Etxepare. Esta política lingüística, que ha dado lugar a dos evaluaciones efectuadas por sendas comisiones interministeriales en 2010 y 2016, empieza a dar sus frutos, de lo que da cuenta la última encuesta sociolingüística realizada en 2016.

De hecho, en materia de competencia lingüística, aparece que el 20,5% de los habitantes de ese territorio de más de 16 años son vascoparlantes activos y que el 9,3% son vascoparlantes pasivos (OPLB, Gouvernement Basque et Gouvernement de Navarre, 2017: 3). Si en dos décadas, el porcentaje de locutores vascoparlantes ha bajado de 5,9 puntos, ese retroceso es únicamente del 0,9% durante los últimos cinco años, de manera que nos aproximemos a una estabilización del número de vascoparlantes (OPLB, Gouvernement Basque et Gouvernement de Navarre, 2017: 4). En cuanto a la transmisión familiar, el 21,7% de las personas interrogadas tienen el *euskera* como primera lengua (OPLB, Gouvernement Basque et Gouvernement de Navarre, 2017: 10). En este caso también, si la parte de aquellos que han recibido únicamente el *euskera* en el seno del hogar ha bajado de 10 puntos en dos décadas, las personas que han recibido el *euskera* y el francés no ha declinado (OPLB, Gouvernement Basque et Gouvernement de Navarre, 2017: 12). En lo que alude a la práctica, el 18,3% de los locutores de más de 16 años utilizan el *euskera* en cierta medida (OPLB, Gouvernement Basque et Gouvernement de Navarre, 2017: 20). De manera análoga, si el porcentaje de aquellos que utilizan la lengua vasca ha bajado de 5 puntos a lo largo de los últimos veinte años, este retroceso tiende a atenuarse.

En cualquier caso, si debe superar una serie de obstáculos, esta política puede sacar provecho de oportunidades para afrontar unos desafíos mayores, tales como la definición de un nuevo Proyecto de Política Lingüística, la mejora de la organización de la OPLV, la reactivación de su Comité Consultivo, el incremento del número de profesionales bilingües o, en el ámbito estratégico de la enseñanza, la confección de un nuevo marco jurídico y reglamentario para las escuelas asociativas laicas en lengua vasca, la generalización de las clases en inmersión en las enseñanzas pública y privada, o la garantía de la continuidad de los currículos escolares en *euskera*.

No en vano, para dar un nuevo impulso a la política lingüística, es necesario superar una serie de límites vinculados al marco jurídico actual, a la implementación de esta política por la OPLV o a las restricciones presupuestarias que no permiten «generalizar a todo el territorio la puesta en marcha de las políticas llevadas a cabo en los diferentes ámbitos e invertir nuevos campos de acción» (CDPB, 2014: 57). A la espera de una evolución legislativa y reglamentaria, el Consejo de Desarrollo del País Vasco sugiere «hacer del País Vasco [norte] un territorio experimental de revitalización lingüística que permita, en el marco de un régimen específico y audaz, la puesta en marcha del conjunto de las orientaciones de la política lingüística» (CDPB, 2014: 57).

Preconiza adoptar las siguientes medidas:

- «establecer un pacto político (...) para un compromiso de todas las colectividades en el despliegue territorial de la política lingüística, en el marco de una intervención estructurada acordada con la OPLV»;
- «acordar con la Educación Nacional una política voluntarista de desarrollo de la oferta y la concretización de las orientaciones fijadas en materia de estructuración cualitativa de las enseñanzas y la movilización del recurso docente necesario»;
- más allá, recomienda «la escolarización de los menores de tres años, la generalización de la inmersión en la enseñanza pública, el alcance rápido de la paridad horaria en secundaria, la toma en [consideración] de las especificidades de las *ikastolas* [o] la creación de una Inspección Académica en el País Vasco [norte]»;
- negociar con el Estado galo «un compromiso sobre el uso de la lengua vasca en el espacio público, permitiendo y facilitando el uso del *euskera* en los servicios locales del Estado, sobre la base del voluntariado de los agentes y de los usuarios, y la puesta en marcha de una oferta consecuente en lengua vasca en la parrilla de los programas de France 3 y, más ampliamente, en los medios [de comunicación] y la vida social»;
- «emprender una acción resolutoria, con el apoyo del Estado, para obtener la ampliación del perímetro del dispositivo de certificación de las guarderías al conjunto del País Vasco [norte], así como para obtener un compromiso del [Centro Nacional de la Función Pública Territorial] que permita responder al conjunto de las necesidades de formación profesional de los agentes públicos territoriales»;
- y, por último, aumentar el presupuesto de la OPLV «para permitirle potenciarse en la construcción y el despliegue de la política lingüística, para respetar el pacto fundador de igualdad de contribución entre el Estado, la Región y el Departamento, y para mejorar el apoyo a la actividad de los operarios de la acción lingüística, eslabones ineludibles de la política lingüística» (CDPB, 2014: 57-58).

Solamente una política lingüística de ese tipo permitirá una revitalización de la lengua vasca y garantizará su supervivencia.

VII. Bibliografía

- BATERA (2016): *Présentation*.
<http://www.batera.info/presentation/>
- CALVET, L.-J. (2017): *Les langues: quel avenir? Les effets linguistiques de la mondialisation*. París: Editions CNRS.
- CLUB DE PROSPECTIVE PAYS BASQUE 2010 (1994): *Le Pays Basque en perspective*, junio de 1994, Bayonne.

- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (1996): *Schéma d'Aménagement et de Développement du Pays Basque*, octubre de 1996, Bayonne.
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2014): *Contribution au Contrat Pays Basque 2014-2020*, 11 de junio de 2014, Bayonne.
- CONVENTION SPECIFIQUE PAYS BASQUE 2001-2006 (2000). Diciembre de 2000, Bayonne.
- COMMISSION INTERMINISTERIELLE (2010): *Rapport d'évaluation de l'Office Public de la Langue Basque*, mayo de 2010.
<http://aquitaine.culture.gouv.fr/dossiers-thematiques/langues-patrimoine-immateriel/basque/47eb91de9ecb2ec46b3ae2b58ff47cb/notices/b0d4aeb3386f482668660993250bffe8/>
- COMMISSION INTERMINISTERIELLE (2016): *Rapport d'évaluation de l'Office Public de la Langue Basque*, agosto de 2016.
http://cache.media.education.gouv.fr/file/2016/26/3/2016-034-RAPPORT_OPLB_definitif_310816_640263.pdf
- FISHMAN, J. (1991): *Reversing Language Shift: Theory and Practice of Assistance to Threatened Languages*. Clevedon: Multilingual Matters.
- GOBIERNO VASCO, GOBIERNO DE NAVARRA e INSTITUT CULTUREL BASQUE (1997): *Enquête sociolinguistique au Pays Basque 1996. Continuité de la langue basque II*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- INSTITUT CULTURE BASQUE (2017): *Sondage sur l'apprentissage de l'euskara (2001)*.
https://www.eke.eus/fr/culture-basque/euskara-la-langue-des-basques/enseignement/haurrentzako_erakaskuntza/csa_inkesta
- LEGIFRANCE (2017): *Loi n.º 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n.º 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*.
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000760911>
- MEDIABASK (2017): « Beñat Arrabit élu président de l'Office public de la langue basque », *Mediabask*, 11 de julio de 2017.
- MINISTERE DE LA CULTURE (2017): *La délégation générale à la langue française et aux langues de France. Qui sommes-nous?*
<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Langue-francaise-et-langues-de-France/La-DGLFLF/Qui-sommes-nous>
- OPLB (2006): *Projet de Politique Linguistique*.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/Documents_OPLB/Hizkuntza_Politika_Proiektua/2006_eep_oplb_hizkuntza_politika_proiektua.pdf
- OPLB (2011): *Renouvellement de la Convention Constitutive du Groupement d'Intérêt Public Culturel « Office Public de la Langue Basque »*, abril de 2011.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/Renouvellement_convention_constitutive_OPLB_signée_20110404.pdf

- OPLB (2014): *Convention Constitutive du Groupement d'Intérêt Public Culturel « Office Public de Politique Linguistique Euskara »*.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/Conv_Constitutive_modifiee_20140320_signee.pdf
- OPLB (2015): *Convention Constitutive Modifiée du Groupement d'Intérêt Public Culturel « Office Public de la Langue Basque »*, febrero de 2015.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/Aktualitateak/Convention_constitutive_modifiee_fevrier_2015.pdf
- OPLB (2017a): *Missions de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/missions.html>
- OPLB (2017b): *Budget de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/budget.html>
- OPLB (2017c): *Comité Consultatif de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/comite-consultatif.html>
- OPLB (2017d): *Projet de politique linguistique*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/politique-linguistique.html>
- OPLB (2017e): *Développement de l'enseignement en langue basque*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/activites-et-dispositifs-permanents/developpement-de-lenseignement-en-langue-basque.html>
- OPLB (2017f): *Soutien aux opérateurs linguistiques privés*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/activites-et-dispositifs-permanents/soutien-aux-operateurs-linguistiques-privés.html>
- OPLB (2017g): *En partenariat avec d'autres institutions*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/activites-et-dispositifs-permanents/en-parteneriat-avec-dautres-institutions.html>
- OPLB (2017i): *Statut juridique de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/statut-juridique.html>
- OPLB (2017j): *Convention Constitutive Modifiée du Groupement d'Intérêt Public Culturel Office Public de la Langue Basque*.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/Documents_OPLB/Fichiers_a_telecharger/Conv__const._2017_signee.pdf
- OPLB (2017k): *Composition de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/composition.html>
- OPLB (2017l): *Budget*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/oplb/budget.html>
- OPLB (2017m): *Comité Consultatif de l'OPLB. Composition actualisée*.
http://www.mintzaira.fr/fileadmin/documents/presentation_comite-consultatif/A_Batz_Zerrenda_eguneratua.pdf
- OPLB (2017n): *Modalités de fonctionnement du Comité Consultatif*.
http://ns352889.ovh.net/~oplb/fileadmin/documents/presentation_comite-consultatif/2H_fonctionnement_decision_CA_20080710.pdf
- OPLB (2017o): *Projet de politique linguistique*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/politique-linguistique.html>
- OPLB (2017p): *Activités et dispositifs permanents de l'OPLB*.
<http://www.mintzaira.fr/fr/activites-et-dispositifs-permanents.html>

- OFFICE PUBLIC DE LA LANGUE BASQUE, GOUVERNEMENT BASQUE ET GOUVERNEMENT DE NAVARRE (2017a): *V¹ème Enquête Sociolinguistique. Pays Basque Nord 2016*. 5 de julio de 2017, Bayonne.
- ORONOS, M. (2002): *Le mouvement culturel basque 1951-2001*. Saint Sébastien: Elkar.
- SANCHEZ CARRION, J-M. (1987): *Un futuro para nuestro pasado*. San Sebastián: Diputación de Gipuzkoa.
- URTEAGA, E. (2004): *La politique linguistique au Pays Basque*. París: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. (2017): *La Communauté Pays Basque: l'institutionnalisation du territoire*. París: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. y AHEDO, I. (2004): *La nouvelle gouvernance en Pays Basque*. París: L'Harmattan.

Bibliografía

BOLAÑO PIÑEIRO, María del Carmen: *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. HAEE/IVAP, Oñati, 2018, 344 págs.

María del Carmen Bolaño Piñeiro, tras defender en 2014 su Tesis Doctoral sobre *Régimen Jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, acaba de publicar esta interesante monografía que adapta a la Ley 4/2015, de 25 de junio, para la Prevención y Corrección de la Contaminación del Suelo, lo que sin duda va a ilustrar a todos los especialistas en la materia y va a ayudar a entender el complicado entramado legislativo sobre el tema. Por tanto, es de justicia dar cuenta aquí de la misma.

La autora, a pesar de su juventud, tiene una obra importante, de la que podemos destacar sus artículos en revistas especializadas (22) así como sus colaboraciones en obras colectivas (2) referidas a la política medioambiental, a los suelos contaminados y al régimen sancionador, crónicas legislativas y jurisprudenciales (12), colaboración en libros (8), Contribuciones a Congresos Internacionales (6), organización de Congresos y Estancias en el extranjero.

En esta ocasión, la autora nos presenta una panorámica completa y clara de la regulación actual en la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante CAPV) en relación a los suelos contaminados, cuestión compleja dado el entramado de dispo-

siciones existentes que en algunos aspectos son contradictorias, lo que provoca situaciones de inseguridad jurídica complicadas de gestionar a la hora de tramitar los procedimientos de calidad de suelo y contaminación ambiental.

La metodología utilizada resulta un acierto pues, a pesar de tratarse de una materia densa y compleja, consigue favorecer la comprensión, y mantiene una simetría de análisis en los apartados que ayuda a la lectura.

Comienza la monografía con una introducción en la que explicita el objetivo de la monografía, cual es abordar los aspectos centrales de la actual regulación de los suelos contaminados en la CAPV y el contenido de cada uno de los seis apartados principales en los que divide la obra referidos a lo que se entiende como las claves del régimen jurídico de los suelos contaminados, para terminar con el último apartado dedicado a las conclusiones del estudio.

En el apartado I la autora aborda los conceptos básicos necesarios para contextualizar este trabajo, siendo estos los de «suelo», «calidad del suelo» y «degradación del suelo». Afirmar, con acierto, que el concepto de calidad de suelo es muy amplio y no se encuentra protegido de una forma integral. Señala la dificultad manifestada por la doctrina de formular una definición de «suelo» que sea universal para todas las disciplinas y aplicable, lo que es muy importante bajo el punto de vista ju-

rídico ya que ello determina el ámbito protegido para su regulación. Recoge la definición de la edafología que se refiere a la capa superior de la corteza terrestre formada a lo largo de miles de años a partir de partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos. Destaca que, si esta definición prosperase, las capas inferiores de la corteza terrestre no estarían protegidas.

Prosigue con la definición de «calidad de suelo», cuya recuperación es posible, con gran coste económico, por ello, aboga por la implicación de las instituciones públicas en orden a poner en marcha políticas activas y eficientes que prevengan la degradación de los suelos sanos y recuperados.

En cuanto a la degradación del suelo, destaca el abanico de fenómenos que lo dañan, señalando que es uno de los recursos naturales que más tipos de degradación sufre. Analiza la frustrada Propuesta Europea para la protección del suelo y manifiesta que su aprobación hubiera supuesto un cierto avance en la protección del suelo en el Estado español y en la CAPV.

A continuación, en el apartado II analiza la regulación de la contaminación del suelo en el Derecho Internacional y en la Unión Europea. Tras un amplio análisis de los orígenes del Derecho Internacional Ambiental, no podemos detallarlo todo, destaca en primer lugar la Carta Europea del Suelo que aunque no tiene carácter de tratado internacional, se configura como una declaración ju-

rídica de naturaleza recomendatoria, que desafortunadamente se ha quedado en una declaración de intenciones ya que el Consejo de Europa no ha desarrollado las medidas que se previeron para alcanzar sus objetivos, a pesar de la importancia del bien ambiental, equiparable al agua o la atmósfera. Sin embargo, las instituciones europeas no han conseguido llegar al consenso necesario para la aprobación de la normativa específica. Aboga la autora porque la Comisión debería aprovechar la retirada de la propuesta para llevar a cabo una redacción mejorada de forma que no se deje en el olvido un problema de tal dimensión.

En segundo lugar, menciona la Convención relativa a los Humedales de importancia internacional, especialmente como el Hábitat de Aves Acuáticas de Ramsar. En tercer lugar, menciona la Convención de las Naciones Unidas para la lucha contra la desertificación, centrada en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África celebrada en 1994 en París. En este punto se afirma que ni la normativa en el Estado Español, ni la normativa de calidad del suelo en la CAPV están dirigidas a la desertificación del suelo, alcanzando únicamente la degradación del suelo originado por la contaminación química producida por el ser humano. Finalmente señala la Convención Alpina, celebrada en 1989, en la que a través de un protocolo se establece que se deberá elaborar e implementar el tratamiento y disposición de los residuos.

En relación con el Derecho de la Unión Europea, se mencionan las Directivas más importantes en la materia, siendo estas la de Residuos y la de Emisiones Industriales. Destaca la necesidad de establecer una regulación adecuada y específica de la protección ambiental del suelo en la Unión Europea, que la falta del consenso necesario ha impedido su aprobación. Como ya se ha mencionado, lamenta la retirada de la Propuesta de Directiva para la protección del suelo ya que contemplaba una protección más amplia que las normativas estatal y autonómica vasca e invita a no dejarla en el olvido dada la transcendencia que ello supone.

El grueso del trabajo se encuentra en el apartado III, dedicado al régimen jurídico de los suelos contaminados en el Estado y en la CAPV. En él se analizan las categorías jurídicas que deben tenerse en cuenta y relacionarse para comprender el régimen jurídico de los suelos contaminados en la CAPV. Estas categorías son las investigaciones e informes de calidad de suelo, los niveles genéricos de referencia y/o los valores indicativos de evaluación, las actividades e instalaciones potencialmente contaminantes del suelo, el análisis o evaluación de riesgos y, el concepto de riesgo inaceptable para la salud de las personas y del medio ambiente.

Destaca que la principal novedad de la Ley 4/2015 es la inclusión del resto de elementos naturales en las investigaciones de calidad del suelo y analiza los problemas deriva-

dos de la conjunción de las normativas estatal y autonómica de suelos contaminados porque la normativa autonómica es más protectora. Señala que se establece la periodicidad del informe preliminar de situación que deberá llevarse a cabo cada dos años, pero no se especifica el *dies a quo*, con lo que esta previsión ha desaparecido.

El siguiente objeto de análisis lo constituye la previsión de la Ley 4/2015 sobre los procedimientos de declaración de calidad de suelo, que la autora considera demasiado ambiciosa y destaca la importancia que en estos procedimientos adquiere la consulta previa por el alto contenido técnico que debe contener. También es de reseñar los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que recoge el procedimiento de declaración de calidad del suelo, incluso las referencias a las personas obligadas a dar inicio al procedimiento de declaración son poco claras, cuando este procedimiento se considera la llave para la remediación de los suelos que, en su caso, deban ser declarados contaminados por lo que a juicio de la autora no se entiende que no se haya establecido un mandato más claro a la administración en relación con su deber de iniciar de oficio el procedimiento y que también desoye los derechos de participación ciudadana en la materia medioambiental.

Finaliza este apartado con el análisis de la restauración de los suelos contaminados que considera una necesidad y en el caso de suelo contaminado puede ser una obligación

exigible jurídicamente con el fin último de evitar el riesgo que, en su caso, se cree para la salud de las personas y/o el medio ambiente. Afirma, con acierto, que la normativa que regula la responsabilidad de descontaminar los suelos debe ser clara y establecer los mecanismos necesarios para que se realice su restauración, ya que la normativa estatal aboga por un sistema de responsabilidad objetiva mientras que la normativa vasca establece un sistema de responsabilidad subjetiva. Ante ello, la autora apela al legislador vasco a fin de adaptar la normativa vasca de suelos contaminados a la normativa básica estatal evitando su contradicción, y haciéndola más protectora.

Asimismo, se pone de manifiesto la necesidad de una regulación unificada, ya que, al encontrarse en diversas normas, se crea la confusión e inseguridad jurídica sobre cuál es la normativa aplicable en cada caso. En cuanto a la responsabilidad de propietarios y poseedores, se cuestiona si el título de propiedad o posesión es suficiente para responder de la contaminación, lo que plantea críticas desde el punto de vista de la teoría jurídica que esgrimen razones de la función social de la propiedad, la no existencia de un derecho a contaminar, el deber de cuidado del propietario o poseedor o la contaminación del subsuelo.

En relación con el subsuelo, que la autora afirma ser parte no susceptible de apropiación, consideración que no comparto y entiendo puede ser matizable y discutible,

los propietarios o poseedores deberían responder de la contaminación producida por su propiedad a ese bien fuera del comercio. Por otra parte, la normativa tampoco resuelve temas como la problemática que suscita el cambio de titularidad del suelo, los límites del coste de la descontaminación, que puede ser más costoso que el valor del suelo. Por último, considera la autora que es la Administración Pública la que debe velar por el cumplimiento efectivo de la normativa de responsabilidad ambiental, sobre todo en los casos en los que el responsable, por diversas, razones no pueda satisfacer su deber. En todo caso parece claro que el que ha sacado un rendimiento económico al bien ambiental y si, de su actividad o de su pasividad se ha derivado un daño al bien común, deberá responder por ello.

El apartado IV se dedica al planteamiento de uno de los puntos más controvertidos de estas normas, cual es la aplicación retroactiva de las Leyes 22/2011 y 4/2015, en referencia a la obligación de recuperar los suelos declarados contaminados o alterados en la CAPV.

La aplicación retroactiva no es un tema sencillo que obliga a analizar caso por caso. La autora afirma que, en materia medioambiental, al tener un marcado interés general, como regla general, éste debe primar sobre el interés particular, aunque este principio pueda modularse en aplicación de otros principios generales de derecho, como el de proporcionalidad.

Se destaca que la ausencia de regulación específica de la contaminación del suelo no debe significar la imposibilidad de poder requerir la restauración del suelo al causante de la contaminación una vez que tras la evaluación de la calidad ambiental declare un suelo contaminado, ya que en el ordenamiento jurídico no existe un derecho a contaminar. Además, la contaminación del suelo va más allá, ya que produce la degradación de otros bienes medioambientales, como el subsuelo, la atmósfera o las aguas subterráneas. Por tanto, los causantes de la contaminación también han dañado estos bienes de forma gratuita.

El problema se plantea al analizar la aplicación retroactiva de la obligación subsidiaria de propietarios y poseedores de restaurar los suelos declarados contaminados, cuestión que, a juicio de la autora, puede plantear importantes críticas desde el punto de vista de la teoría jurídica.

Reconoce que queda sin resolver jurídicamente, la obligación de restaurar un suelo de una contaminación que fue llevada a cabo por otro causante en un período en el que no existía dicha obligación y quien debe costear las labores de recuperación. Aboga porque la función social de la propiedad y el principio de proporcionalidad ejerzan su ponderación y el peso del interés general sobre el interés particular ejerza su función.

En el apartado V, se abordan los registros e inventarios en la normativa de suelos contaminados. En este sentido, la normativa exige a la Ad-

ministración Pública tomar medidas activas para acercar la información ambiental a las personas. Los registros públicos se consideran una pieza clave para fomentar la participación en materia medioambiental. Pero es importante que cuenten con una información ordenada y clara, por ello la autora considera que no es conveniente crear dentro de la CAPV numerosos registros para el mismo objetivo porque ello puede crear confusión. Propone que el Registro Administrativo de Calidad de suelo sea un modelo para contar con toda la información sobre la calidad ambiental de los emplazamientos. También destaca el importante papel que en materia de protección medio ambiental ejerce el Registro de la Propiedad que recoge las cargas medioambientales que en anotación marginal se inscriben, por imperativo legal, lo que favorece el conocimiento de la existencia de cargas y avisa de la posible existencia de una responsabilidad subsidiaria del propietario o poseedor de descontaminar el emplazamiento y el deslinde de responsabilidades.

En el último apartado, la autora se refiere al régimen sancionador en materia de suelos contaminados en la CAPV, régimen sancionador como garantía del cumplimiento de la política de suelos contaminados. La política represiva de la administración ha sido el instrumento para asegurar el cumplimiento de las normas.

Se recuerda que el suelo es un bien natural de valor incalculable, hasta el punto de que de su calidad depende, en gran medida, la salud

de las personas y del ecosistema en general. Ello justifica la existencia en la normativa de un régimen sancionador eficaz que evite que los obligados a la restauración del suelo eludan su obligación y responsabilidad. En la CAPV el régimen sancionador de los suelos contaminados se determina en la Ley 22/2011 y Ley 4/2015, debiendo seguirse el procedimiento sancionador previsto en la Ley 2/1998. Al tratarse de diversos textos normativos deben evitarse posibles descoordinaciones en su aplicación, de forma que no se produzcan dobles imposiciones por hechos idénticos.

El siguiente objeto de análisis lo constituyen los bienes de dominio público o demaniales ya que, a diferencia de lo que algunos autores entienden, en el sentido de atribuir la competencia al Estado de esos bienes, con independencia de su ubicación o localización, la autora considera que la declaración de demanialidad no puede alterar las reglas de distribución de competencias, de manera que si se infringe la normativa de suelos contaminados en un emplazamiento dentro de la CAPV, será la Administración Vasca la obligada a sancionar al infractor con independencia de que el suelo tenga la consideración de dominio público. Como acertadamente afirma la autora, entender lo contrario sería otorgar a la declaración de bien dominio público la capacidad de ejercer de norma de distribución de competencias, cuando ésta solo puede ser alterada por la CE y los Estatutos de Autonomía, como así lo han entendido también los Tribunales.

Por último, respecto al sistema de peligro abstracto o concreto de algunas infracciones que prevé la Ley 22/2011, y ante el dilema que se puede plantear en asuntos concretos, la autora se decanta por aplicar la norma más protectora, al considerar que el peligro abstracto es más protector del medio ambiente que el peligro concreto.

Finaliza esta monografía con una recapitulación de los puntos más importantes del trabajo desarrollado, resumiendo pormenorizadamente los temas relacionados a lo largo de los seis apartados ampliamente desarrollados e insistiendo en la importancia de definir el concepto científico de «suelo», tarea que excede al ámbito jurídico pero que es determinante para asignar su nivel de protección. Destaca la falta de una normativa específica sobre protección de suelo en la Unión Europea. Insiste en la importancia de la prueba en el procedimiento de declaración de calidad de suelo para verificar si existe riesgo inaceptable. Afirma que hay exenciones en la normativa vasca que pueden llegar a suponer un régimen menos protector del medio ambiente, que es algo para lo que las Comunidades Autónomas no están facultadas. Entiende vital la importancia de la previsión en la elaboración de inventarios y registros públicos incluido el Registro de la Propiedad para proveer de información ambiental de interés general a la ciudadanía. Por último, resalta la vulneración del principio de tipicidad tanto por la Ley 22/2011 como por la Ley 4/2015, ya que prevén in-

fracciones ambiguas que no cumplen con las exigencias de claridad que la jurisprudencia y la doctrina constitucional han establecido para cumplir con el principio de seguridad jurídica.

En definitiva, estamos ante una obra de referencia en el Derecho Ambiental y por la completa perspectiva actual del conjunto europeo que aborda con precisión y profundidad una temática jurídica administrativa de máxima actualidad. Un libro que resulta realmente valioso para el análisis y la práctica de los procedimientos de suelos contaminados

MARÍA BEGOÑA CRESPO HIDALGO

begotxucrespo@gmail.com

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.13>

GIMENO FELIÚ, José María (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra).

El profesor GIMENO FELIÚ, a la sazón y como es de todos sabido, uno de los mayores expertos en materia de contratación pública en nuestro país, recoge en esta nueva obra (388 pp.) una aproximación lúcida y, a la par, más que interesante sobre el nuevo modelo de contratación pública que pretende nacer de

las Directivas Europeas de Contratación del año 2014 y de su norma de trasposición al ordenamiento español: la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP).

La obra, dividida en tres capítulos (uno de ellos, introductorio), hace un repaso de la motivación de la reforma europea, el proceso de trasposición al ordenamiento interno y, finalmente, de las novedades introducidas por la LCSP que, como recuerda el autor, deben responder a una «visión estratégica (e integral) de la contratación pública asentada en la idea del derecho a la buena administración» (pág. 17). Frente a aquellas personas que opinan que la nueva LCSP no deja de responder más que a la misma realidad, pero vestida con distintos ropajes, una lectura sosegada de esta monografía permitirá una inmersión en la distinta visión de la contratación que la nueva normativa propugna: la «nueva cultura de la contratación pública». Normativa que adolece de sus defectos, como recuerda el profesor GIMENO FELIÚ en numerosos extremos, pero no por ello menos ambiciosa.

El capítulo introductorio, de gran interés por cuanto repasa las bases y fundamentos de las reformas de origen europeo, recuerda que esta nueva regulación es deudora de las consecuencias de la reciente crisis europea. El objetivo no solo es «hacer más con menos», sino hacer «mejor y más eficiente», con el propósito de conseguir un mayor crecimiento y un mejor aprovechamiento de los recursos públicos.

El eje central de esta obra lo constituye la (cuasi) obsesión por la «estrategia» de la nueva normativa de contratos. Desde esta perspectiva, las políticas públicas de contratos deben responder a una visión panorámica de la sociedad a la que deben servir. El nuevo modelo responde a un apartamiento de la tradicional causa de la contratación, a saber, la provisión de bienes y servicios, para aproximarse a una política de intervención en otros ámbitos sociales: se pretende «orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes» (pág. 33) y, para ello, la contratación pública socialmente responsable será un elemento capital del nuevo sistema. No en vano, como bien sabrá el lector, el Consejo de Ministros aprobó recientemente el *Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable* (BOE del 25 de mayo de 2019).

En otro orden de cosas, una de las máximas preocupaciones de la Unión Europea (UE) en aras de la meritada «eficiencia» es la apelación a la máxima transparencia posible, siempre teniendo en mente la lucha contra la corrupción y la arbitrariedad. Una de las reformas de mayor calado lo constituye la prohibición, conocida ya, del fraccionamiento de contratos con el propósito de evitar la publicidad de las licitaciones. Resulta de interés la identificación de las distintas patologías *corruptas* o disfuncionales en cada uno de las fases de la contratación que realiza el autor siguiendo a las instituciones europeas (págs. 49-56). De hecho, su lectura podría servir casi de catálogo

de prácticas a evitar por parte de los administradores de la cosa pública.

Concluye este capítulo inicial con un recordatorio capital: el régimen jurídico de la nueva contratación pública responde a lo que se conoce como un «Derecho pretoriano», en buena medida ya adelantado por la práctica judicial del Tribunal de Justicia de la UE, por lo que algunas de las novedades objeto ahora de positividad no son más que la legislación de principios ya reconocidos por vía jurisprudencial (típica del Derecho europeo) y que, por la vía interpretativa, estaban ya vigentes en nuestro ordenamiento. Lo que hace, pues, la nueva reglamentación, es dotar de seguridad jurídica, publicidad y sistematicidad a previsiones ya vigentes.

El segundo capítulo comienza con una explicación en detalle toda la tramitación que dio lugar a la aprobación de la vigente legislación. Conviene recordar que el autor es conocedor de primera mano de toda esta vertiente procesal en tanto que formó parte de la comisión de expertos encargados de la elaboración del anteproyecto de Ley que después propuso el Gobierno.

De dicho proceso de elaboración normativa es interesante resaltar una apreciación del Consejo de Estado —de la que se hace eco esta obra— y que es, a todas luces, evidente: a pesar de que los objetivos de la nueva legislación de contratos del sector público pueden responder a una visión innovadora y radicalmente distinta, la complejidad,

dispersión, extensión y dificultad interpretativa de la ley y de numerosos de sus preceptos (empezando por su extenso título) pueden constituir una rémora para su efectiva implementación. De hecho, señala el autor que esta ley «en ciertas ocasiones tiene un marcado carácter reglamentario» (pág. 75). Sin duda, la técnica legislativa y los principios de claridad y sencillez propios de la buena y eficiente regulación han sido pasados por alto por el legislador al aprobar esta (ya no tan) nueva ley.

El principio de integridad y prevención de la corrupción —ejemplos de la cual no es preciso señalar en materia de contratación pública— es otro de los ejes de la reforma, como bien recuerda en numerosas ocasiones esta obra. En esta línea, la supresión de la posibilidad de contar con instrucciones propias de contratación es una de las principales novedades de la Ley, sobre la que se extiende este segundo capítulo. Por otro lado, la consideración de los controles previos en materia contractual como una inversión es otra de las ideas clave que merecen ser resaltadas. Los recursos entendidos no como burocracia sino como controles preventivos deberían ocupar un lugar privilegiado en el (no muy destacado, al menos en España) análisis económico del Derecho. El lector encontrará en esta parte del libro sugerentes ideas no solo de *lege ferenda*, sino también posibilidades analíticas como la que acabo de plantear. También el rol y posición jurídica de los conocidos como «tri-

bunales» de recursos contractuales ocupan las preocupaciones del profesor GIMENO FELIÚ —y, de nuevo, es más que recomendable leer las sugerencias y propuestas de mejora de quien ha sido presidente de uno de tales *tribunales*—.

Concluye este capítulo con un excursus sobre el corazón de la reforma del año 2017: la visión estratégica de la contratación, en relación con la calidad. Los contratos del sector público no pueden ser una excusa, una válvula de escape para que las condiciones ambientales o sociales (por ejemplo, en materia laboral) se vean perjudicadas a costa de una contratación, en apariencia, más «barata». La recurrente idea del *value for money* es capital; o, como dice el adagio popular, «cuando compras barato, compras dos veces». La contratación es (o, al menos, debe entenderse como) un instrumento para la implementación de las políticas públicas (pág. 97). Es obvio que nunca ha sido un fin en sí misma, pero el legislador quiere ahora dotarla de un valor añadido. Se hace, en definitiva, también alusión a las «etiquetas» sociales o ambientales que, a partir de ahora, pueden ser incorporadas a la contratación. No es este lugar para extenderme sobre este asunto pero ello no obsta para que deba llamarse la atención sobre ello: téngase en cuenta que, a pesar de que el cumplimiento y la obtención de dichas certificaciones privadas pueda ser una ventaja (pues se libera a la Administración del control de tales requisitos), hay que advertir de que estamos ante la sustitución de una regulación pú-

blica por una privada, con todas las consecuencias derivadas de ello. De nuevo, se ofrecen en esta obra numerosas posibilidades de estudio por parte de la academia.

El tercer y último capítulo, el más amplio de todos, se dedica a realizar un repaso por «las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público». Esta ley, a pesar de sus innovaciones y de su nueva visión de la contratación, no deja de ser deudora de sus predecesoras. Así, en cuanto al ámbito de aplicación de la misma, pocas serán las novedades, más allá de la clara definición de poder adjudicador, en consonancia con la doctrina consolidada del TJUE, que recuerda el autor con profusión: no importa la forma (pública o privada) del ente en cuestión, sino la actividad que vaya a desarrollar para su inclusión —o no— en el ámbito de aplicación de la LCSP.

También resulta de interés el apartado dedicado a los negocios excluidos, en particular, las distintas formas de cooperación institucional. Aunque la descentralización funcional ha presentado numerosas ventajas a lo largo del tiempo, no es menos cierto que su abuso ha llevado a situaciones anticompetitivas que son inconcebibles e inasumibles para el Derecho europeo. En el libro se encontrará, en consonancia con la Ley, un repaso de los nuevos «encargos a medios propios», con abundante cita jurisprudencial, base de esta nueva regulación. También la cooperación horizontal supone una renovada oportunidad de par-

ticipación de organizaciones no de mercado en la provisión de servicios públicos.

Continúa el estudio con un análisis sobre la nueva tipología contractual. Es de todos sabido que la nueva LCSP suprime el contrato de gestión de servicios públicos y el de colaboración público-privada, creando dos modalidades alternativas: el contrato de obras o el de servicios y sus correspondientes contratos de concesión de obras o concesión de servicios. La nueva visión estratégica de la contratación, que impregna todo el estudio, hace hincapié en la necesidad de no arrastrar viejas dinámicas: el objeto del contrato no tiene por qué determinar, casuísticamente, la opción por una concesión o no. Tampoco una concesión va a ser ideológicamente de un signo político u otro. Las concesiones son políticamente neutras: todo depende del uso que de ellas se haga. Junto a ello, como recalca el profesor, la duración del contrato es un elemento esencial y determinante: frente al plazo fijo y determinado, debe analizarse caso por caso para determinar, económicamente, cuál será el plazo máximo de vigencia de cada negocio jurídico.

El siguiente apartado se refiere a la solvencia y capacidad de los licitadores. Más allá del exhaustivo repaso a los distintos criterios de selección cualitativa y a la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar —que, a pesar de no tener carácter sancionador, debe contar con ciertos criterios y principios

de tal procedimiento al limitar derechos—, es de destacar la mención a las medidas de *compliance* (pág. 197): con la nueva LCSP, si se acredita el pago o el compromiso del pago de multas e indemnizaciones, ya no se puede excluir al licitador por dicho único motivo (art. 72.5 LCSP).

En la línea seguida en toda la obra, merece también un estudio específico la mejora de la transparencia procedimental en materia contractual y los criterios de adjudicación y «su vinculación con la lógica de calidad-precio». Como ya se apuntó, esta transparencia no debe ser entendida como una carga, sino como una inversión en aras a la mejor selección posible. Como ya decía hace tiempo la doctrina, lo ideal en materia de contratación pública sería contratar despacio y ejecutar rápido; así se garantiza la satisfacción del interés público. En este sentido apuntan las ideas que aquí expresa el autor. Así, la nueva contratación pública no puede girar, como la tradicional, de manera exclusiva y central en torno al precio del contrato. Deben ser otros los factores, los *criterios de adjudicación* los que determinen la elección de la oferta (pág. 219); si antes lo determinante era el precio, ahora lo son los costes y la rentabilidad asociados al contrato, lo que incluye también los ya comentados criterios sociales. Y, en el mismo sentido, deben situarse las conocidas como «condiciones especiales de ejecución», que cobran especial relevancia en esta contratación estratégica.

La nueva «asociación para la innovación» también ocupa algunas de las reflexiones de este capítulo. Para garantizar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador se configura esta nueva fórmula de investigación e innovación. El Pliego de Prescripciones Técnicas tradicional se sustituye por un pliego de prescripciones funcionales: ya no se sabe el *medio* de lo que se quiere contratar, solo se tiene conocimiento del *fin* pretendido. Esta interesante opción de la nueva LCSP, que el profesor detalla en cuanto a sus contornos jurídicos, no parece tener demasiado predicamento, por el momento, en el sistema español, bastante averso al riesgo, como ha puesto de manifiesto la doctrina. Hacen falta nuevos gestores de la cosa pública que tengan una visión de futuro de la contratación y que consigan que la Administración Pública opte por modalidades como la que en esta sección se detalla.

Seguidamente, vuelve el libro a considerar una de las cuestiones capitales de la reforma: el régimen jurídico de las concesiones. Merecen ser destacadas, de este apartado, dos aspectos con bastante relevancia práctica, muy en particular en el mundo local. Me refiero, por una parte, a las retribuciones de las concesiones por medio de tarifas, frente a la antigua posibilidad de acudir a las tasas. Esta cuestión, así como la de las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias (asunto sobre el que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en su recentísima Sentencia 63/2019, de 9 de mayo), tiene

una mención somera e introductoria en esta obra. Por otra parte, el (españolísimo) asunto del rescate de las concesiones. Esta modalidad de expropiación forzosa —privilegio de la Administración con cierta tradición en nuestro sistema, como constata el autor (pág. 263)— ha quedado atemperada con la nueva redacción de la LCSP, hasta hacerla casi de imposible materialización.

Las siguientes secciones se ocupan, respectivamente, del control de la ejecución de los contratos y de las modificaciones contractuales, incluida la subcontratación. Se ensalza el valor de los pliegos como *lex contractus* (pág. 266) y como forma adecuada de control de estos, precontenciosa; la función de policía por parte de la entidad contratante, mediante la persona *responsable del contrato* será capital. Las penalidades juegan aquí un papel fundamental, así como la propia responsabilidad de dicho responsable. Ahora bien, me pregunto si no sería interesante incluir, también, la posibilidad no solo de sancionar sino de premiar a dichos responsables por una adecuada vigilancia del contrato. De cualquier modo, el *compliance* vuelve a ser aquí importante, como cumplimiento voluntario de las obligaciones legales, especialmente de aquellas de las que puedan derivar consecuencias sancionadoras. Por último, en lo que atañe al ejercicio del *ius variandi*, la nueva LCSP limita bastante las posibilidades conocidas hasta la actualidad: siguiendo la doctrina europea, no es posible realizar una modificación sustancial

sin una nueva licitación, pues ello falsearía la competencia. La publicidad cobra aquí una especial relevancia: si se exige la publicación de tales modificaciones, su abuso quedará, eventualmente, expuesto y, por consiguiente, limitado.

Sigue una breve referencia a la contratación electrónica que, a pesar de contar con evidentes ventajas, es criticada por el profesor GIMENO FELIÚ por la «imposición» (pág. 307) del sistema del Estado y de las Comunidades Autónomas, por su posible afectación a la competencia, al crearse un monopolio no regulado por ley, entre otros motivos.

Finaliza el capítulo con una mención al control de la contratación mediante el recurso especial, de todos conocido. La rapidez del procedimiento y la independencia del «tribunal» deben ser los elementos vertebradores del mismo. Solo así se conseguirá, en opinión del autor —que, como dije, de esto sabe— un eficaz funcionamiento de esta institución que ha de ser vista no como un elemento burocrático sino como una inversión que pueda evitar otros costes procesales.

El epílogo de esta monografía hace alusión a dos ideas fuerza: de un lado, la necesaria estabilización del ordenamiento en materia contractual y la necesaria profesionalización de los operadores jurídicos en este ámbito; de otro lado, la relación de tal política de contratación con el principio del buen gobierno. Tiene razón el au-

tor cuando señala que «las reiteradas reformas legales de una norma» (pág. 330) no ayudarían a su implantación. Es evidente que, en el ciclo de las políticas públicas, el análisis de la eficacia de una norma solo puede darse cuando esta ha sido implantada y utilizada con cierta frecuencia. Solo así se pueden corregir ineficiencias. En todo caso, la contratación pública debe ser entendida, en este siglo XXI, como una oportunidad para la satisfacción de la justicia social, de ese «Estado social» al que sirve, en defensa y garantía de los intereses generales.

Esta obra, en definitiva, será de interés no solo para los operadores jurídicos que deban utilizar la normativa en el ámbito de la contratación pública, sino también para el profesorado, estudiantes y opositores que deseen entender en profundidad la nueva visión estratégica que la LCSP de 2017 pretende instaurar. También es recomendable su lectura para aquellas personas que hubieran estudiado la contratación pública previa a la aprobación de esta norma y deseen una somera, pero elemental, actualización de conocimientos. En fin, un libro interesante, ameno, útil y muy meditado.

DARÍO BADULES IGLESIAS

Universidad de Zaragoza
dbadules@unizar.es
ORCID 0000-0003-4907-5911

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.14>

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.):
Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León. Varias perspectivas, Tirant lo blanch, 2019, 559 págs.

En trece capítulos y desde diferentes enfoques la dimensión transversal de la sostenibilidad se erige en el epicentro de la actuación de los poderes públicos. El objetivo no es otro que analizar desde la perspectiva de la sostenibilidad diferentes problemáticas, como resultan ser la prestación de servicios públicos, la nueva configuración urbana, así como las relaciones laborales en la era de la digitalización.

Quintana López pone el acento en cómo la evolución demográfica en nuestro país está dejando ver problemas estructurales de inigualable calado. Entre ellos, la dificultad del sostenimiento del sistema público de pensiones tal cual está configurado y el acelerado envejecimiento y pérdida de población, muy especialmente, en el medio rural.

La reordenación de los servicios públicos es hoy una necesidad, a fin de alcanzar una prestación efectiva, eficiente y acorde con la realidad territorial y demográfica existente. En este sentido, Castilla y León con una esperanza de vida alta y una baja tasa de natalidad, la característica principal que denota es el claro envejecimiento y el sobreenvjecimiento de la población del medio rural de la citada Comunidad, lo que implica un mayor coste en la prestación de los servicios a la población.

Al efecto, en esta lucha a contrarreloj contra el fenómeno de la despoblación rural y urbana, Quintana López aventura la garantía del acceso de los ciudadanos que residen en el medio rural a los servicios públicos en condiciones de igualdad como principal medida de reversión del proceso de despoblamiento del medio rural. Al efecto, la Ley 7/2013, de 27 de septiembre, de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de Castilla y León(1), norma que sienta las bases para la reordenación del territorio en base a la prestación de los servicios públicos en Castilla y León, introduce serias novedades en la ordenación del territorio en Castilla y León(2).

Para Quintana López el objetivo prioritario es, sin género a dudas, la prestación de los servicios a todos los ciudadanos en la Comunidad con

(1) En adelante, LOSGT.

(2) En concreto, delimita los denominados «espacios funcionales» como pilares del actualizado modelo territorial y de prestación de servicios para Castilla y León. Al efecto, constituyen los nuevos espacios funcionales, las unidades de ordenación y servicios del territorio, que pueden ser de carácter rural o urbano y las áreas funcionales que pueden ser estables o estratégicas.

A la novedad antedicha, se añade la creación de las mancomunidades de interés general. La LOSGT introduce la posibilidad de crear mancomunidades en aquellos espacios de ordenación territorial para la prestación de servicios estatales, autonómicos o provinciales, aunque no constituyan el ámbito territorial de una mancomunidad ya constituida, que se añade a la modificación de mancomunidades existentes para la conversión de una mancomunidad de interés general rural y la fusión de mancomunidades existentes para la conversión de mancomunidades de interés general rural.

independencia del lugar de residencia (pág 49).

Al problema de la despoblación rural, Casares Marcos suma la reflexión sobre la revolución urbana, cada vez más cerca de una clara remoción de los confines entre entornos rural y urbano y la consolidación de un modo de vida esencialmente urbano, urbanizándose con ello el estilo y modo de vida de aquellos que residen en el entorno rural.

Para Casares Marcos la apuesta por un modelo ambiental y socialmente sostenible y eficiente requiere poner el acento en las condiciones y requisitos necesarios para que se produzca, a las Administraciones implicadas, así como a los efectos derivados de su implantación ante los retos digitales. En Castilla y León, la problemática parte por el fomento de la innovación de las ciudades en el marco de la renovación urbana con el desarrollo de las *smart cities*. Si bien, la citada Comunidad asume ciertas problemáticas que dificultan, cuando no limitan, seriamente la ordenación, organización y gobierno territorial de la Comunidad.

Pese a las indudables ventajas del fenómeno *smart city*, en razón del ahorro, la racionalización y la eficacia en el empleo de los recursos, Casares Marcos pone el acento también en los serios interrogantes que aún plantea(3) (pág 82).

(3) En concreto, la dificultad de concretar *a priori* la viabilidad de la operación y de analizar su impacto sobre todo tipo de sectores

La ciudad inteligente, en el caso concreto de Castilla y León, en palabras de Casares Marcos, debe tomar en consideración las características de la población que lo habita, a efectos de la posible despoblación, envejecimiento o dispersión poblacional en núcleos de reducido tamaño (pág 86).

A los desafíos planteados, González Iglesias añade la necesidad de lograr un desarrollo territorial y urbano sostenible e integrador. El urbanismo tal cual está configurado pivota en torno a la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbana. Es, pues, la regeneración urbana integrada el objeto del actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que apuesta por un modelo de ciudad compacta, compleja, eficiente en el uso de los recursos y cohesionada socialmente (pág. 95).

Se alzan la movilidad y el transporte como elementos esenciales para la consecución de un desarrollo urbano sostenible e integrador. González Iglesias pone también el acento en la necesidad de planificar el transporte de forma estratégica e integrada. En consecuencia, la rehabilitación, regeneración y

afectados y sobre la hacienda local implicada; la complejidad del reparto competencial; la implementación de la *smart city* entre sectores públicos y privados; y, en fin, los problemas específicos planteados por la gestión tecnológica de un volumen ingente de información.

renovación urbanas se incorporan como objetivos claves de la actividad urbanística de las Administraciones Públicas, al tiempo que apuesta por una movilidad sostenible, capaz de satisfacer las necesidades de desplazamiento de la ciudadanía con el mínimo impacto ambiental (pág. 113).

A los retos planteados, González Iglesias añade la accesibilidad como pilar esencial de los procesos de rehabilitación de edificios y de regeneración y renovación del tejido urbano, al tiempo que se decanta por un modelo de accesibilidad que garantice el pleno y libre desarrollo de las personas en el medio social y comunitario.

En fin, un modelo de ciudad compacta, compleja, eficiente en el uso de los recursos y, cómo no, cohesionada socialmente, es la apuesta que persigue el desarrollo urbano sostenible e integrador.

Desarrollo económico, protección del medio ambiente y progreso social son los tres elementos que Fernández de Gatta subraya como necesarios para alcanzar el desarrollo sostenible. Se aboga, en consecuencia, por un modelo territorial que fomente un desarrollo equilibrado en el espacio y sostenible en el tiempo, que influya en la calidad de vida de la población y avance hacia un modelo territorial responsable (pág. 152).

La ley de urbanismo en Castilla y León acoge la sostenibilidad como objetivo prioritario, incorporando

como principios el fomento de la cohesión social y la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural.

Se configura, en este sentido, la rehabilitación, y la regeneración y renovación urbanas como objetivos prioritarios de la estrategia urbanística para Castilla y León.

Persigue, en palabras de Fernández de Gatta, la cohesión social, la sostenibilidad y la participación ciudadana en un medio urbano ordenado (pág. 157).

En líneas generales, el desarrollo sostenible se integra en el urbanismo para fomentar un crecimiento compacto y que optimice servicios e infraestructuras, de forma territorial y ambiental, al tiempo que preserva la identidad cultural.

González Bustos subraya la eficacia energética como otra de las preocupaciones de las sociedades avanzadas. Y es que la normativa comunitaria apuesta por convertir la eficacia energética de los edificios en uno de los motores de la modernización del sector (pág. 182).

En la búsqueda de edificios cada más eficientes energéticamente, la rehabilitación de las viviendas se convierte en una actuación esencial, que debe tener en cuenta, entre otras, las dificultades económicas, la información a los consumidores, la necesidad de la rehabilitación de sus viviendas, así como la protección del patrimonio histórico-artístico.

La inspección técnica de los edificios, la certificación de eficiencia energética y la rehabilitación y regeneración urbana constituyen los mecanismos técnicos necesarios para conseguir un parque inmobiliario más eficiente, a lo que se añade la tan necesaria colaboración de los profesionales del sector y de los propietarios y residentes que viven y utilizan el parque inmobiliario.

González Bustos aboga por el desarrollo de redes inteligentes que implementen el uso de las TIC a fin de rediseñar el sistema energético, que parta por una mayor integración de las energías renovables y que fomente la movilidad sostenible y la eficacia energética.

Fernández Domínguez pone el acento en las innovaciones tecnológicas y su interacción con el empleo. Es de sobra conocido que cualquier revolución tecnológica conlleva sustanciales costes sociales bajo la forma de desempleo y desigualdad (pág. 216). Si bien, tras un duro periodo de ajuste a los cambios, el fenómeno de la recuperación permite augurar una mejor tasa de empleo. La tecnología como secuencia lógica aumenta la productividad, pero tiene su incidencia no solo en el empleo, sino también en la segmentación socio-laboral, hecho que para Fernández Domínguez denota que la cooperación internacional, el diseño activo de políticas regionales o nacionales, la garantía de la protección social y, en fin, las medidas de educación se erigen en premisas básicas que compatibilicen tecnología y empleo.

A la llamada revolución de los robots, se suma la economía colaborativa como un nuevo prisma a consecuencia de la digitalización de la industria. Álvarez Cuesta pone sobre la mesa como la citada economía contribuye a una mayor elusión de la legislación laboral y a la transmisión de condiciones de trabajo precarias a formas de trabajo clásicas (pág. 258).

La economía colaborativa y, muy especialmente, las prestaciones laborales a través de plataformas digitales, se enfrentan a dificultades en el acceso al empleo, la volatilidad de la duración de la relación laboral, la dicotomía entre flexibilidad y disponibilidad total, el control absoluto, la trazabilidad de la prestación, los bajos salarios, el despido tácito, la formación, así como la discriminación por cuestiones de territorio y género, constituyen el epicentro de un nuevo modelo que augura serios problemas en la apuesta por un empleo sostenible y digno.

«La automatización no siempre es sinónimo de progreso», Rodríguez Escanciano acomete un estudio sobre la protección de datos ante la amenaza constante que sufre la esfera íntima del trabajador ante el tratamiento automatizado de sus datos personales (pág. 284).

Sea como fuere, la normativa de protección de datos constituye la garantía de la tutela de los derechos posiblemente afectados por el tratamiento automatizado de informaciones personales.

Se alcanzan, en esencia, el consentimiento, el deber de información, la licitud y la transparencia, la finalidad y la temporalidad del tratamiento como principios rectores de una política que garantice el derecho a la privacidad de los trabajadores.

Tascón López vuelve a poner el acento en los riesgos sobre los derechos fundamentales de los trabajadores como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías en la empresa, augurando un cambio en los modos y modelos de trabajo.

No hay razón para dudar que los derechos fundamentales del trabajador no pueden resultar coartados ni limitados en el marco de la relación laboral (pág. 356). Resulta, en suma, inevitable el tratamiento de datos con fines empresariales, pero siempre limitado al tratamiento de la información estrictamente necesaria para atender a los fines legítimos de la relación contractual. Al efecto, es posible el tratamiento de datos sensibles por el empresario siempre y cuando su utilización aparezca ceñida a los términos estrictamente marcados por la Ley (pág. 365).

En definitiva, aboga por alcanzar un acuerdo colectivo sobre la protección de datos en el ámbito laboral, que conciencie no solo a trabajadores sino también a empleadores, sobre los retos a que se enfrentan las relaciones laborales en la era de la digitalización.

Martínez Barroso alude al derecho a la formación de los trabajadores y su necesaria interrelación con el

aprendizaje en TIC, a fin de favorecer el desarrollo de competencias técnicas y nuevos perfiles profesionales.

No cabe duda de la necesidad perentoria de fomentar que los ciudadanos tengan habilidades en competencias digitales, pues los futuros puestos de trabajo demandarán esas competencias, haciendo cada vez más visible la brecha entre las capacidades digitales que los ciudadanos tienen y las que necesitan (pág. 401).

En la ansiada apuesta por un buen funcionamiento del mercado de trabajo, que cree empleo, permitiendo un desarrollo efectivo de la igualdad de oportunidades, donde la competitividad de las empresas y la calidad de los servicios esté garantizada, se sitúa como epicentro base la formación profesional. Formación profesional continua e individualizada basada en un aprendizaje colaborativo y permanente.

Automatización, acceso digital al cliente, conectividad e información digital son para Agra Viforcós los elementos esenciales sobre los que pivota el desarrollo de sistemas automatizados, creando redes de producción digital. Surge, al efecto, la Industria 4.0 como un nuevo modelo caracterizado por la automatización.

Una nueva relación con el empleo, la necesaria formación en TIC, el aumento de la externalización de servicios, así como los retos en materia de seguridad y salud laboral, son aspectos claves derivados de esta era de la innovación, donde se aven-

turan nuevas oportunidades para la cooperación y la producción, pero también exigen de un serio esfuerzo de adaptación social (pág. 439).

Sobre los beneficios de la automatización y digitalización baste señalar la minoración de los accidentes laborales, la creación de nuevos medios preventivos y de protección, las nuevas formas de aprendizaje, el desarrollo de otros modelos sanitarios, así como una prevención de los riesgos en el trabajo más eficiente.

En efecto, las continuas innovaciones tecnológicas tienen su fiel reflejo en la utilización de la informática en la actividad productiva. Al efecto, Fernández-Costales Muñiz pone el acento en los derechos de los trabajadores a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, de la que deriva la vigilancia de la salud como pilar base de la prevención de riesgos laborales.

Pero la actividad preventiva de vigilancia de la salud no aparece circunscrita a la aplicación de los medios adecuados sino que alcanza a la posterior gestión de los resultados de ella derivados (pág. 482). Se juzga necesaria la protección de los derechos frente a un uso ilegítimo de la información, incluso personal, por parte del empresario, buscando un equilibrio entre el derecho del empresario a utilizar las tecnologías y la preservación y respecto de los derechos del trabajador.

Permite, en consecuencia, su uso, almacenamiento y tratamiento

cuando estos sean necesarios, razonables y proporcionados, o que comprometa la capacidad de rendimiento del trabajador o que su desconocimiento implique un peligro para su salud o la de los compañeros, impidiendo que su uso sea realizado con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador.

En definitiva, el principal objetivo de la vigilancia de la salud es, sin duda, procurar una adaptación a las posibilidades del trabajador.

Megino Fernández cierra este monográfico con la remisión al progreso económico, la preservación del entorno natural y el crecimiento inclusivo de la sociedad como pilares esenciales para alcanzar un desarrollo sostenible, que recae no sólo en los poderes públicos y en la ciudadanía sino también en la comunidad empresarial, a la que se le encomienda intervenir de forma activa en el proceso a fin de alcanzar un crecimiento económico más inclusivo y sostenible (pág. 523).

Íntimamente ligado a la idea de desarrollo sostenible, aparece la sostenibilidad ambiental, que requiere de un adecuado equilibrio entre desarrollo económico y protección del medio ambiente. Se alza, al efecto, la innovación como elemento decisivo en esta apuesta.

En consecuencia, se erige la política medioambiental como factor determinante del progreso económico que garantice a las empresas el cumplimiento de los objetivos social, eco-

nómico y medioambiental de desarrollo sostenible.

Desde esa misma triple perspectiva, económica, social y medioambiental, Megino Fernández analiza la sostenibilidad en la negociación colectiva de Castilla y León.

En definitiva, el libro es una importante lectura para los estudiosos de la sostenibilidad entendida desde una dimensión transversal que abarca desde la prestación de los servicios públicos a una relación laboral cada vez más digitalizada. Luces y sombras con intrincadas respuestas conllevarán al autor a acometer una lectura con serias reflexiones sobre el futuro normativo de la sostenibilidad en sus diversas perspectivas.

LIDIA GARCÍA MARTÍN

Universidad de León

lidia.garcia@unileon.es

ORCID 0000-0002-5302-6963

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.15>

TOLIVAR ALAS, L. *Parlamento y universidad: Los senadores por la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2019.

Uno.—Un año después de su *Leción de apertura del curso 2018-2019 del Real Instituto de Estudios Asturianos, pronunciada el 27 de septiembre de 2018, con reproducciones facsimilares del acta de elección del senador universitario y de la sinopsis de arciprestazgos y parroquias de la Diócesis de Oviedo en 1891* [en adelante, *Lec-*

cción inaugural I (1), el profesor doctor Leopoldo Tolivar Alas, catedrático de derecho administrativo, imparte la lección inaugural del curso académico 2019-2020 de la universidad ovetense. El título elegido, *Parlamento y universidad: Los senadores por la Universidad de Oviedo*, ve ahora la luz en una cuidada edición de la propia universidad [29 páginas], a la que se incorpora un anexo que recoge las «Actas originales de escrutinio, conservadas en el archivo del Senado, de las elecciones a senador por la Universidad de Oviedo entre 1877 y 1923, junto a algunos censos de interés e información complementaria» [en adelante, *Lección inaugural I* y *Lección inaugural II*]. Entre *Lección inaugural I* y *Lección inaugural II* discurre una común corriente, temática, metodológica [a saber, la destacada presencia de los correspondientes Anexos] y, por supuesto, estilística, pues no en balde los textos son debidos a una de las más finas plumas del derecho administrativo español. Una común corriente que revela el propósito anunciado por el autor. Así, en la salutación de *Lección inaugural II* se dice [7]:

«Al tener noticia del honroso encargo de dictar esta Lección inaugural de curso, creí oportuno, sin abandonar la línea del Derecho Público en la que me muevo profesionalmente, abordar un tema que pudiera ser de un mí-

nimo interés para todos cuantos conformamos, aunque sea transitoriamente, esta institución, a la vez que, prosiguiendo con unas investigaciones a las que vengo dedicando tiempo en los últimos años, seguir contribuyendo a reponer, siquiera muy parcialmente, la documentación que de esta Universidad se perdió en octubre de 1934, hace prácticamente 85 años y que, desde el acceso a toda suerte de archivos, puede recuperarse. En este caso, gracias al archivo del Senado, fundamentalmente, podemos recobrar, escaneadas, las actas originales de las elecciones a senador por nuestra Universidad durante la Restauración y, concretamente, entre los años 1877 y 1923. Las personalidades votadas y, en su caso, electas, no todas vinculadas directamente a esta casa, merecían, también, este recuerdo jalonado de anécdotas propias de un colegio electoral tan reducido como el del claustro ovetense en los 23 últimos años del siglo XIX y en los 23 primeros del XX. Espero que el trabajo no sea totalmente baldío ni, para todos ustedes, soporífero» (2).

(1) Real Instituto de Estudios Asturianos/Gobierno del Principado de Asturias/Confederación Española de Centros de Estudios Locales, Oviedo, 2019, 109. A *Lección inaugural I* le dediqué unas páginas en la página web de la Asociación española de profesores de derecho administrativo [julio de 2019].

(2) «¿Por qué he elegido el año de 1891 para nuclear esta conferencia? En principio, y en año de conmemoraciones sonadas, puede parecer un ejercicio poco trascendente para Asturias —y <Oviedo> se llamaba su provincia—, así como para su universidad. Sin embargo, a mi humilde parecer sí que lo es. Y anticipo algún dato que seguidamente desarrollaré: en 1891 se implanta efectivamente en España y, por tanto, en nuestra tierra, durante el cuarto gobierno de Sagasta, el sufragio universal. Masculino, evidentemente, porque quedarán cuatro décadas

Dos.—El índice de *Lección inaugural II* es el que sigue: I. LA RELACIÓN CONSTITUCIONAL ENTRE EL PARLAMENTO Y LAS UNIVERSIDADES. 1. El primer antecedente. 2. De la Constitución de Cádiz a la Restauración borbónica. 3. Los senadores de las Universidades en la Constitución de 1876. 4. De la Constitución de 1931 a nuestros días. II. NOTICIA DE LAS ELECCIONES A SENADOR POR ESTA INSTITUCIÓN DE 1877 A 1923. 1. De Oliván a Menéndez Pelayo en el siglo XIX. 2. Elecciones claustrales en el siglo XX y los rectores-senadores. III. UNA ÉPOCA LEGISLATIVA MUY ACTIVA. IV. SUGERENCIA DE NUEVOS ESTUDIOS. ANEXO.

para que podamos ver votar a toda la población mayor de edad.

Y población, ciertamente, nos ofrece en Asturias 1891, gracias a la confección, cerrada el 31 de diciembre, del *Cuadro sinóptico* de las parroquias del Obispado de Oviedo, <hecha por el Excmo. Rmo. Sr. Dr. D.F.R. Martínez Vigil, obispo de esta Diócesis, con la aprobación de S.M.>. Como no tardaré en exponer, esta prolija relación de arciprestazgos y parroquias, que, como es sabido, aún abarcaban comarcas de las provincias de Lugo, León, Zamora y Santander, nos muestra, también, el número de almas —y aquí no hay discriminación de género, a Dios gracias— de cada parroquia, con lo que podemos saber con relativa precisión cuántos habitantes existían entonces en Asturias y en cada uno de sus concejos. Ciñéndome a la capital, aunque creo que esta afirmación es válida para todo el territorio, la cifra eclesiástica es superior a la oficial, lo que, como relaté hace una década en una monografía sobre los orígenes del Registro Civil, puede deberse tanto al mejor control de los pueblos por la Iglesia como a las dificultades y resistencias que encontró la implantación de las instituciones registrales del Estado que, como el citado Registro Civil, hubieron de ser llevadas en 1870 a los juzgados, sacándolo de las secretarías municipales, ante el boicot padecido por estas a la hora de inscribir nacimientos, matrimonios y decesos» [*Lección inaugural I*, 7-8].

Tres.—El corazón de *Lección inaugural II* es su apartado II en el que se da «noticia de las elecciones a senador [por la Universidad de Oviedo] de 1877 a 1923» [13-26]. Un apartado que disecciona dos momentos temporales atinentes, de conformidad a las previsiones de la Constitución de 1876 y la Ley de Senadores de 1877, de las elecciones habidas, respectivamente, en los siglos XIX y XX. La cesura se justifica no sólo por el cambio de siglo sino también por la obra de Fermín Canella Secades *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su Distrito*, que lógicamente no cubre el período comprendido entre la fecha de su publicación, 1903, y septiembre de 1923, momento en que, por mor del pronunciamiento militar de Primo de Rivera, alcanzó su finiquito no sólo el sistema electoral de 1876-1877 [y 1891, por lo que hace al sufragio universal masculino en relación a las elecciones al Congreso] sino el mismo sistema de la Restauración.

Cuatro.—Y si de los senadores, en el espacio temporal consignado, designados por la corporación universitaria ovetense se trata, las concretas previsiones electorales que ampararon la representación senatorial meritada se hacen preceder de las oportunas referencias a las instituciones de enseñanza universitarias en los textos constitucionales anteriores y posteriores a la Constitución de 30 de junio de 1876. Así, el Estatuto de Bayona; el artículo 367 de la Constitución de Cádiz de 1812; el Estatuto Real de 1834; las Constituciones de 1837 y 1845 [que

nada decían al respecto]; el proyecto de texto federal de la primera república [título V.20]; la Constitución de la segunda república de 9 de diciembre de 1931 [que, como el doctor Tolivar Alas señala, «nada dirá, lógicamente, sobre representación universitaria en el Congreso»: 12]; la Ley fundamental constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942 [y su referencia a los «rectores de las universidades» ex artículo 2.1 g) como procuradores] o, finalmente, la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 [cuyo artículo segundo.3 preveía que «el Rey podrá designar para cada legislatura Senadores en número no superior a la quinta parte del de los elegidos»: 13, por nota], habida cuenta de que en el texto de 27 de diciembre de 1978 la única alusión a la institución universitaria se centra en la garantía de su autonomía ex artículo 27.10.

Cinco.—Demos la palabra al autor de *Lección inaugural II* a propósito del contexto histórico-normativo de la designación universitaria de senadores en el período 1877-1923 [«3. Los senadores de las Universidades en la Constitución de 1876»: 10-12]:

«Pero la previsión más rotunda y basal para esta lección inaugural, se contendrá en la Constitución de la Restauración, de 30 de junio de 1876, que configuraba, en su artículo 20, una Cámara de senadores por derecho propio, de senadores vitalicios nombrados por la Corona y de senadores elegidos por las corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, “en la forma que determine la

ley”. El número máximo de senadores por derecho propio y vitalicio era el de 180, idéntico al tope de los electivos.

En su desarrollo y de forma casi inmediata, se promulgó la Ley de Senadores, de 8 de febrero de 1877. Partiendo de que a cada provincia correspondían tres escaños, se reservaban treinta puestos para las citadas corporaciones del Estado, entre ellos 9 para los Arzobispados de Toledo, Sevilla, Granada, Santiago, Zaragoza, Tarragona, Valencia, Burgos y Valladolid, elegidos por arzobispos, obispos y cabildos; 6 para las Reales Academias (Española, de la Historia, de Bellas Artes, de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, de Ciencias Morales y Políticas y de Medicina de Madrid); 5 para las Sociedades Económicas de Amigos del País, agrupadas en las cinco sedes de Madrid, Barcelona, León, Sevilla y Valencia y 10 en representación de las Universidades entonces existentes (Salamanca, Madrid, Valladolid, Barcelona, Zaragoza, Santiago, Sevilla, Valencia, Granada y Oviedo).

La meritada Ley de 8 de febrero de 1877 añadía alguna cuestión más de censo y procedimiento. En el primero de los casos, se concretaba que la elección senatorial en las Universidades se realizaría “con asistencia del Rector y Catedráticos de las mismas, Doctores matriculados en ellas, Directores de Institutos

de segunda enseñanza y jefes de las Escuelas especiales que haya en su respectivo territorio". En cuanto a las formalidades, más adelante, en el artículo 18, se decía que el día señalado por Real decreto [de convocatoria], a las diez de la mañana, se reunirán en el local que tengan de costumbre, en sesión pública, las Corporaciones que por esta Ley tienen derecho a nombrar un Senador. Será presidida por el Presidente, Director o Jefe del establecimiento [en lo que nos afecta, el rector].

Harán de escrutadores el más anciano y el más joven de los individuos que se hallen presentes, y de Secretario el de la misma Corporación, si tiene voto; si no lo tiene, el Presidente y escrutadores nombrarán a uno de los presentes que lo tenga.

En fin, el artículo 22 añadía que, concluido el escrutinio, si algún individuo reuniera mayoría absoluta de votos, será proclamado Senador. Si ninguno hubiese reunido la mayoría absoluta, se procederá a nueva elección entre los dos que hubieren tenido mayor número de votos, observándose las mismas formalidades y proclamando Senador al que tenga mayoría de votos, sea esta la que quiera; en caso de empate decidirá la suerte; lo mismo se hará si aparecieren también empatados algunos de los que deban entrar en segundo escrutinio.

Igualmente, dicho artículo 22 precisaba que "solo podrán ser

Senadores por nombramiento del Rey o por elección de las Corporaciones del Estado y mayores contribuyentes, los españoles que pertenezcan o hayan pertenecido a una de las siguientes clases..." entre los que se hallaban los "catedráticos de término de las Universidades, siempre que lleven cuatro años de antigüedad en su categoría y de ejercicio dentro de ella". Como en las demás categorías, deberían "además, disfrutar 7500 pesetas de renta, procedente de bienes propios, o de sueldos de los empleos que no pueden perderse sino por causa legalmente probada o de jubilación, retiro o cesantía".

Es justamente entre 1877 y la Dictadura de Primo de Rivera, que pone fin, con el Golpe de Estado del 13 de septiembre de 1923, al período constitucional de la Restauración, cuando esta Universidad de Oviedo elige senadores, como más adelante detallaré.

Seis.—Y, sin solución de continuidad, la anunciada «noticia de las elecciones a senador [por la Universidad de Oviedo] de 1877 a 1903» [*Leción inaugural II*, 13-26]. Una noticia desglosada, como igualmente se ha anticipado, en dos momentos o períodos, a saber: «De Oliván a Menéndez Pelayo en el siglo XIX» [*Lección inaugural II*, 13-24], uno; «Elecciones claustrales en el siglo XX y los rectores-senadores» [*Lección inaugural II*, 24-26], el otro. Nómina que abre, en efecto, don Alejandro Oliván y Borruel, quien «además de haber sido un efímero ministro de Marina

en 1847, fue, sobretodo [*sic*], uno de los padres del Derecho Administrativo español y de la moderna Administración de nuestro país» [*Lección inaugural II*, 14-15]. Y, antes de mencionar a los que siguieron a aquél, la valoración que Fermín Canella hiciera en 1903 de la experiencia representativa senatorial:

«En 1903, don Fermín Canella Secades, en su *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su Distrito* da cuenta de las doce elecciones que, hasta esa fecha, se han realizado de senadores en la Universidad, conforme a la Constitución de 1876 y dice —en ese momento, ya que años más tarde renunciaría al Rectorado para, ante una incompatibilidad legal sobrevenida, mantenerse como senador por la casa— que,

... en tributo a la verdad, debe decirse que, no obstante de tratarse aquí como en otras partes, de cuerpo electoral reducido y culto, ni el sufragio se mostró activo ni la presión oficial dejó de presentarse en el Claustro, repitiéndose así la atonía y debilidad lectorales, que tan tristemente aquejan a nuestra nación. El mal fue general, salvo excepciones de fechas y lugares; el instituto electoral selecto, que debiera ser espejo y modelo en la materia, ofreció en los distritos académicos abstenciones y complacencias; no tuvo o se le impidió en una u otra forma que tuviera impulso propio para designar candidatos suyos con programa o siquiera orientación en

cuestión de Instrucción pública o con tal significación científica, que esta bastara por sí sola para la elección merecida.

Y tras renunciar a más consideraciones por estar el tema personal “demasiado vivo” y reconocer que “respetables e ilustres” fueron los senadores elegidos por nuestra Universidad, aunque algunos fueran ajenos a la casa, acaba felicitándose de que, desde el 2 de junio de 1901 y ratificado el 10 de mayo de 1903, fuera senador por el distrito universitario el rector “querido y celoso”, Félix Pío de Aramburu y Zuloaga» [*Lección inaugural II*, 13-14] (3).

Y, tras Oliván (4), en 1879 fue elegido Lorenzo Nicolás Quintana y

(3) Y añade Tolivar Alas: «Canella da cuenta de los elegidos en las aludidas doce votaciones y de los sufragios obtenidos por el o los candidatos. En este trabajo, amén de glosar brevemente sus biografías y alguna anécdota electoral, añadiré las elecciones habidas en los veinte años posteriores a lo escrito por don Fermín Canella, aportando, además, con la inestimable ayuda de la documentación escaneada y de libre acceso desde la página web de la Cámara Alta, las actas electorales, con vicisitudes que, lógicamente, no refleja Canella en su obra —así como algún censo— de todos los comicios desarrollados en esta universidad. Algo que creo de interés, dado que, como la biblioteca, la iconoteca [*sic*] y todo el continente y contenido de este edificio, el archivo quedó arrasado en la Revolución de octubre de 1934. Es, por tanto, una pequeña contribución más a la recuperación de la verdadera memoria histórica de nuestra institución» [*Lección inaugural II*, 14].

(4) «Pero la elección de Oliván por nuestro claustro tuvo su anécdota: a sus 25 sufragios se unieron los 2 de don Alejandro Mon, el voto a don Juan Uña, tres papeletas en blanco y una a un excelentísimo e ilustrísimo señor obispo que, en ab-

Llera(5), a quien siguiera, en 1887,

soluto, era ajeno a la política *del siglo*» [*Lección inaugural II*, 15; la cursiva, en el original].

Y en nota da cuenta el doctor Tolivar Alas del «excelentísimo e ilustrísimo señor obispo que, en absoluto, era ajeno a la política *del siglo*»:

«El mal estado del acta original hace que la copia digitalizada sea prácticamente ilegible en lo concerniente a la diócesis. No obstante, con la eficaz ayuda de la Dra. Ana Cristina Tolivar Alas, hemos colegido que se trata del obispo de Ávila, lo que, posteriormente, podemos confirmar desde bases históricas. Se trata de don Pedro-José Sánchez-Carrascosa y Carrión. Nacido en Manzanares (Ciudad Real) en 1823 e hijo del farmacéutico de la localidad, luego trasladado a Madrid, se ordenó tardíamente tras estudiar la carrera eclesiástica en Cartagena. A los efectos de este trabajo, don Pedro-José, reputado orador, es nombrado, tras un incidente sobre el cumplimiento de requisitos, por mediación de Cánovas, obispo de Ávila, posesionándose —o consagrándose— en 1876, después de no lograr el cargo de confesor del joven rey Alfonso XII. A cambio, debió de presentarse a senador, en las Cámaras que redactaron la Constitución de la Restauración. Lo hizo y logró por la circunscripción de Ávila, adquiriendo fama de religioso tolerante frente a la intransigencia eclesial de la época. Tras una larga enfermedad, al parecer inclusiva de enajenamiento mental, pese a seguir prestando servicios a la Iglesia y a la Corona, presentó su renuncia episcopal a Roma el 15 de noviembre de 1881. Falleció el 6 de julio de 1896, tras asistir, supuestamente, en calidad honorífica de obispo de Zoara (tras su renuncia, recibió esta dignidad que alude a una antigua diócesis de la Palestina Tercia; la antigua Belá o Soar, que el Génesis considera una de las cinco ciudades de la Pentápolis), el 18 de junio de 1887, a la curación milagrosa de una joven por intercesión de la Virgen de la Paz. Puede consultarse la obra de Tomás Sobrino Chomón, *episcopado abulense, siglo XIX*, Institución Gran Duque de Alba, Ávila, 1990. Queda por saber quién le animó a presentarse al siguiente año por nuestra Universidad —¿nuevamente Cánovas?— donde tan escaso apoyo recibió» [*Lección inaugural II*, 15-16].

(5) Del personaje dice Leopoldo Tolivar Alas: «[...] don Lorenzo Nicolás Quintana y Llera, llanisco —como Posada Herrera—, concretamente, nació en Cué el 18 de mayo de 1810. Jurista estudiado en Sevilla, fue diputado a Cortes por el Partido Moderado de 1857 a 1868,

Francisco Valdés y Mon, barón de Covadonga, en reñida disputa con José González-Alegre y Álvarez(6). El

primero por el distrito de Llanes y luego por la provincia de Oviedo. Con la Revolución de 1868 abandonó la política —había sido protegido de Alejandro Mon— por sus convicciones y, tras la Restauración borbónica volvió a ser diputado de 1876 a 1878 por esta provincia. Su permanencia parlamentaria la deberá, como se ha dicho, a la Universidad de Oviedo, donde volvió a ser elegido senador el 2 de septiembre de 1881, por 39 votos y el 8 de mayo de 1884, por 29. Falleció, ostentando el cargo, en Madrid el 18 de febrero de 1886, como consta en la documentación adjunta» [*Lección inaugural II*, 16].

(6) «El 25 de abril siguiente [de 1887] es elegido —por vez primera— don Francisco Valdés y Mon, barón de Covadonga, tras una reñida y hasta la fecha infrecuente confrontación: obtuvo 27 papeletas frente a las 21 de don José González-Alegre y Álvarez. Este resultado, ajustado, y la animadversión de algunos claustrales ovetenses al elegido, hicieron, como puede leerse en el acta electoral, que el señor Posada entendiera que, como ocurría, conforme a la Ley de 1877 para otras circunscripciones senatoriales, se requiriera la mayoría absoluta de los votos y al no reunirla el electo con respecto a los censados en la Universidad, debiera repetirse la votación. A la impugnación se adherieron los señores Canella, Adolfo Álvarez-Buylla y Leopoldo Alas. Pero «la mesa después de bien enterada de la protesta», la rechazó al entender, sin duda con razón, que la mayoría absoluta se refería a votos emitidos y no a claustrales censados, con lo que proclamó al barón de Covadonga en detrimento de don José González-Alegre y Álvarez.

Bajo los auspicios de este último, concretamente en 1878, se había creado la Escuela ovetense de Artes y Oficios, «auxiliando a su planteamiento la Revista de Asturias, dirigida por el señor Aramburu». Allí aprenderían y perfeccionarían sus saberes y destrezas albañiles, carpinteros, canteros, obreros industriales, maestros de obras y capataces mecánicos. El primer reglamento interno de la Escuela fue redactado por Plácido y Adolfo Álvarez-Buylla, Diego Terrero, Genaro Alas, José María Flórez y Fermín Canella.

José González-Alegre y Álvarez, ovetense, había estudiado Derecho en su ciudad natal y fundado el efímero periódico *La Joven Asturias*, en

barón de Covadonga, precisamente, protagonista destacado del escaño corporativo dilucidado en la elección senatorial de 15 de febrero de 1891. Dicho con las palabras del profesor Tolivar Alas, quien ya se ocupara de estos comicios en *Lección inaugural I* [11-13]:

«Para el escaño corporativo a dilucidar en la elección senatorial de 15 de febrero de 1891, como ha revelado Lissorgues muy posiblemente a instancias de Clarín, don Ramón de Campoamor había sido invitado a presentarse por ilustres representantes de lo que se viene conociendo como *Grupo de Oviedo*. Según Lissorgues, ninguno de estos catedráticos proponentes era “conservador ni reformista; muchos, republicanos”. El poeta navegó había aceptado con satisfacción esta consideración de la Universidad de su tierra, que llegó a anunciarse una vez que el interesado contó, previa consulta, con la aprobación de la idea por don Antonio Cánovas, a la postre ganador de aquellas elecciones, y persona muy próxima al candidato *in pectore*.

1862. Alineado con el liberalismo, forma parte del Comité Revolucionario de apoyo al movimiento de 1868, siendo, al poco tiempo (1871), diputado por Oviedo y gobernador civil de la provincia. Coherente con su ideario —lo que hoy es tan infrecuente—, con la Restauración borbónica renunció a sus cargos en 1874. Falleció en 1918. Pese a su enorme prestigio —fue, como escribí en otra ocasión, uno de los ideólogos de la embrionaria Extensión Universitaria— no alcanzó el favor suficiente de los claustrales asturianos» [*Lección inaugural II*, 16-17]

Y en esos estábamos —escribirá Clarín— cuando... Cánovas [que] tiene dado en feudo la suiza española a Pidal junior (y longior) y, amigo, entre su propio candidato, Campoamor, y el candidato de Pidal...es claro, don Antonio tuvo que decidirse por Commelerán II (7). Sí, señores, Campoamor, por no irritar las iras de Alejandro, fue retirado para dejar el puesto a... el barón de Covadonga (j), una excelente persona que escribe tuve con *b*, es decir, que no escribe *tuve*, sino *tuve*, y que no es bachiller ni ganas».

Y añade Alas Ureña:

Campoamor es asturiano [el contrincante, nacido en Barcelona], Campoamor es académico (compañero de Pidal y de Cánovas), Campoamor es literato insigne (digo yo), es filósofo; bueno, pues como si cantara. Campoamor no era el candidato de Pidal, y el serlo de la mayor parte del profesorado de la Universidad que había de elegirlo, en vez de favorecerle, le perjudicaba; porque Pidal a lo que tira siempre es a molestar, a humillar a los profesores de la Universidad de la patria de su padre...

(7) La alusión a Commelerán II se explica así: «Como es sabido, Francisco Andrés Commelerán Gómez (1848-1919) fue latinista, gramático y escritor que, con gran indignación de Clarín y de Menéndez Pelayo, Valera y el propio Castelar, entre otros, ganó, en 1890, un sillón en la Real Academia Española en detrimento de don Benito Pérez Galdós» [*Lección inaugural II*, 18, por nota].

Como recuerda el propio Lisorgues, Clarín en este artículo solo le reprocha al barón de Covadonga <al cual nada le falta para ser una bellísima persona> la “manía de representar a los doctores de Oviedo”» [*Lección inaugural II*, 17-19] (8).

(8) Y apostilla Tolivar Alas:

«Clarín ofrece unos datos muy interesantes de aquella elección de 1891; se negaron o no asistieron a votar al barón de Covadonga el rector, don Félix Aramburu Zuloaga; el decano de Derecho don Adolfo Álvarez-Buylla González-Alegre; don Guillermo Estrada Villaverde, “orador insigne de las Constituyentes del 69 y jefe del Partido Carlista” en la región; don Matías Barrio y Mier, secretario de las constituyentes y jefe del Partido Carlista en Castilla; don Víctor Díaz-Ordóñez, reputado canonista; don Fermín Canella Secades, futuro rector, don Faustino Vallina y Subirana, catedrático de Historia crítica y correligionario de Pidal; don Adolfo González-Posada y Biesca, gran iuspublicista [*sic*; la tercera acepción de «publicista» es «especialista en derecho público»] español; don Rogelio Jove y Bravo, administrativista, cuñado de Canella y fundador del periódico *El Carbayón*; don Gerardo Berjano y Escobar, ya catedrático de Derecho mercantil y futuro decano del Colegio de Abogados de la provincia (1892-1893), alcalde de Oviedo (1897-1899) y decano de la Facultad de Derecho (desde 1906 hasta su jubilación en 1920); don José Giles y Rubio, catedrático de Literatura y el propio clarín.

Alas desvela que votaron a don Francisco Valdés y Mon, barón de Covadonga, en aquellas elecciones del 15 de febrero de 1891, don Juan Rodríguez Arango <catedrático sin oposición>, aunque fue procesalista y jefe administrativo de la biblioteca, lo que coincide con lo que, sin citar su apellido, señala Posada que <desempeñaba funciones de bibliotecario>. Era buen orador y <furibundo antidemócrata>, amén de covadonguista [*sic*] de pro; don Justo Álvarez Amandi, también catedrático sin oposición de Metafísica y Lógica y don Eduardo Serrano y Branat, civilista, que llegaría a decano del Colegio de Abogados y a presidir la Diputación, además de dirigir por un tiempo *El Correo de Asturias*.

Aunque, como nos desvela Canella, el barón de Covadonga llegó a obtener 24 sufragios,

Y aparece en la escena senatorial el ilustre polígrafo santanderino don Marcelino Menéndez Pelayo. Diputado desde 1884 hasta 1893, en este último sale por primera vez elegido senador por la universidad ovetense; cargo en el que repite, por un solo voto de diferencia, frente a don Juan Uña en 1896, y vuelve a salir elegido en la elección del 10 de abril de 1898. La historia de esta última la cuenta así el biznieto de *Clarín*:

«El 10 de abril de 1898 vuelven a competir los mismos contendientes. Y la historia tiene su interés, como ya he relatado en este mismo edificio a propósito de los 120 años de nuestra Extensión Universitaria. La Mesa Electoral situada, desde las diez de la mañana, en la Sala claustral bajo la presidencia del rector Aramburu, proclamó vencedor por 27 sufragios a don Marcelino Menéndez Pelayo, frente a don Juan Uña y Gómez, que obtuvo 22 votos, como puede corroborarse en el acta digitalizada que obra aneja a esta Lección. La novedad no es que don Marcelino fuera senador por nuestra institución académica en el momento de iniciarse la Extensión Universitaria, porque, como se ha dicho, ya lo había sido en 1893 y 1896, con decidido apoyo —pese a las dis-

además de contabilizarse uno en blanco de un cuerpo electoral compuesto por <claustrales de catedráticos, doctores inscritos y Jefes de los Establecimientos>, Clarín hace una comparación cruel: <Si el señor barón cree oportuno añadir a su acta de senador por la Universidad de Oviedo la estadística anterior, hágalo>» [*Lección inaugural II*, 19-20].

tancias ideológicas— de su discípulo Leopoldo Alas. Luego, Menéndez Pelayo sería senador hasta 1911, por la Real Academia Española. Lo interesante es cómo logró los votos para un escaño que nadie aventuraba para él en aquella ocasión, sino para quien había sido director general de Instrucción Pública y se le recordará como rector de la Institución Libre de Enseñanza, como discípulo dilecto de Sanz del Río y como compañero de estudios de Giner, Salmerón, Rafael María de Labra o Segismundo Moret, por entonces ministro de Ultramar» [*Lección inaugural II*, 20-21] (9).

(9) El intercambio epistolar entre *Clarín*, quien intentó disuadirlo de presentar su candidatura, y Menéndez Pelayo, que se resistía a acceder a su ruego, es descrito así por el descendiente del primero; descripción a la que sigue el desvelamiento, «mitra» mediante, de la enconada contienda, así como una reflexión sobre la ausencia de monolitismo en la universidad ovetense de entonces:

«Con su acostumbrada brillantez, Lissorgues nos da cuenta de cómo, en varias cartas, *Clarín* advierte a don Marcelino de que, si desea presentar nuevamente su candidatura por la Universidad asturiana no le augura buenos resultados, por lo que le recomienda que se ponga “de acuerdo con Pidal, que tiene en el Claustro bastantes votos”. Y ello porque el sector liberal, que en votaciones previas había seguido la indicación de Alas, tenía otro candidato: el citado Juan Uña y Gómez y, además, difícilmente podía perdonar a Menéndez Pelayo su desinterés por los asuntos de esta casa, incluso no contestando cuando se le solicitó ayuda para gestiones ante la Administración del Estado. Don Marcelino, en tres cartas y un telegrama rehúsa retirar su candidatura “porque no creo digno ni decoroso retirarme delante de Uña [al que había llegado a llamar ‘alimaña’], cuyos méritos científicos y universitarios son para mí desconocidos”, añadiendo algún calificativo nada grato hacia Giner y los krausistas de Oviedo.

El XIX concluye con la elección, en 30 de abril de 1899, de Nicolás Suárez

Clarín llega a la máxima crudeza para convenecer a su amigo del dudoso éxito de su candidatura: “Uña cuenta ya con 24 votos seguros; usted, seguros, tendrá unos 17 o 18”. El censo era de unos sesenta claustrales, pero, como no era cosa solo de entonces, “nunca votan tantos”. Pero, además, se han incorporado nuevos profesores “de Ciencias, todos liberales de los que no entienden el esteticismo y no le votarian a usted, por conservador, aunque fuera pico de la *Mirándola*”.

La tozudez del santanderino tenía su porqué. Como nos relata Lissorgues, el día de San José de 1898, el candidato escribe al obispo de la diócesis, fray Ramón Martínez Vigil, pidiéndole su apoyo a través, especialmente, de dos egregios votantes y miembros del Tribunal Eclesiástico (Domingo Díaz-Caneja Bulnes, efímero alcalde de Oviedo en 1865 y Antonio Sarri Oller, primer marqués de San Feliz desde el año 1897, por reconocimiento de León XIII), para evitar que su contrincante “pudiera llevar a la Cámara propósitos perjudiciales a nuestras creencias”.

El ordinario le responde en el mejor estilo vaticanista: “En esta casa se hará lo que es posible para ayudarle en su intento, y ya se dieron los primeros pasos”.

Pasos de gigante, sin duda, visto que Uña obtuvo dos sufragios menos de los vaticinados por *Clarín* y Menéndez, diez más de lo que Alas le pronosticaba. Visto que, a fines del XIX, la mitra conocía mejor los entresijos de la Universidad que sus propios catedráticos, no es de extrañar que, en el ámbito del episcopado español, haya algún nostálgico de los poderes seculares de otras épocas.

En cualquier caso, invita a la reflexión, en estos tiempos de sistemática descalificación de quien piensa diferente, que el claustro ovetense, casi dividido por mitades en cuanto a sus preferencias políticas, solo medio año más tarde de esta elección, se aúna para crear la Extensión Universitaria. Me temo que esto es impensable en la actualidad. Pero entonces nuestra Universidad, como escribió Santiago Melón Fernández, no era, en absoluto, monolítica en el pensamiento, “no fue una mera sucursal de la Institución Libre de Enseñanza”, pudiéndose, según dicho autor, distinguirse claramente tres bloques: el de los conservadores, normalmente monárquicos tradicionalistas; el regionalista y el filokrausista» [*Lección inaugural II*, 21-23].

rez-Inclán Llanos, a la sazón único candidato y, por tanto, triunfador con 34 votos, quien «había sido senador por la provincia desde 1893 y volvió a serlo por dicha circunscripción en 1901, 1903, 1905 y 1907» [*Lección inaugural II*, 23](10).

Siete.—Dos nombres acaparan la representación senatorial de la universidad ovetense en las primeras décadas del xx, ambos rectores, los de Félix Pío Aramburu y Zuloaga, elegido por vez primera en 2 de junio de 1901, y, tras el fallecimiento de aquél, el 30 de abril de 1913, Fermín Canella Secades, elegido por primera vez el 15 de junio de 1913 y por última el 13 de mayo de 1923. Del

rector Aramburu nos dice el profesor Tolivar Alas:

«El 2 de junio de 1901, con un censo de 65 claustrales y once días antes de fallecer Clarín, se presenta —como era el deseo de Canella— el propio rector de la Universidad don Félix Pío de Aramburu y Zuloaga, quien obtiene un amplio respaldo (45 votos), lo que sin duda le anima a presentarse a la reelección el 10 de mayo de 1903, consiguiendo 42 sufragios. No obstante, como ahora se dirá, renovó el escaño hasta su muerte, diez años más tarde.

Las noticias de Canella sobre estas elecciones, por razón de fecha de edición de su *Historia...* se acaban aquí. Pero, como se ha señalado, todo ha podido recuperarse —las actas anteriores y las posteriores— gracias al archivo del propio Senado.

Aramburu vuelve a ser elegido el 10 de mayo de 1903, el 24 de septiembre de 1905 (45 votos), el 5 de mayo de 1907 (50 votos) y el 22 de mayo de 1910 (55 votos). En el cuarto de sus mandatos parlamentarios tiene lugar el tercer centenario de la Universidad de Oviedo, sin que conste que la presencia del ya exrector en el Parlamento tuviera notables consecuencias en la celebración, por lo demás de inusitada altura» [*Lección inaugural II*, 24].

Y tras el rector Aramburu, el rector Canella:

(10) «Nicolás Suárez-Inclán y Llanos es, de entre todos estos senadores, la personalidad menos reseñada en las enciclopedias y obras de consulta biográfica. Sin duda, el peso de su hermano Estanislao (Avilés, 1822-1890) y de tres de los seis hijos de este (Félix, Pío y Julián), lo relegó injustamente a un segundo plano.

En efecto, ni Constantino Suárez *Españolito* ni la *Gran Enciclopedia Asturiana* dan cuenta de su existencia y trayectoria profesional y política. Una vez más es el archivo personal de Fermín Canella el que nos arroja algo de luz. Concretamente, con un recorte del diario *El Carbayón*, donde el propio don Fermín, bajo el título “Nicolás Suárez Inclán” y dentro de una carpetilla en la que se refiere a él como *Senador*, escribe el 23 de marzo de 1893:

Antiguo funcionario de la carrera judicial hasta magistrado de Audiencia; doctor de la Universidad de Oviedo; tres veces diputado provincial, celoso del bien de Asturias y defensor decidido de las prerrogativas del Principado en 1880, Don Nicolás es Senador por el derecho que le dan sus condiciones de hombre docto, de trato afabilísimo y —lo que más importa para el caso— de arraigo e influencia.

En Avilés es un *industrial* acérrimo y decía ayer un compromisario:

—Colás es conservador liberal; no confundir las señas» [*Lección inaugural II*, 23].

«Fallecido don Félix el 30 de abril de 1903 —que también era, en aquel momento, magistrado de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo, toma el relevo don Fermín Canella, quien, siendo rector desde 1906, no pudo presidir la Mesa Electoral, haciéndolo el Decano de Derecho, don Gonzalo Berjano, y venciendo, el 15 de junio de 1913 a su compañero don Aniceto Sela Sampil por 34 votos frente a trece. No deja de ser reseñable, en el año en el que celebramos los 125 de la Junta de Colonias Escolares de Salinas, tan vinculadas a la iniciativa pionera de don Aniceto, pero también a Canella, esta rivalidad electoral que, como ahora diré, se repetirá.

En efecto, el 22 de marzo de 1914, Canella vuelve a ser elegido, nuevamente frente al internacionalista Sela, por 42 votos frente a 24. El 16 de febrero anterior había presentado la dimisión como rector, por incompatibilidad ya que la Real Orden de 8 de enero de 1914, había prohibido simultanear el rectorado y la senaduría y Canella opta por la segunda. No será el único. Entre sus homólogos, también hará lo propio el rector de Zaragoza, don Ricardo Royo Villanova, reputado médico e investigador de la tuberculosis. Pero don Ricardo retornó, casi de inmediato al Rectorado hasta 1929. Volviendo a Oviedo, el 23 de abril de 1916, Canella, ya bajo la presidencia de mesa de su antiguo contrincante y ahora rector, Aniceto Sela, se presenta sin rival y obtiene 42 sufragios.

El 10 de marzo de 1918 se repite la misma situación, obteniendo don Fermín 52 votos. Poco dura la legislatura y el 15 de junio de 1919, siendo desde el año anterior rector don Jesús Arias de Velasco y Lugigo, hay nuevas elecciones claustrales, con el mismo proclamado, en este caso, por 58 papeletas.

El 2 de enero de 1921, Canella vuelve a obtener acta, en este caso por 45 votos. Pueden parecer cifras muy altas las alcanzadas por Canella. Pero, como los curiosos podrán comprobar en el anexo a esta Lección, el censo que se había aprobado el 30 de enero del año anterior, era mucho más amplio y, por tanto, la abstención ciertamente preocupante. Tenían derecho de sufragio activo 20 catedráticos; 57 profesores auxiliares, los 3 directores de los Institutos de Oviedo, Gijón y León y los 9 de las Escuelas Especiales de las tres ciudades (incluida la que sería luego Facultad de Veterinaria). En total, 89 posibles votantes.

Las últimas elecciones a las que concurre Fermín Canella Secades son las de 13 de mayo de 1923, en las que es apoyado por 53 censados. Pocos meses le aguardaban a esta legislatura, aún más convulsas que las anteriores por el Golpe de Estado de Primo de Rivera. Y poca vida le restaba al carismático exrector, que moriría el 22 de marzo de 1924. Se extinguía una personalidad inimitable a la vez que se

ponía fin al aún más prolongado período constitucional de nuestra historia, en aquella Restauración de la alternancia que, desde Oviedo, había sido retratada de forma inmisericorde por un compañero de claustro de don Fermín» [*Lección inaugural II*, 24-26].

Ocho.—*Lección inaugural II* se cierra con dos epígrafes alusivos, respectivamente, a la memoria de algunas de las más señeras producciones legislativas de la época de la Restauración [«III. UNA ÉPOCA LEGISLATIVA MUY ACTIVA»: 26-28] y a la «sugerencia de nuevos estudios» [28-29] que prolonguen, sobre la base de «la documentación del Senado» [29], la obra acometida en la disertación de la que aquí se da cuenta. Una pincelada, curiosa y llamativa, a propósito del primer extremo:

«¿Y qué decir de la recepción, también venida de Francia, de la doctrina del dominio público, presente en el *Code Napoléon* de 1804, en sus artículos 537 a 541? Es cierto que antes, en materia de aguas, con el liberalismo moderado traído por la Constitución de 1845, se produjo en España un cambio orientado a una cierta intervención pública e imprescindible sobre las aguas, lo que ya existía en el Derecho del Reino de Valencia. Y así, en una modesta Real Orden de 24 de mayo de 1853, puede leerse a propósito de una toma de posesión arbitraria que [se] dice viene en costumbre y por la cual los particulares, para apropiarse el río a los usos que les convienen, no

necesitan más que echar en el mismo ciertas piedras que marcan la parte de él que intentan utilizar y en la cual se crean con solo este acto, derechos de propiedad y de posesión a favor del ocupante, que la Reina ha tenido a bien disponer que no se consienta semejante costumbre abusiva y contraria a las leyes del Reino, con arreglo a las cuales las aguas de los ríos y sus cauces son de dominio público y por tanto no susceptibles de apropiación privada; sin que fuera de los usos comunes que pertenecen a todos pueda establecerse en ellos ninguno privado, sino en virtud de Real autorización y con arreglo a los reglamentos de la Administración pública.

Aunque esta Real Orden de 1853 sea una simple disposición administrativa, resulta claramente ilustrativa de los inicios, en nuestro país, de la doctrina de los bienes demaniales, importada del país vecino» [*Lección inaugural II*, 27-28].

Y como cierre, la *sugerencia*:

«Esta aportación que acabo de desarrollar, abre también las puertas a otras investigaciones relativas al patrimonio e ingresos de los senadores a los que me he referido. Como se ha dicho, para alcanzar escaño, la Ley de 1877 no solo exigía votos, sino cuartos... o hectáreas. Recordemos que, también los representantes de las corporaciones, debían, además de sus méritos profe-

sionales, “disfrutar 7500 pesetas de renta, procedentes de bienes propios, o de sueldos de los empleos que no pueden perderse sino por causa legalmente probada o de jubilación, retiro o cesantía”.

Y en la documentación del Senado, de todos los representantes de esta Universidad, obra una carpeta digital donde se pueden conocer pormenorizadamente las rentas declaradas. No como en la actualidad, en las declaraciones de bienes de los cargos públicos, para cotejar la diferencia entre el antes y el después del mandato, sino, justamente, para poder ser elegible.

Pero eso, como acabo de señalar, quedará para mejor ocasión y más especializado investigador que quien acaba de tener el honor de dirigirles la palabra» [*Lección inaugural II*, 28-29].

Nueve.—A buen seguro que la sugerencia del preclaro estudioso de la Universidad de Oviedo que es el profesor Tolivar Alas no caerá en saco roto. Bien lo merecen tanto las palabras de *Lección inaugural II* como la historia de una de las universidades clásicas españolas.

JUAN MANUEL ALEGRE ÁVILA

Universidad de Cantabria
juan.alegre@unican.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.16>

