



# REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020>

## ESTUDIOS

- 17 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional.
- 49 **Ezquerro Huerva, Antonio:** Las comunidades de regantes ante la legislación de Contratos del Sector Público.
- 83 **Rivero Ortega, Ricardo:** Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización.
- 99 **Yáñez Díaz, Carlos:** El desistimiento del procedimiento del contrato de concesión de obra pública del Campus de la Justicia de Madrid. Historia de un embrollo.

## JURISPRUDENCIA

- 127 **Gavieiro González, Sonia:** Declaraciones responsables y comunicaciones: efectos y tramitación. Especial referencia al ámbito urbanístico. Análisis jurisprudencial.
- 153 **Igartua Salaverria, Juan:** ¿A quién afecta el descrito, sobre todo?

## NOTAS

- 193 **Urteaga, Eguzki:** La política a favor de la cultura vasca en el País Vasco norte.

## BIBLIOGRAFÍA

- 241 Aguado i Cudolá, V. y Casanovas i Ibáñez, O. (directores), *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*. Atelier Libros Jurídicos, 2018. 288 págs. (**Begoña Crespo Hidalgo**)
- 252 Sánchez de Diego Fernández de la Riva, Manuel y Sierra Rodríguez, Javier (coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020. (**Noel Armas Castilla**)
- 256 López Ramón, Fernando, *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, Barcelona, 2020. (**Carmen Agoués Mendizabal**)

Los originales destinados a la publicación en esta REVISTA deberán dirigirse a la Secretaría de la misma: Instituto Vasco de Administración Pública - OÑATI (Gipuzkoa).

[argitalpenak-ivap@ivap.eus](mailto:argitalpenak-ivap@ivap.eus)

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN ANUAL:

Número suelto	España
<hr/> 26,00 €	<hr/> 62,40 €

Herri-Ardura  
laritzako  
Euskal  
Aldizkaria

# REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

[www.ivap.euskadi.net/rvap](http://www.ivap.euskadi.net/rvap)

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020>

# IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

IRAILA  
ABENDUA

2020 SEPTIEMBRE  
DICIEMBRE 118

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.<sup>º</sup> 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.<sup>a</sup> 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 BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU).  
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).  
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).  
Iñigo BULLAIN LÓPEZ (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.<sup>a</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).  
Adriana DREYZIN DE KFOR (Univ. de Córdoba. Argentina).  
Antonio EMBJD 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 MUÑIZ (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 MANAS (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 SOTELO (Instituto Tecnológico Autónomo de México).  
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).  
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).  
Fernando REY MARTINEZ (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 daitezzen, 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. «Azpi-marra» 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 erreproduzio, 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.

HAEE argialetxe «urdin» gisa definitzen da, eta ez du ahalbidetzen aurre-printak zabaltzea (binakako ebaluazio-prozesua igaro ez duten artikulua).

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 lizentziapean 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](mailto: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 se define como editorial «azul» y no permite que se difundan los pre-prints (artículos que no han pasado el proceso de evaluación por pares).

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El IVAP 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 118/2020

## Estudios

- COBREROS MENDAZONA, Edorta:** El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional . . . . . 17  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.01>
- EZQUERRA HUERVA, Antonio:** Las comunidades de regantes ante la legislación de Contratos del Sector Público. . . . . 49  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.02>
- RIVERO ORTEGA, Ricardo:** Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización . . . . . 83  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.03>
- YÁÑEZ DÍAZ, Carlos:** El desistimiento del procedimiento del contrato de concesión de obra pública del Campus de la Justicia de Madrid. Historia de un embrollo. . . . . 99  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.04>

## Jurisprudencia

- GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia:** Declaraciones responsables y comunicaciones: efectos y tramitación. Especial referencia al ámbito urbanístico. Análisis jurisprudencial . . . . . 127  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.05>
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan:** ¿A quién afecta el descrédito, sobre todo? . . 153  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.06>

## Notas

- URTEAGA, Eguzki:** La política a favor de la cultura vasca en el País Vasco norte..... 193  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.07>

## Bibliografía

- AGUADO i CUDOLÁ, V. y CASANOVAS i IBÁÑEZ, O. (Directores),** *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*. Atelier Libros Jurídicos, 2018. 288 págs. (Begoña CRESPO HIDALGO)..... 241  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.08>
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (coords.),** *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020. (Noel ARMAS CASTILLA)..... 252  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.09>
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando,** *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, Barcelona, 2020. (Carmen AGOUÉS MENDIZABAL)..... 256  
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.10>

# Estudios







## El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional\*

The right of appeal in the case of serious administrative penalties, an overriding conventional and constitutional requirement

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Catedrático de la UPV/EHU

e.cobrerros@ehu.eus

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9760-596X>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.01>

**LABURPENA:** Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 7. protokoloaren 2. artikulua arabera, administrazio-zehapen larrietarako jurisdikzio-auzialdi bikoitzaren bermea exigentzia bat da, eta ezinbestekoa dugu administrazioarekiko auzien antolamendurako, batez ere duela gutxi Giza Eskubideen Europako Auzitegiak emandako *Saquetti Iglesias c. España* epaitik aurrera.

**HITZ GAKOAK:** Jurisdikzio-auzialdi bikoitza. Administrazio-zehapen larriak.

**ABSTRACT:** The guarantee of the right of appeal in the case of serious administrative penalties is a requirement by art. 2 of Protocol number 7 of the European Convention of Human Rights which constitutes an imperative need for our contentious-administrative order, especially since the recent ruling by the European Court of Human Rights *Saquetti Iglesias vs. Spain*.

**KEYWORDS:** Right of Appeal. Serious administrative penalties.

**RESUMEN:** La garantía de la doble instancia jurisdiccional para las sanciones administrativas graves es una exigencia del art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que constituye una necesidad imperiosa para nuestro ordenamiento contencioso-administrativo, sobre todo a partir de la reciente STEDH *Saquetti Iglesias c. España*.

---

\* Grupo de Investigación IT1056-16.

**PALABRAS CLAVE:** Doble instancia jurisdiccional. Sanciones administrativas de gravedad.

Trabajo recibido el 28 de agosto de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. La doble instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: 1. El punto de partida: la libertad de configuración del legislador. 2. El supuesto especial del recurso contencioso-administrativo en materia sancionadora.—II. La irrupción del Tribunal de Estrasburgo con su sentencia *Saqueti Iglesias c. España*: 1. En el origen, una sanción pecuniaria por intentar sacar dinero sin la preceptiva declaración previa. 2. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A. El derecho a la doble instancia garantizado por el Protocolo núm. 7. B. Sobre si se trata de una «infracción penal» a la que resulte aplicable esta garantía. C. Si, no obstante tratarse de una infracción penal, se encuentra comprendida entre las excepciones previstas. D. Si el demandante se ha beneficiado de una doble instancia. E. La conclusión es la lesión del derecho a la doble instancia. F. El voto particular concurrente del Juez Lemmens. G. La indemnización como satisfacción equitativa. 3. Algunas consideraciones sobre las dificultades que presenta el derecho a la doble instancia en el Protocolo núm. 7.—III. La necesaria doble instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española para algunas sanciones administrativas: 1. Relevancia de la STEDH *Saqueti Iglesias c. España*. 2. Sobre si el sistema de recursos contencioso-administrativos garantiza la doble instancia para las infracciones administrativas graves: A. El recurso de apelación. B. El vigente recurso de casación. 3. Una valoración sobre la efectividad real del recurso de casación.—IV. Alternativas ante la actual situación.—V. Bibliografía citada.

## I. La doble instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

### 1. El punto de partida: la libertad de configuración del legislador

Desde hace siete lustros, la interpretación del Tribunal Constitucional viene sosteniendo que la existencia de doble instancia o vía de recurso frente a sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es un imperativo constitucional, sino de libre disponibilidad legislativa.

En efecto, exceptuando la jurisdicción penal, para los restantes órdenes jurisdiccionales el Tribunal Constitucional viene diciendo, tradicionalmente, que la existencia de un doble enjuiciamiento no es una exigencia constitucional, sino que está sometida a la libre decisión del legislador<sup>(1)</sup>. Lo dijo ya, con carácter general, en 1985<sup>(2)</sup> y así lo vemos con-

---

(1) *Vid.*, por todos, SAIZ ARNAIZ, A.: (2003) «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de co-nexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», en *REDE* núm. 5, págs. 123 y ss.

(2) En su STC núm. 51/1985, de 10 de abril, FJ 3. Con anterioridad, así se había pronunciado para el orden laboral en su STC núm. 46/1984, FJ 2, y para el orden civil en su STC núm. 102/1984, de 12 de noviembre, FJ 2.

firmado más recientemente: «[n]o puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador» (3).

Ahora bien, es prácticamente unánime asimismo la opinión de que, aunque no sea constitucionalmente imprescindible, sí que sería muy conveniente su implantación generalizada en el orden contencioso-administrativo, máxime tras la entrada en vigor del nuevo recurso de casación en 2016(4). Criterio favorable que se mantiene —conviene resaltarlo— tanto desde el mundo académico(5) como desde el judicial(6).

(3) STC núm. 149/2015, de 6 de julio, FJ 3, con cita de anteriores pronunciamientos.

(4) De hecho, en el planteamiento inicial de la reforma del sistema de recursos, junto con el nuevo recurso de casación, también iba la generalización del recurso de apelación. *Vid.* al respecto MUÑOZ ARANGUREN, A.: (2018) «La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA* núm. 193, especialmente págs. 171 y ss.

(5) En el ámbito doctrinal, valga aquí con mencionar a PAREJO ALFONSO, L.: (2018) «Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo», en *RAAP* núm. 100, especialmente págs. 343 y ss.; y LÓPEZ MENUDO, F.: (2018) «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», en *RAP* núm. 207, especialmente págs. 18 y ss.

(6) Así, por ejemplo, para la preparación del nuevo recurso de casación, en el *Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de la LOPJ*, en el punto titulado «Modelo que se sugiere», podemos leer: «sería deseable que el legislador, toda vez que han devenido infundadas en gran medida las iniciales dudas o prevenciones sobre la implantación en este orden jurisdiccional de órganos unipersonales, ampliara en todo lo posible las competencias de estos, actualmente reguladas en los artículos 8 y 9 de la LJCA, y abriera paso así a un régimen procesal en que la posibilidad de una segunda instancia estuviera más generalizada, constituyendo la regla» (apartado 3.3.2, la cursiva está añadida).

Asimismo, en las «Conclusiones» al *Encuentro de los Presidentes y Presidentas de Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, celebrado los días 22 a 24 de mayo de 2017*, se señalaba lo siguiente:

«Resulta estrictamente necesaria la instauración generalizada de la doble instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de forma análoga a las restantes jurisdicciones —civil, social y penal—, atribuyéndose la primera instancia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo —provinciales y centrales— y la segunda instancia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional.

La asimetría existente en relación con esta cuestión entre la jurisdicción contencioso-administrativa y las restantes jurisdicciones carece de justificación. En la actualidad la inmensa mayoría de procedimientos contencioso-administrativos se resuelven en única instancia, sin posibilidad de que la decisión judicial adoptada sea revisada por un Tribunal superior, situación que no se produce en las restantes jurisdicciones, lo que dificulta la uniformidad en la interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico y entraña graves riesgos para los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley.

En consonancia con el sistema de doble instancia propuesto, el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia a instaurar habría de tener por finalidad primordial garantizar la unificación de doctrina en la interpretación del Derecho autonómico».

Aquí también nos sumamos a las buenas razones que sustentan la conveniencia de su introducción en el recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de reconocer las dificultades con las que tal empeño se puede encontrar: un proceso bastante complejo de reasignación de competencias y de modificación de la planta judicial y el coste que todo ello puede acarrear.

## 2. El supuesto especial del recurso contencioso-administrativo en materia sancionadora

Pero no es lo anterior lo que aquí interesa, sino un aspecto más concreto, como es el de su implantación para revisar las sentencias que supongan la ratificación judicial (en todo o en parte) de una sanción impuesta por la Administración, al menos en *algunos* supuestos de infracciones administrativas, como son las de mayor gravedad.

Había voces que así nos lo venían diciendo de manera expresa y, en esto también, tanto desde el ámbito académico (7) como desde el judicial (8).

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional la cuestión estaba zanjada, pues ya se había pronunciado, explícitamente y con reiteración, sobre la no necesidad de la doble instancia, incluso en el contencioso-administrativo sancionador. A este respecto, sin perjuicio de alguna referencia previa (9), la jurisprudencia «canónica» del Tribunal Constitucional arranca de 1995, con la siguiente formulación:

---

(7) Por todos, *vid.* LOZANO CUTANDA, B.: (2018) «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo del *ius puniendi* alternativo», en *RAAP* núm. 102, especialmente págs. 36 y ss.

(8) *Vid.*, la relación de síntesis de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: (2018) «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», en *RAP* núm. 207, pág. 120, donde se hace eco de una autorizada intervención en el debate surgido en el seminario sobre el recurso de casación (cuyas ponencias se recogen previamente en ese mismo número de la *RAP*): «Jorge Rodríguez Zapata, que es el magistrado más antiguo de la Sala 3.<sup>a</sup> y que cuenta además con la experiencia añadida de haber sido magistrado constitucional, llegó a expresar incluso su inquietud acerca de la conformidad del sistema con el Convenio Europeo, lo que —me permití añadir— es particularmente preocupante en el caso de las faltas y sanciones administrativas, que ocupan en nuestro ordenamiento una extensión desmesurada y que materialmente en nada se diferencian de los delitos y de las penas a los que el convenio garantiza la doble instancia. La práctica eliminación del recurso de amparo a resultas de la exigencia de justificación de su «especial trascendencia constitucional» por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, agrava, sin duda, la situación».

(9) Así, en el ATC núm. 771/1985, de 6 de noviembre, ya se afirmaba que el art. 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos «no es bastante por sí mismo para crear recursos inexistentes» y que, aunque su «jurisprudencia ha establecido que las garantías del art. 24.2 de la C.E. son de aplicación al Derecho Administrativo sancionador, se refería exclusivamente a las garantías procesales a guardar dentro del expediente administrativo y en concreto a la audiencia y defensa de la parte sometida a él, pero no para extenderlas a los recursos que procedan sólo desde una determinada cuantía para comprender a sanciones de escasa cuantificación económica, como sucede en

«[...] no se puede obtener, sin embargo, la conclusión de que el derecho a la doble instancia penal haya de ser también reclamable en la esfera del proceso contencioso-administrativo, y ello porque (a diferencia del procedimiento administrativo “sancionador”) no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que ha de ser respetuoso con las principales garantías del art. 24 de la C.E.

La circunstancia de que los Tribunales del orden judicial administrativo puedan, por estimar que la sanción es conforme a Derecho, desestimar el recurso contencioso-administrativo, no autoriza a concluir en que sean tales Tribunales quienes, como acontece en el orden judicial penal, «condenen» al administrado, de tal suerte que, frente a dicha primera condena, haya de surgir, en aplicación de lo dispuesto en aquellas normas de los Pactos internacionales, un derecho a la obtención de la revisión de la condena en una segunda instancia, sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales, pudiendo (a diferencia del proceso penal, en nuestro país siempre informado por el principio de legalidad —art. 100 L.E.Crim.—) su destinatario aquietarse frente a la misma o reaccionar mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo en el que, aquí sí, los arts. 24.1 y 106.1 de la C.E. garantizan a todo ciudadano el libre y efectivo acceso a los Tribunales.

Por esta razón y con independencia de que, frente a la sentencia dictada por los Tribunales administrativos, pueda el legislador (atendida la gravedad de la sanción y la necesidad de cohonestar los derechos fundamentales a “un proceso con todas las garantías” y “sin dilaciones indebidas”) arbitrar los oportunos medios de impugnación, lo cierto es que esta exigencia no se deriva de la Constitución, desde la que no cabe predicar la existencia de un derecho fundamental a la doble instancia contencioso-administrativa» (10).

---

el supuesto de estudio para las inferiores de 500.000 pesetas, por lo que *no cabe extender la doble instancia del proceso contencioso-administrativo a través de una asimilación al proceso penal, para aquellos supuestos en que aquélla no la admite, porque en definitiva aun tratándose de procesos sancionadores su condición se mueve dentro del ámbito administrativo y no es absorbible por el penal, que tiene otras características de mucha mayor entidad punitiva y consecuencias personales graves*» (FJ 3, la cursiva está añadida).

(10) STC núm. 89/1995, de 6 de junio, FJ 4.

Esta interpretación, con los matices propios de cada recurso de amparo, se ha reiterado con posterioridad (11). Aunque también es verdad que, de alguna afirmación aislada, se podría intentar atisbar —de manera un tanto voluntarista, ciertamente— una hipotética relativización a esta exclusión de las sanciones administrativas del derecho al doble grado, pero que no resulta muy convincente (12).

Por lo demás, esta consideración de la (constitucionalmente inexigible) doble instancia contencioso-administrativa ha sido asumida por el Tribunal Supremo en algunos recursos contra actos administrativos sancionadores (13).

De un rápido repaso a esta jurisprudencia constitucional, se pueden extraer ahora algunos aspectos de interés:

- a) La similitud de garantías entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador se agota o finaliza en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador —entre otras razones por la mayor entidad punitiva y más graves consecuencias personales que conlleva el ejercicio de la acción penal— sin alcanzar a la posterior intervención judicial (ATC 771/1985).
- b) El proceso contencioso-administrativo en el que se revisa la legalidad de una sanción —y aunque la ratifique— no es el que activa o ejecuta el *ius puniendi* del Estado, sino que este se manifiesta en el

---

(11) Así, por ejemplo, en la STC núm. 169/1996, de 29 de octubre, podemos leer: «de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, *el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no garantiza en principio el derecho a una doble instancia judicial salvo en el ámbito penal (...), al que no pertenecen las sanciones disciplinarias a los internos de los centros penitenciarios, que se inscriben en el ámbito de las sanciones administrativas (...)*» (FJ 2, la cursiva está añadida).

También en la STC núm. 25/1999, de 8 de marzo, el Tribunal afirmó: «Así expuesta, la alegación descrita carece de contenido. (...) Conclusión que resulta procedente aun entendiendo que el recurrente alude de modo implícito a la vulneración de un pretendido derecho al doble grado de jurisdicción *al tratarse de materia sancionadora* [se discutía una sanción en materia de pesca, impuesta por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación], *pues como hemos dicho en varias ocasiones (SSTC 89/1995 y 169/1996) tal derecho no alcanza a los procesos sancionadores contencioso-administrativos. A lo que cabe añadir que, en el presente caso, la sanción que se discute es meramente patrimonial*» (FJ 2, la cursiva también está añadida).

(12) Se trata de sendas sentencias dictadas en recursos de amparo electoral, contra dos sentencias previas de la Sala del art. 61 LOPJ que, en vía de recurso contencioso-electoral, habían anulado la proclamación de diversas candidaturas y donde podemos leer que «*dada su naturaleza contencioso-electoral y no sancionatoria, ninguna relevancia tiene la aducida vulneración del derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sea sometido a la revisión de un Tribunal superior (art. 24.2 CE en relación con el 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos) pues, como es sobradamente conocido, dicha garantía sólo adquiere rango constitucional en relación con los procedimientos penales, al margen de los cuales la garantía de la doble instancia judicial es de configuración legal*» (SSTC núm. 110/2007, de 10 de mayo, FJ 4, y núm. 44/2009, de 12 de febrero, FJ 12; la cursiva está añadida).

(13) Así, por ejemplo, en la STS de 21 de octubre de 2005, rec. núm. 5876/2002 y en la STS de 15 de febrero de 2016, rec. núm. 3853/2013.

procedimiento administrativo sancionador previo(14). Y de ahí parece deducirse una radical diferencia entre las sanciones penales y las administrativas.

- c) Adicionalmente, las sanciones administrativas meramente patrimoniales quedarían aún más alejadas de un hipotético derecho a la doble instancia (STC 25/1999).

Pero es importante reparar en que todos estos pronunciamientos están dictados antes de la entrada en vigor en España del Protocolo núm. 7 que, como veremos un poco más adelante, no lo haría hasta diciembre de 2009.

## II. La irrupción del Tribunal de Estrasburgo con su sentencia *Saquetti Iglesias c. España*

### 1. En el origen, una sanción pecuniaria por intentar sacar dinero sin la preceptiva declaración previa

El panorama descrito en el apartado anterior —cuestionado doctrinalmente, pero firme en cuanto a su aplicación jurisdiccional— se ha visto sacudido por una reciente intervención del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que, literalmente, está llamada a remover los cimientos de la asentada interpretación constitucional al respecto, cual es su Sentencia *Saquetti Iglesias c. España* (15).

Como en cualquier supuesto, pero más en los de resoluciones sancionadoras, conviene tener una idea precisa de los hechos que desencadenaron la reacción administrativa represora (16). Así, en 2011, el Sr. Saquetti fue sometido a un control en el aeropuerto de Madrid-Barajas, cuando iba a embarcar en dirección a Buenos Aires, en el que se le detectaron escondidos en el equipaje 154.800 euros cuya salida del país no había declarado. De conformidad con lo dispuesto en la Orden reguladora de la

(14) STC núm. 89/1995, cit. y, posteriormente, las SSTC núm. 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; núm. 59/2004, de 19 de abril, FJ 3; núm. 175/2007, de 23 de julio, FJ 6; y núm. 243/2007, FJ 3. Si bien, en estos casos, con la finalidad garantista de precisar que el posterior proceso contencioso-administrativo no sirve para subsanar las lesiones del art. 24 CE que se hubieran podido causar en el procedimiento administrativo sancionador previo.

(15) De 30 de junio de 2020, núm. 50514/13, que tiene ya carácter definitivo, de la que se han ocupado, temprana y oportunamente, SOLDEVILLA FRAGOSO, S.: (2020) «Sentencia de gran impacto: Asunto Saquetti Iglesias v. España. STEDH de 30 de junio de 2020», en *Actualidad Administrativa* núm. 9, 2020, y LOZANO CUTANDA, B.: (2020) «La Sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», en *RAP* núm. 213, págs. 179 y ss.

(16) Procede advertir que entre el relato fáctico que se hace en esta sentencia y el que se hace en la del Tribunal de Justicia de Madrid (citada *infra*, en la nota 20), que revisó la sanción en única instancia, se encuentran algunas diferencias, pero que resultan irrelevantes para lo aquí tratado.



Declaración de movimientos de medios de pago(17), le fue incautada la cantidad total no declarada, a excepción de mil euros (esto es, 153.800 euros). En su descargo, el interesado afirmó que el dinero era de su propiedad y que provenía de las cantidades que había ido trayendo desde Argentina sucesivamente en la época del *corralito* y que había ido declarando en cada entrada (por una suma total de 327.000 euros). Esta cantidad que figuraba en las correspondientes declaraciones de importación no fue objeto de ninguna observación por parte de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Por último, el Sr. Saquetti afirmó desconocer que tenía la obligación de declarar el movimiento de salida de España de tales cantidades.

Tras el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía declaró que tal actuación había sido constitutiva de una infracción grave(18) y le impuso una sanción consistente en una multa de 153.800 euros, que era exactamente la cantidad que le había sido incautada(19).

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra esta sanción, fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid(20). Esta sentencia comienza por rechazar la ignorancia alegada por el recurrente, en relación con el error en su obligación de declarar la salida del dinero (para lo que trae a colación jurisprudencia del orden penal). Tampoco considera acreditado que se hubiese demostrado la propiedad del dinero por parte del recurrente, dada la diferencia temporal existente entre las entradas (2003 y 2004) y el intento de salida del dinero (2011). Asimismo, considera que el bien jurídico protegido por la Ley de Control de Cambios es aplicable al procedimiento administrativo sancionador(21). Y, por úl-

---

(17) Concretamente, en el Punto Quinto («Intervención de los medios de pago») de la Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

(18) Prevista en el art. 52.3.a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

(19) En aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2, a) de la Ley 10/2010 para el caso de incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el art. 34; previsión consistente en una multa, cuyo importe mínimo era de 600 euros y cuyo importe máximo podía ascender hasta el duplo del valor de los medios de pago empleados. Conviene advertir que este amplio margen sancionador, vigente en el momento de las actuaciones seguidas contra el Sr. Saquetti, ha sido corregido por el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto y, ahora, el máximo de la multa ha quedado en el 50 por ciento.

(20) Por su STSJM de 17 de enero de 2013, rec. núm. 1094/2011.

(21) Para lo que recoge lo dicho por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su STS de 24 de marzo de 1988 (ponente Ruiz Vadillo), en la que se afirma que el bien jurídico protegido por la Ley del Control de Cambios es el interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales en cuya vulneración concurre, como consecuencia necesaria, el perjuicio de la economía, que necesita conocer, para el establecimiento de su política, el volumen y la naturaleza de los pagos internacionales.

timo, considera proporcional la multa impuesta, atendiendo las circunstancias del caso (22). Por todo ello, la sentencia de instancia desestima íntegramente la pretensión anulatoria de la sanción.

En aplicación de la modificación operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre (con entrada en vigor durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo), que elevó la *summa gravaminis* de 150.00 a 600.000 euros, se le notificó al recurrente que contra esta sentencia no cabía recurso de casación.

Vetado, así, un ulterior recorrido en la propia jurisdicción contencioso-administrativa, el Sr. Saquetti interpuso un recurso de amparo, que le fue inadmitido por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional del asunto (23).

Ante esta situación, el interesado acudió al Tribunal de Estrasburgo que, tras una tramitación de casi siete años, dictó sentencia. A continuación veremos, separadamente, los diversos aspectos que aborda esta resolución.

---

(22) Lo que se razona de la siguiente manera y que conviene recoger por el reproche que veremos un poco más adelante que le hace el Tribunal de Estrasburgo a este propósito:

«La resolución recurrida a la hora de concretar la sanción impuesta motiva la decisión afirmando que en el caso que nos ocupa concurren las circunstancias de agravación relativas a la notoria cuantía del movimiento, considerándose como tal aquella que duplique el umbral de declaración, y la falta de acreditación del origen de los medios de pago.

Aplicando los anteriores parámetros al presente supuesto debemos tener en consideración que, por una parte ha de estimarse acreditado que el actor no desconocía la obligación que tenía de declarar el dinero que portaba en la maleta facturada; que en virtud de la prueba practicada, no puede estimarse por el actor, a quien incumbe la carga de la prueba, haya acreditado el origen del dinero intervenido pues, tal y como se pone de manifiesto en el informe del SEBLAC, cuyas conclusiones no aparecen desvirtuadas por prueba practicada en esta instancia jurisdiccional, y a través de la documentación por el interesado aportada en el curso del expediente sancionador y en las presentes actuaciones no se puede estimar cumplidamente demostrado el origen, ni mediato ni inmediato, del dinero que le fue intervenido. Esta omisión del deber de declarar, viene envuelta en un «animus» que podemos calificar de doloso, ya que el recurrente debido a su actividad y a las circunstancias a las que ya hemos hecho mención, y que se recogen en el informe antes mencionado, conocía las obligaciones relativas al movimiento de medios de pago, de lo que no cabe sino concluir que concurre una actuación concreta con una finalidad de eludir las obligaciones en materia de declaración de medios de pago.

Ponderados todos los elementos concurrentes se llega a la convicción de que la sanción impuesta resulta proporcionada y adecuadamente graduada según la normativa a la que nos hemos referido y citada en la resolución sancionadora. En este caso concreto no se ha impuesto en grado mínimo ya que la sanción impuesta abarca la totalidad de los medios de pago, pero sí procede considerar que lo ha sido en el grado medio debiendo recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la ley 10/2010 el importe mínimo de la sanción a imponer en el caso de incumplimiento de la obligación de declaración establecida en el artículo 34 será de 600 euros y el importe máximo podrá ascender hasta el duplo del valor de los medios de pago empleados».

(23) En la traducción del Ministerio de Justicia del apartado 10 de esta sentencia se indica que lo fue por un auto de 29 de abril de 2013 (notificado el 3 de mayo siguiente), que en la base de datos del Tribunal Constitucional no se ha encontrado. Pero en el original francés se habla de *décision*, por lo que la inadmisión probablemente se decretaría por simple *providencia*.

## 2. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

### A. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA GARANTIZADO POR EL PROTOCOLO NÚM. 7

La intervención de este Alto Tribunal trae causa de la invocación por el demandante del derecho garantizado por el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio, que dice así:

«1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución».

Conviene recordar que este Protocolo, adoptado en 1984, lo firmó España el 1 de noviembre de 1988, pero no entró en vigor entre nosotros hasta el 1 de diciembre de 2009 (24). Esta es la razón por la que, hasta más recientemente, no lo vemos mencionado en resoluciones judiciales; a diferencia, por cierto, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (25). De hecho, esta es la primera sentencia del Tribunal Europeo, dictada contra España en relación con el derecho proclamado en el art. 2 del Protocolo, que se pronuncia sobre el fondo de la cuestión (26). Y, además, no lo hace en el supuesto que podíamos pensar prototípico —como es el de un proceso penal— sino en el ámbito del enjuiciamiento de una sanción administrativa.

---

(24) El preceptivo Instrumento de Ratificación se publicó en el *BOE* de 15 de octubre de 2009 y contiene una Declaración para el caso de su extensión a Gibraltar por parte del Reino Unido.

(25) De 1966, con entrada en vigor para nosotros en 1976 y cuyo art. 14.5 se refiere de una manera muy parecida al derecho a la doble instancia: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

(26) Con anterioridad, la STEDH de 23 de febrero de 2016, *as. Pérez Martínez c. España*, núm. 26023/10, consideró que no debía pronunciarse sobre esta cuestión porque, en el momento de producirse los hechos (delictivos) de que se trataba, en España no había entrado en vigor aún el Protocolo núm. 7. Por esta misma razón también se produjo la Decisión de inadmisibilidad de 12 de abril de 1996, *as. Sánchez Galán c. España*, núm. 2826/95. En fin, en la más reciente la Decisión de inadmisión de 1 de septiembre de 2015, *as. Dorado Baúlde c. España*, núm. 23486/12, donde el demandante consideraba que el recurso de casación (penal) ante el Tribunal Supremo no podía considerarse una doble instancia garantizadora del derecho atribuido por el art. 2 del Protocolo núm. 7, el Tribunal de Estrasburgo consideró desprovisista de fundamento la pretensión.

Para dilucidar su posible aplicación al caso que nos ocupa —una sanción pecuniaria administrativa revisada por un órgano judicial— el Tribunal se valdrá, como elemento de ayuda interpretativa, del Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 que, ciertamente, contiene útiles e importantes indicaciones (27).

#### B. SOBRE SI SE TRATA DE UNA «INFRACCIÓN PENAL» A LA QUE RESULTE APLICABLE ESTA GARANTÍA

Lo primero que tiene que resolver esta sentencia es si nos encontramos ante una verdadera «infracción penal», que es el presupuesto para que el derecho al doble enjuiciamiento sea aplicable, cosa que el Gobierno español negaba.

A tales efectos, el Tribunal recuerda que este concepto se corresponde con el de «acusación en materia penal» que se contempla en el impor-

(27) Razón por la que merece recogerse ahora alguno de sus apartados:

«17. En el artículo 2 del Protocolo núm. 7 se reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito por un tribunal a que su declaración de culpabilidad o su condena sean revisadas por un tribunal superior. No es necesario que, en todos los casos, esa persona tenga la posibilidad de que tanto la condena como la pena sean revisadas por un tribunal superior. Así, por ejemplo, si el condenado es culpable del delito que se le imputa, este derecho puede limitarse a la revisión de la condena. En comparación con la redacción de la disposición correspondiente del Pacto de las Naciones Unidas (párrafo 5 del artículo 14), se ha añadido la palabra “tribunal” para dejar claro que este artículo no se refiere a los delitos juzgados por autoridades que no sean tribunales en el sentido del artículo 6 del Convenio. (...)»

18. La revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países, ese examen puede limitarse, según el caso, a la aplicación de la ley, como un recurso de casación. En otros países, existe una apelación, que permite llevar tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior. Este artículo deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ejercerse.

(...)

20. El párrafo 2 del artículo 2 del Protocolo núm. 7 permite excepciones a este derecho:

- para delitos menores, tal como se definen en la ley;
- cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal, por ejemplo, por su rango (ministro, juez u otro funcionario de alto rango), o por la naturaleza del delito;
- cuando el interesado haya sido condenado tras un recurso contra su absolución.

21. Para decidir si un delito es de naturaleza menor, un criterio importante es si el delito es punible o no con prisión».

tante art. 6.1 CEDH (28); y, para dilucidar la cuestión, aplica los denominados «criterios Engel» (29), que son estos tres:

- a) *La calificación dada a la infracción en el propio Estado.* De manera que, todo lo que haya sido recogido como delito penal en la legislación de cada Estado, se incluirá en esta categoría. Para acotar más, al firmar el Protocolo algunos Estados añadieron declaraciones en el sentido de que la «infracción penal» se refería exclusivamente a las infracciones calificadas como penales en su propio ordenamiento (30); pero no así España. A este respecto, de lo que no cabe duda alguna es de que la legislación española la ha calificado de infracción administrativa —cuya revisión es competencia de los tribunales contencioso-administrativos (no interviniendo la jurisdicción penal)— y de que, en ningún caso, resultaba punible con una pena privativa de libertad. Todo esto abonaría que no se incluyese entre las infracciones penales; pero —como ya se ha apuntado— este no es el único criterio a manejar, sino que hay otros dos más (apartado 23) (31), que vemos inmediatamente.
- b) *El tipo de infracción de que se trata.* El Tribunal recuerda que siempre ha tenido en cuenta tres aspectos. 1) La magnitud del colectivo al que va dirigida la norma infringida, que en este caso tiene un alcance general y sus destinatarios son todas las personas, físicas o jurídicas, que cruzan la frontera y ejercen actividades en relación con el movimiento de capitales. 2) El tipo y la naturaleza de los intereses protegidos —o, dicho de otra manera, el bien jurídico protegido—, que en este supuesto es el interés de los gobiernos de los Estados en controlar los medios de pago internacionales. Y 3) la existencia de un objetivo de disuasión y represión que, en el presente caso, no tenía por objeto proteger ninguna eventual pérdida de capital por parte del Estado, sino que perseguía esencialmente disuadir o castigar por haber incumplido la obligación legal de formular la declaración. Este elemento de represión resulta de gran relevancia para el Tribunal de Estrasburgo que señala que, por sí

---

(28) «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella».

(29) Acuñaños en la ya antigua STEDH de 8 de junio de 1976, *as. Engel y otros c. Países Bajos*, núm. 5100/71, 5101/71, 5354/72 y 5370/72, especialmente apartados 80 y ss., relativa a un procedimiento disciplinario militar.

(30) Como es el caso de Alemania, Austria, Francia, Italia, Liechtenstein, Países Bajos o Portugal.

(31) Criterios que habrá que entender que solo serán de aplicación en relación con las sanciones formalmente no penales para los Estados no citados en la nota anterior.

solo, podría ser suficiente para otorgar a la sanción impuesta una naturaleza penal que la incluiría en el ámbito de aplicación del art. 6.1 CEDH (apartado 27).

- c) *La gravedad de la sanción impuesta.* En cuanto a este tercer «criterio Engel», el Tribunal reconoce que, en ningún caso (incluido el de las infracciones muy graves), la legislación española permitía aplicar una pena privativa de libertad; pero como la multa impuesta ascendía, prácticamente, a la totalidad de la cantidad descubierta, considera que la gravedad de la sanción impuesta confería al procedimiento seguido «el carácter penal necesario para aplicar el artículo 2 del Protocolo núm. 7» (apartado 29).

Queda claro, pues, para el Tribunal Europeo que nos encontramos ante una infracción *penal* (de las del art. 6.1 CEDH) y, por ende, también en el ámbito de posible aplicación de las garantías del art. 2 del Protocolo núm. 7.

C. SI, NO OBSTANTE TRATARSE DE UNA INFRACCIÓN PENAL, SE ENCUENTRA COMPRENDIDA ENTRE LAS EXCEPCIONES PREVISTAS

Aun tratándose de una infracción penal, en el segundo apartado del art. 2 del Protocolo núm. 7 se recogen tres excepciones, a dos de las cuales pretende acogerse la representación del Gobierno español, por considerar tanto que se trataba de una infracción «de menor gravedad» como que ya había intervenido «el más alto tribunal» nacional. La sentencia había de abordar, entonces, estas objeciones, que —adelantamos ya— declarará no aplicables al caso. Veámoslo.

- a) *La excepción de la menor gravedad.* Ciertamente no se trataba de una infracción a la que correspondiera una pena privativa de libertad, pero este no es un factor decisivo ni el único criterio, para el Tribunal. En efecto, si bien será necesario que la sanción alcance un cierto umbral de gravedad, corresponde a las autoridades nacionales examinar su proporcionalidad y las consecuencias especialmente graves según su situación personal. Y aquí el Tribunal formula un reproche a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por considerar que no había tenido en cuenta las concretas circunstancias del sancionado (32), llegando a afirmar que la sentencia de

(32) Como que la sanción equivalía a todos los bienes personales que el demandante, que no tiene antecedentes penales, pudo ahorrar durante sus visitas periódicas a España; que no se ha demostrado que los fondos incautados fueran el resultado de prácticas vinculadas al blanqueo de capitales; así como que el Gobierno no impugnó el cumplimiento de la obligación de declarar los fondos cada vez que entraba en territorio español.

instancia «no contiene análisis alguno de la proporcionalidad de la medida» y que «no tuvo en cuenta ni las circunstancias personales del demandante ni los documentos o pruebas aportados por aquel» (apartado 42). En definitiva, el Tribunal considera que la incautación de prácticamente la totalidad de la cantidad descubierta durante el control aduanero, sin que las autoridades internas hubieran realizado un examen de proporcionalidad, impide que la infracción se considere «de menor gravedad» (apartado 44).

- b) *La excepción de haber sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal.* Lo que se rechaza en el caso de manera contundente por apreciar que, de conformidad con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Tribunal Supremo forma parte de la jerarquía de los tribunales ordinarios y al mismo se podía acudir (entonces) siempre que la cuantía fuera superior a 600.000 euros, de donde se deduce que el Tribunal Superior de Justicia no era «el más alto tribunal».

Rechazada la posibilidad de que la actuación sancionadora pudiera encuadrarse en alguna de las excepciones previstas en el art. 2.2 del Protocolo núm. 7, la sentencia interpreta que al demandante le ampara el derecho a la revisión de su sanción por una instancia superior. No obstante lo cual, el tribunal considera pertinente analizar si el demandante no había disfrutado, efectivamente, de una doble instancia, que es lo que veremos a continuación.

#### D. SI EL DEMANDANTE SE HA BENEFICIADO DE UNA DOBLE INSTANCIA

La sentencia tiene que dilucidar este aspecto porque la representación del Gobierno español había aducido dos argumentos en tal sentido. El primero era que las quejas del demandante ya habían sido revisadas, efectivamente, en una doble instancia: en primer lugar, por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera y, en segundo lugar, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La sentencia despacha rápidamente este argumento, señalando que ya el Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 indica que las autoridades que no sean tribunales en el sentido del art. 6 CEDH (y el Ministerio de Economía no lo es, evidentemente) no pueden ser consideradas como «jurisdicciones».

El segundo argumento era que el interesado había tenido la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional, cuyo recurso de amparo fue inadmitido, como ya se ha señalado. Conviene que nos detengamos un momento en este punto, porque puede tener una relevancia mayor que la que atañe al caso concreto.

Así, de conformidad con el mencionado Informe Explicativo, los tribunales de apelación o de casación cumplen los requisitos de la «doble instancia jurisdiccional», pero no hay mención alguna a los tribunales constitucionales, razón por la que en este caso habrá que analizar el papel del Tribunal Constitucional en este asunto y el carácter de la revisión posible en el recurso de amparo, llegando la sentencia a la conclusión(33) de que, a la vista de las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo, este Tribunal no puede ser considerado como una segunda instancia a los efectos del artículo 2 del Protocolo núm. 7.

Esta conclusión parece inobjetable, pero sí que podría denotar una cierta incoherencia con lo interpretado en un caso anterior, también referido a España(34). De entrada hay que señalar que los hechos eran radicalmente distintos, pues se trataba de una sentencia penal condenatoria de la Audiencia Nacional revisada en casación por el Tribunal Supremo y en la que el demandante consideraba que se había violado este art. 2 del Protocolo núm. 7, basándose en las limitaciones propias del recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El Tribunal Europeo rechazará este argumento(35), pero añadirá *a mayor abundamiento* que la sentencia del Tribunal Supremo era susceptible de un examen posterior por el Tribunal Constitucional —cosa que el demandante intentó; pero el recurso

(33) Tras razonar que, a) de conformidad con la legislación española, la competencia para examinar la legalidad ordinaria está reservada a los juzgados o tribunales que forman parte del poder judicial (incluidos tribunales de apelación o casación). Y b) de conformidad con el artículo 53.2 de la Constitución, cuando el Tribunal Constitucional deba pronunciarse sobre un recurso de amparo, podrá comprobar si las resoluciones administrativas o judiciales pertinentes han respetado los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución. En particular, en lo que respecta a los recursos de amparo interpuestos contra una resolución judicial, como en el presente asunto, el artículo 54 de la LOTC limita la función del Alto Tribunal a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades. Dicha disposición establece que se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales. Por otro lado, el propio Tribunal Constitucional ha aclarado a través de su jurisprudencia que no se creó para reparar las infracciones de preceptos, sino para restablecer y preservar los derechos fundamentales garantizados por el artículo 53.2 cuando estos se han infringido de forma real y efectiva. La infracción del precepto constitucional es condición necesaria pero no suficiente. En definitiva, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley.

(34) Se trata de la Decisión de inadmisibilidad *as. Dorado Baúlde c. España*, citada *supra*, en la nota 26.

(35) Interpretando que los Estados disponen en principio de un amplio margen de apreciación para determinar en qué forma se ejerce el derecho garantizado por el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio. Por consiguiente, el examen por parte de una jurisdicción superior de una declaración de culpabilidad o condena puede referirse a cuestiones de hecho y de derecho o limitarse únicamente a las cuestiones de derecho. A este respecto, los Estados pueden limitar el ámbito del examen por una jurisdicción superior en virtud de la referencia en el párrafo 1 del art. 2 del Protocolo núm. 7 a la legislación nacional. Así, en varios Estados el examen se limita a cuestiones de derecho o puede estar sujeto a que la persona que desea recurrir deba solicitar previamente la admisión del recurso. En el caso, el Tribunal Supremo reiteró en su sentencia que el recurso contra la sentencia de la Audiencia Nacional otorgaba al demandante el derecho a que su declaración de culpabilidad y condena fuese revisada por una jurisdicción superior y ello bastaba para considerar el recurso conforme con los estándares internacionales.



de amparo fue inadmitido por carecer su demanda de especial trascendencia constitucional—, lo que a su entender «confirma el derecho del demandante a una revisión judicial de la sentencia» (apartado 16, *in fine*). Vemos, pues, que en esta decisión *Dorado Baúlde c. España*, la posibilidad de recurrir en amparo al Tribunal Constitucional reforzaba el argumento de la existencia de la doble instancia; y, sin embargo, en la Sentencia *Saquetti Iglesias c. España*—con mayor esfuerzo argumental y, probablemente, de manera más acertada— tal argumento no resulta admisible.

Volviendo al caso que nos ocupa, para el Tribunal de Estrasburgo la única autoridad judicial que consideró los hechos fue el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la mencionada imposibilidad legal de interponer un recurso de casación.

#### E. LA CONCLUSIÓN ES LA LESIÓN DEL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA

De todo lo anterior la sentencia deducirá que, aunque ajustadas a la Ley, las limitaciones cuantitativas del derecho a recurrir en casación impidieron al demandante que su sanción fuera revisada por un tribunal superior e infringieron la esencia misma del derecho amparado por el artículo 2 del Protocolo núm. 7 (apartado 60).

Así, pues, a la vista del conjunto de circunstancias particulares del caso, en especial de la gravedad de la sanción impuesta al demandante, del incumplimiento de la obligación de examinar las circunstancias personales por parte de las autoridades internas y de la ausencia de una instancia superior, el Tribunal de Estrasburgo concluye que se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio.

#### F. EL VOTO PARTICULAR CONCURRENTES DEL JUEZ LEMMENS

Suscribiendo la existencia de una vulneración del derecho a la doble instancia, el Presidente de la Sala formula un interesante voto discrepante en cuanto al razonamiento seguido en la sentencia. En síntesis, su objeción se basa en el rechazo al *iter* argumentativo seguido por el parecer mayoritario de la sentencia para descartar que se tratase de una infracción de menor gravedad, que —recuérdese— se hizo afirmando que había de tenerse en cuenta las circunstancias del caso y, en particular, la proporcionalidad, así como las consecuencias especialmente graves a la luz de la situación personal del demandante(36). Ya hemos visto que

---

(36) *Vid. supra* el apartado 2.C),a) (correspondiente al párrafo 37 de la sentencia).

el Tribunal de Estrasburgo reprochaba con dureza la argumentación seguida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid a este respecto.

Dejando ahora a un lado el más que discutible acierto de este reproche (37), lo que le preocupa al voto particular es que, con esta manera de razonar, se pueda llegar a una «subjetivización» del concepto de infracción de menor gravedad, pues dependerá del resultado del examen que haga el órgano judicial en cada caso. Y esto no sería coherente ni con el texto ni con la finalidad del art. 2 del Protocolo núm. 7, que habla de infracciones de menor gravedad «según las defina la ley» (de cada Estado, se insiste). A su juicio, la aplicación o no de la tan repetida excepción para las infracciones de menor gravedad debe determinarse sobre la base de circunstancias objetivas. Como requisito de seguridad jurídica y, por tanto, de protección contra la arbitrariedad, debe de quedar claro si la sentencia dictada —siempre que sea condenatoria, naturalmente— es susceptible de ser recurrida y en qué condiciones. Dicho con las palabras del juez belga: «En la medida en que la gravedad de la sanción desempeña un papel, a mi juicio se trata de la gravedad de la sanción que *pueda* imponerse y no la gravedad de la sanción que se *ha* impuesto. En otras palabras, se deben tener en cuenta los efectos potenciales de una posible sanción. Esos efectos se determinarán sobre una base legal, no sobre la base de la sentencia dictada en el caso de una persona determinada» (38).

Y, sentado esto, el Juez Lemmens ratifica que, a su juicio, tal y como está establecida en la legislación española, no se trataba de una infracción de menor gravedad, razón por la que coincide con la decisión de la sentencia (39).

#### G. LA INDEMNIZACIÓN COMO SATISFACCIÓN EQUITATIVA

De conformidad con lo previsto en el art. 41 CEDH para cuando se ha producido la lesión de un derecho convencional y solo se permite de

(37) Pues la sentencia de instancia sí que contenía un largo fundamento jurídico séptimo dedicado a la cuestión y, sin embargo, la sentencia de Estrasburgo afirma que «no contiene análisis alguno de la proporcionalidad de la medida impugnada» (apartado 42).

(38) Apartado 4 del voto particular (las cursivas aparecen en el texto original).

(39) «Dado que el límite máximo es el doble del valor de las cantidades no declaradas, esto significa que la cantidad realmente impuesta *podría* ser tal que debería considerarse que tiene efectos significativos, o incluso muy significativos, para el acusado, de la misma forma que una sentencia de privación de libertad *podría* tener efectos significativos. Que ese razonamiento no es puramente teórico queda demostrado por lo sucedido en el presente caso: el importe de la multa efectivamente impuesta es considerable y corresponde a años de ahorros realizados por el demandante, sin que haya indicios de blanqueo de capitales o de haber cometido fraude fiscal» (apartado 5 del voto particular; la cursiva también aparece en el original).

manera imperfecta reparar sus consecuencias, la sentencia aborda finalmente la procedencia de una compensación o indemnización en este caso (40).

A este respecto, las posturas del demandante y del Gobierno de España eran, como es lógico, radicalmente dispares (41). El Tribunal de Estrasburgo zanja la cuestión diciendo que no se puede especular sobre cuál habría sido el resultado si el demandante hubiera disfrutado de la garantía del art. 2 del Protocolo 7, pero no considera irrazonable entender que sufrió tanto una pérdida de oportunidad real como unos daños morales ciertos que la mera constatación de tal violación en la sentencia no basta para remediar. En consecuencia, atendiendo a las circunstancias del caso y resolviendo en términos de equidad, otorga al demandante una indemnización de 9.600 euros en concepto de daños morales (42).

A lo anterior podemos añadir que la sentencia contiene también una parcial condena en costas (43) y la expresa inclusión de los intereses moratorios (44).

---

(40) Conviene advertir que en este asunto *Saqueti* ni se planteó la posibilidad de reparación por la vía del recurso extraordinario de revisión —previsto, desde 2015, en el art. 5 *bis* LOPJ y en el art. 102.2 LJCA para cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiera declarado que una resolución judicial ha sido dictada con violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo y sus Protocolos—, puesto que la lesión no traía causa, propiamente, de la sentencia de instancia sino que se encontraba en la regulación del recurso de casación prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en aquel momento vigente. Como precisa el Tribunal de Estrasburgo, «el único fundamento para otorgar la satisfacción equitativa en el presente asunto reside en el hecho de que el demandante no ha podido disfrutar de las garantías del artículo 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio» (apartado 66).

(41) Así, el primero reclamaba 153.200 euros en concepto de daños materiales —que se correspondían con la diferencia entre lo incautado y el mínimo de multa previsto en la ley (recuérdese, de 600 euros); dando por supuesto que el disfrute de una doble instancia le habría deparado ese resultado— y otros 13.788 euros por cada año transcurrido entre la incautación y la sentencia, más un tipo de interés anual del 9 por ciento. De otra parte, por lo que respecta a los daños materiales, el Gobierno negó la existencia de nexo causal entre la infracción del derecho a la doble instancia y el daño alegado —pues una revisión de la sentencia en segunda instancia no implicaba que el demandante hubiera sido absuelto y la multa anulada— y, por lo que respecta a los daños morales, consideraba que la mera declaración de la vulneración de su derecho ya constituía una satisfacción equitativa suficiente.

(42) El *modus operandi* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en estos casos de pérdida de oportunidad procesal suele ser acumular dicho perjuicio (e incluso identificándolo, a veces) con los daños morales, otorgando en todo caso una indemnización global. Para mayores precisiones al respecto, *vid.* COBREROS MENDAZONA, E. (2013): «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», en *RVAP* núm. 96, especialmente págs. 77 y ss.

(43) Las causadas en el infructuoso procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional y las originadas por el propio proceso europeo, que cuantifica en 2.000 y 3.000 euros, respectivamente.

(44) Consistentes en el interés marginal interbancario establecido por el Banco Central Europeo, incrementado en tres puntos, desde el momento en que pasen los tres meses desde la firmeza de la sentencia, esto es, si no se recurre a la Gran Sala o tras la intervención de esta (de conformidad con el art. 44.2 CEDH).

### 3. Algunas consideraciones sobre las dificultades que presenta el derecho a la doble instancia en el Protocolo núm. 7

El denominado derecho a la doble instancia, tanto por su configuración como por su ámbito de aplicación, resulta notablemente impreciso, como la lectura de esta sentencia también muestra. Veamos rápidamente algunas de las dificultades a tal respecto.

En primer lugar, el concepto de infracción penal no es un concepto formal, esto es, aquello que se recoge en el Código Penal de cada Estado (45) —aunque sea un importante criterio a tener en cuenta—, sino un concepto autónomo, propio del Convenio Europeo y que puede ser más amplio en algunos casos. De tal manera que puede haber infracciones no estrictamente penales, como las administrativas, que se incluyan en este concepto convencional de infracción penal (46). Así, pues, además de las impuestas por un órgano jurisdiccional penal, habrá que dilucidar cuáles de las dispuestas por una Administración pueden y deben englobarse en este concepto.

Aun en los casos de plena aplicación, la garantía admite tres notables excepciones. Dos no son especialmente abstrusas —que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal estatal o que haya sido condenado al resolverse un recurso contra su absolución—, pero la relativa a las «infracciones de menor gravedad según las defina la ley» sí que presenta dificultades de concreción, puesto que la mayor o menor gravedad de algo siempre comporta un elemento valorativo y, por tanto, con cierto grado de subjetividad. Así, sin perjuicio de que sea reconocible una *zona de certeza*, tanto negativa —esto es, para excluir claramente su aplicación (así, deben quedar fuera de las de menor gravedad aquellas infracciones que comporten o puedan comportar una privación de libertad) (47)— como positiva —esto es, para englobar indubitadamente su aplicación (como es el caso de las infracciones que se sancionen con una multa de pequeña cuantía)—, lo que resulta finalmente es que el *halo de penumbra* de este concepto de «la menor gravedad» es muy amplio. Consciente de ello, el Tribunal ha querido precisar más a partir de su construcción de los denominados «criterios Engel»; pero también hay que reconocer que dichas pautas interpretativas, aun-

(45) Recuérdense lo dicho *supra*, en el apartado II.2,B), completado con lo precisado en la nota 30.

(46) Y, a la inversa, infracciones penales *stricto sensu*, pero de menor gravedad y que, por lo tanto, no se benefician de la garantía del Protocolo núm. 7, según lo dispuesto en su art. 2.2. Pero esta no es una cuestión que interese ahora.

(47) *Vid.*, en este sentido, la STEDH de 1 de octubre de 2009, *as. Stanchev c. Bulgaria*, núm. 8682/02, en la que se consideró que una infracción calificada como administrativa, pero a la que le podía corresponder una pena privativa de libertad de hasta quince días (aunque en el caso la sanción lo fue a cinco), no podía considerarse una infracción penal de menor gravedad (apartados 44 a 48).

que ayudan, tampoco están exentas de cierto nivel de indeterminación (destacadamente, el tercero de ellos, como es la *gravedad* de la sanción prevista); de tal manera que, en estos casos, aplicar los mismos criterios no garantiza llegar a la misma conclusión (48).

A este respecto, además, la propia sentencia *Saqueti* nos ha mostrado a las claras algunas dificultades de apreciación, al introducir un elemento de subjetivización o de dilucidación para cada caso, cuando establece que «si bien será necesario que la medida controvertida alcance cierto umbral de gravedad, corresponderá a las autoridades nacionales examinar su *proporcionalidad* y las consecuencias especialmente graves a la luz de la *situación personal del demandante*» (49). Esta exigencia de dirigir el foco del enjuiciamiento hacia el caso concreto puede dificultar mucho el concepto convencional de lo que se entiende por *infracción penal de no menor gravedad*, que es la que goza de la protección del Protocolo núm.7. No es fácil de asimilar, a efectos de la aplicación de este derecho a la doble instancia, que la imposición de una sanción, para un sujeto, tenga la consideración de «infracción penal de gravedad» y, para otro sujeto, lo sea de «menor gravedad», de tal forma que la primera goce de la protección del derecho a la doble instancia y la segunda no. Recuérdese a este propósito la crítica que realiza el voto particular, poniendo de relieve la necesidad —a su juicio, por razones de seguridad jurídica y protección frente a la arbitrariedad— de que lo que sean infracciones de menor gravedad se determine por circunstancias objetivas, quedando claro qué sentencias son recurribles y cuáles no, pero en base a las predeterminaciones legales, no a lo que diga una sentencia dictada para una persona determinada.

Por último, el Protocolo núm. 7 tampoco precisa más cómo debe materializarse el derecho a la doble instancia. En virtud de la referencia que el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 hace a su regulación «por ley» (que hay que sobrentender que es la nacional), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que permite un amplio margen de apreciación a los Estados,

---

(48) Un ejemplo de lo que se quiere decir lo tenemos en nuestra propia jurisprudencia constitucional, donde, hace ya tiempo (STC núm. 5/1985, de 23 de enero), para apreciar si se habían producido o no las «dilaciones indebidas» proscritas por el art. 24.2 CE, el Tribunal Constitucional expresamente señaló que por dilación indebida no se está diciendo cosa distinta del «plazo razonable» que garantiza el artículo 6.1 de la Convención Europea y de lo que al respecto había señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, aplicando los criterios acuñados por el Tribunal Europeo para dilucidar el cumplimiento o no de dicho plazo razonable, llegó a la conclusión de que no se había producido la existencia de dilaciones indebidas en el proceso que se le sometió a enjuiciamiento (aunque a la opinión mayoritaria hay que reconocer que se le formuló un voto particular por el Magistrado Tomás y Valiente). Sin embargo, recurrido el caso en Estrasburgo, utilizando —se insiste— los mismos criterios a los que se había reclamado el Tribunal Constitucional español, el Tribunal Europeo consideró que sí se había producido una violación del plazo razonable (STEDH de 7 de julio de 1989, *as. Sanders c. España*, núm. 11681/85).

(49) Apartado 37 (la cursiva está añadida).

de manera que estos pueden optar por articular una vía de recurso que permita la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho o solo de estas últimas(50). Y esto, como veremos en el apartado siguiente, dedicado al ordenamiento español de aplicación, añade un punto más de complejidad.

### III. La necesaria doble instancia en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española para algunas sanciones administrativas

#### 1. Relevancia de la *STEDH Saquetti Iglesias c. España*

A la vista de esta sentencia de Estrasburgo, la conveniencia de una doble instancia generalizada en el orden contencioso-administrativo se ha transformado en una exigencia imperiosa para la revisión de las infracciones administrativas que no sean de menor gravedad(51). Así lo requiere el cumplimiento del Protocolo núm. 7 y, derivadamente —esto es, por exigencias del art. 10.2 CE(52)—, la inexcusable reinterpretación del art. 24 CE. Dicho de otra manera, la interpretación constitucional consistente en la inexigibilidad de la doble instancia en el orden contencioso-administrativo, ni siquiera para el caso de las sanciones administrativas —que ya conocemos—, ha quedado desautorizada por esta intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, ahora, tal posibilidad de revisión sí que resulta necesaria para algunas sanciones administrativas (las que no sean de menor gravedad, se insiste). Todo ello, con fundamento tanto en las obligaciones internacionales contraídas por España —como Estado contratante del Convenio Europeo Derechos Humanos y sus Protocolos—, como en el propio art. 24 CE a la luz del art. 10.2 CE(53). Así, pues, también el Tribunal Constitucional tendrá que modificar su postura(54).

(50) Vid. la STEDH de 13 de febrero de 2001, *as. Krombach c. Francia*, núm. 29731/96, apartado 96, para un asunto penal en relación con la denegación de acceso al recurso de casación a quien había sido juzgado en rebeldía.

(51) De similar manera tanto SOLDEVILLA FRAGOSO, S., *op. cit.*, como LOZANO CUTANDA, B., «La Sentencia Saquetti...», cit.

(52) Que, como es sabido, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales se deben interpretar de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, entre los que destaca el Convenio de Roma (muy especialmente por la relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precisamente. Al respecto, valga con la remisión al clásico trabajo de SAIZ ARNAIZ, A. (1999): *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. CGPJ. Madrid, especialmente págs. 134 y ss.

(53) En este mismo sentido ya lo había adelantado LOZANO CUTANDA, B., «Sanciones administrativas...», cit. pág. 37.

(54) Cosa que ya ha hecho para algunas otras cuestiones en ocasiones anteriores y de encomiable manera —aunque a veces la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya

Hay que recordar, en todo caso, que la sentencia *Saqueti* se produce en un contexto normativo que no es el actual, pues la regulación vigente entonces —con sus limitaciones cuantitativas a efectos de utilizar el recurso de casación— ha quedado ya derogada y sustituida por una nueva regulación del recurso de casación (2015). Clarificado que en el momento de dictarse la sentencia de instancia la imposibilidad de recurrirla era indiscutible, por expreso ministerio de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa(55), la cuestión que debemos plantearnos ahora es si el vigente sistema de recursos contencioso-administrativos preserva el derecho al doble grado jurisdiccional establecido en el art. 2 del Protocolo núm. 7.

## 2. Sobre si el sistema de recursos contencioso-administrativos garantiza la doble instancia para las infracciones administrativas graves

### A. EL RECURSO DE APELACIÓN

El derecho a la doble instancia se garantiza con el recurso de apelación, sin duda alguna(56). Para lo que aquí interesa, actualmente está previsto contra sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (57) o de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administra-

---

podido ser no muy acertada—, como, por ejemplo, ha sucedido muy recientemente con la STC 85/2019, de 19 de junio [para la incidencia de los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo en este concreto radical cambio jurisprudencial del Tribunal Constitucional puede consultarse COBREROS MENDAZONA, E., (2019): «El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada», en *RAP* núm. 209, especialmente págs. 22 y ss.].

(55) De hecho, como ya se ha señalado *supra* (en la nota 40), en ningún momento se barajó la posibilidad de reparar la conculcación del derecho convencional vía revisión de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (posibilitada por la reforma de la LOPJ de 2015); lo que sí se hizo, por ejemplo, en la reciente STEDH de 14 de enero de 2020, *as. Pardo Campoy y Lozano Rodríguez c. España*, núm. 53421/15 y 53427/15, apartados 49 y 50, que considera que la forma más apropiada de reparar la lesión del art. 6.1 CEDH apreciada era utilizar el recurso extraordinario de revisión penal (*ex. art. 954.3 LECrim.*), también introducido con la mencionada reforma de 2015.

En efecto, hay que tener en cuenta que, en el caso que nos ocupa, la violación del derecho convencional no se imputaba directamente a lo interpretado y aplicado por la sentencia de instancia, sino a la imposibilidad *legal* de recurrirla ante un órgano jurisdiccional superior, con lo que no tenía sentido la repetición del proceso contencioso-administrativo como vía efectiva de cumplimiento. Y de ahí que se utilizase la indemnización como satisfacción equitativa, en los términos ya vistos.

(56) Ya que permite revisar no solo la interpretación y aplicación del Derecho, sino también la reconstrucción de los hechos probados, a partir de un nuevo recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en la primera instancia por causas no imputables al recurrente (art. 85.3 LJCA).

(57) Estos juzgados provinciales conocen de las sanciones impuestas i) por las entidades locales o sus entes dependientes, ii) por las administraciones autonómicas (salvo si lo son de su Consejo de Gobierno) y iii) por la Administración Periférica del Estado consistentes en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses [art. 8.2,b) y 3 LJCA].

tivo (58) cuando la cuantía es superior a los 30.000 euros o si se hubieran tramitado por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona [art. 81.1,a) y 2,b) LJCA].

La única duda que podría plantearse es la de si entre las sanciones inferiores a 30.000 euros podría encontrarse comprendida alguna que, conforme a los criterios ya vistos, pudiese ser calificada de «infracción penal de no menor gravedad», ya que su control por estos órganos judiciales unipersonales se articula a través de una única instancia. En todo caso, parece que tal hipótesis, de darse, solo constituiría algún supuesto residual.

Queda por precisar que las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo no susceptibles de este recurso de apelación, sí lo son en vía de casación «cuando contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos» (art. 86.1, apartado 2 LJCA). Pero, como en seguida se advierte, esta no es una vía destinada, precisamente, a garantizar los derechos de los particulares afectados, sino los intereses representados por las administraciones públicas, razón por la que no debe ser tenida en cuenta, ahora, a nuestros efectos.

## B. EL VIGENTE RECURSO DE CASACIÓN

Los problemas surgen, como era previsible, en el ámbito del recurso de casación, que es el previsto para los restantes supuestos, entre los que se encuentran los que aquí interesan, esto es, los de mayor gravedad sancionatoria.

Veamos los aspectos más relevantes, solo y siempre en relación con la problemática que nos ocupa.

- a) Lo primero que hay que señalar es su diseño como un recurso con tendencia universal, esto es, susceptible de utilizarse frente a cualquier sentencia. Y esto podría ser un rasgo positivo a efectos de la revisión jurisdiccional de una sentencia confirmatoria de una sanción administrativa grave. Pero su regulación contiene una limitación para su acceso muy destacada, ya que la finalidad del vigente recurso de casación no es la de garantizar los derechos de los recurrentes, sino que parte exclusivamente de la necesaria constatación previa de que el recurso planteado «presenta interés

---

(58) Estos juzgados de Madrid conocen de las sanciones impuestas por los órganos centrales de la Administración General del Estado consistentes en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses [art. 9.1,b) LJCA].



casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia». Dicho en formulación más clásica, no se trata de satisfacer el *ius litigatoris* sino de establecer el *ius constitutionis* (59). De ahí que la tasa de recursos admitidos por la Sala Tercera, para su resolución por sentencia, sea muy baja (60). Además, la admisión del recurso no garantiza, en absoluto, que se resuelvan todas las cuestiones planteadas en el mismo por el recurrente, sino solo las que cumplan el mencionado requisito y así se recoja en el auto de admisión.

- b) Por lo que respecta al presupuesto fáctico que sustenta la aplicación de la potestad sancionadora del Estado (en nuestro caso *sub specie administrationis*), el recurso de casación pretende quedar absolutamente al margen, como recurso extraordinario y de cuestiones exclusivamente jurídicas que es. Y así lo ha explicitado la propia Sala Tercera en diversas ocasiones (61). Es más, parece que el nuevo recurso de casación resulta más restrictivo que el precedente por cuanto que antes se permitía la alegación de que la valoración probatoria efectuada en la instancia había sido ilógica, irracional o arbitraria o contra las reglas de la sana crítica. A este respecto hay que reconocer que nos encontramos con pronunciamientos que dan a entender tanto lo primero (62) como que todavía

---

(59) Así, por ejemplo, la STS de 31 de octubre de 2019, rec. núm. 412/2019, recogiendo jurisprudencia anterior, señala expresamente que «el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia tiene una virtualidad expansiva y pretende resolver problemas generales relacionados con la seguridad jurídica en la aplicación de la Justicia (*ius constitutionis*) y no tanto pretensiones particulares —por más que sean legítimas— de los justiciables (*ius litigatoris*)».

(60) Se suele manejar la cifra de inadmisión de las cuatro quintas partes de los intentados.  *Vid. los datos recogidos por CASADO CASADO, L. (2019): Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones. Tirant lo Blanch. Valencia, especialmente págs. 229 y ss.*

(61) Como, por ejemplo, cuando señala que el reexamen de los elementos fácticos «no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87. bis,1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho» (ATS de 10 de abril de 2017, rec. núm. 227/2017, dictado en un recurso de casación intentado en un caso de una sanción, precisamente).

(62) Cuando en el ATS de 29 de marzo de 2019, rec. núm. 33/2019, afirma:

«(...) resultan ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos; como son, por principio, las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en el pleito. De ahí que resulte plenamente lógica la regla del tan citado artículo 87. bis, párrafo 1.º.

Es verdad que, en el marco de la antigua regulación del recurso de casación, la jurisprudencia matizó que aun estando excluida del mismo la valoración de la prueba, tal valoración podía ser cuestionada en casación en circunstancias que expresamente se calificaban de “excepcionales”, entre las que destacaba la referida a los casos en que se denunciara que la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de instancia hubiera sido no ya equivocada, sino más aún, manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria.

cabría algún resquicio, referido a la calificación jurídica de los hechos, en la vía casacional (63).

- c) Como posibles supuestos de existencia de interés casacional objetivo, aparecen mencionadas las resoluciones dictadas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Pero a este respecto conviene precisar, en primer lugar, que conforme al sistema anterior, de alguna manera, es un supuesto que ahora es de peor calidad a efectos de su recurribilidad (que antes era mucho más admitida); además, es uno más de los supuestos que, a efectos ejemplificativos, se recogen en el art. 88.2, i) LJCA, necesitando de motivación *ad hoc* para su admisión, razón por la que la Sala Tercera ha interpretado que se trata un mero indicio (64); en fin, repárese en que no es suficiente la lesión de un derecho fundamental, sino que ha de haberse seguido, específicamente, el cauce previsto en los arts. 114 y ss. LJCA (65).

---

Si en el antiguo recurso de casación la discusión sobre la valoración de la prueba ya se admitía con carácter excepcional y restrictivo, mucho más excepcional y restrictiva ha de ser su admisión en la actual y novedosa regulación del recurso que, como hemos dejado expuesto, centra su objetivo en la interpretación del Derecho y no en los asuntos o cuestiones con perfiles marcadamente casuísticos y circunstanciados, precisamente porque estos últimos carecen de la dimensión de interés casacional objetivo que es inherente al nuevo sistema casacional. Por ello, han de quedar excluidas del actual recurso de casación las cuestiones en las que la parte manifiesta su discrepancia con el resultado valorativo de la prueba realizado por el Tribunal *a quo*, del que deduce unos hechos con trascendencia jurídica en cumplimiento de las previsiones legales sobre la valoración de la prueba, cuando éstas, como en el caso de la prueba pericial, le permitan un margen valorativo (conforme a las reglas de la "sana crítica") que la parte pretende discutir alegando que el juicio valorativo ha sido ilógico o arbitrario, pues ello revela, en definitiva, una discrepancia con el resultado de dicha valoración sin plantear, en realidad, una infracción de la norma jurídica que establece los criterios de valoración que debe utilizar un Tribunal al enjuiciar este tipo de pruebas. En este sentido se enmarca el actual artículo 87bis, párrafo 1.º, de la LJCA.

(63) Como hace la STS de 20 de julio de 2020, rec. núm. 4541/2019 (reproduciendo lo dicho en el ATS de 10 de diciembre de 2018, rec. núm. 462/2018): «(...) una cosa son los hechos, y otra las consecuencias jurídicas que de ellos dimanar. La apreciación del Tribunal de instancia sobre los hechos que constituyen la base del litigio no puede ser controvertida en casación salvo en circunstancias excepcionales que ha detallado la jurisprudencia; pero, en cambio, la pura valoración jurídica que esos hechos merecen, o lo que es lo mismo, la calificación jurídica de dichos hechos, o la determinación de las consecuencias jurídicas que de tales hechos fluyen, son cuestiones que precisamente por residenciarse en el terreno de los juicios de carácter jurídico resultan susceptibles de problematizarse en casación siempre y cuando se desenvuelvan en este específico ámbito de la discusión jurídica y no pretendan encubrir bajo el mismo una discusión puramente fáctica».

(64) Como expresivamente dice el ATS de 15 de marzo de 2017, rec. núm. 110/2017: «El hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática, ya que pesa sobre la recurrente la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado».

(65) *Vid.* el ATS de 15 de julio de 2019, rec. núm. 267/2019.

- d) Entre los supuestos de los que podríamos considerar «privilegiados», porque se presume legalmente su interés casacional (66), se menciona de expresa manera el de los recursos contra actos de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Nacional [art. 88.3.d) LJCA]. Ciertamente estos entes suelen tener reconocida una potestad sancionadora muy notable y desde tal perspectiva favorece la revisión de las sentencias. Pero resulta evidente, asimismo, que quedan fuera de esta presunción muchos otros supuestos de sanciones administrativas graves.

### 3. Una valoración sobre la efectividad real del recurso de casación

Si se tiene en cuenta que el recurso más ordinario o común ahora es el recurso extraordinario de casación, conviene una reflexión de conjunto sobre la idoneidad de este recurso en relación con la cuestión que nos ocupa.

Así, tiene de favorable que es un recurso que no viene limitado por la cuantía del pleito, como era tradicional (y ese fue, precisamente, el problema en el caso *Saquetti*). Pero el finísimo filtro que supone el tan repetido «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» es una limitación objetiva muy grande a efectos de garantizar la doble instancia (67).

A ello debemos sumar la interpretación «doméstica» sobre el diferente nivel de protección otorgado al acceso a la jurisdicción (que entra de lleno en el ámbito del art. 24.1 CE) y al acceso al recurso (utilizable según la configuración legal establecida y al que no le alcanza el principio *pro actione*), respectivamente, según consolidadísima jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (68), a lo que debe añadirse la mayor restricción aún en

---

(66) Sin perjuicio de que sea perfectamente posible su inadmisión por auto motivado, cuando se aprecia una manifiesta carencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (art. 88.3 *in fine* LJCA).

(67) Podrá, quizá, superarse en un primer momento, para formar jurisprudencia sobre estos supuestos, pero una vez precisada esta, dejará de ser una garantía subjetiva del sancionado, que es lo que está dispuesto en el Protocolo núm. 7.

(68) Tras el giro interpretativo que tuvo lugar a mediados de los noventa, a partir de la STC núm. 37/1995, de 7 de febrero. Doctrina, por cierto, severamente criticada hace algún tiempo por GARCÍA DE ENTERRIA, E. (2004): «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S.A c. España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en *RAP* núm. 163, especialmente págs. 173 y ss.

Esta interpretación la mantiene el Tribunal Constitucional hasta nuestros días (*vid.* su STC núm. 89/2020, de 20 de julio, FJ 3).

lo que respecta al recurso de casación (69). Sumado todo ello, un eventual control de su inadmisión vía recurso de amparo se torna hartamente difícil (70).

A los efectos ahora tratados, procede recordar algunos aspectos de la «doctrina» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las exigencias del art. 6.1 CEDH, en relación con los recursos procesales y que podemos ver resumida en la reciente Sentencia *Gil Sanjuan c. España* (71):

1. El artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación; no obstante, cuando existan dichos tribunales deben respetarse las garantías del artículo 6, por ejemplo, en el sentido de garantizar a los litigantes un derecho efectivo a la tutela judicial efectiva para determinar sus derechos y obligaciones civiles.
2. El modo en que el artículo 6.1 se aplica a los tribunales de apelación o de casación depende de las características específicas de los procedimientos en cuestión y debe tenerse en cuenta la totalidad de los procedimientos llevados a cabo en el ordenamiento jurídico interno y el papel del tribunal de casación en ellos; y las condiciones para admitir un recurso de casación pueden ser más exigentes que las de un recurso ordinario.
3. El formalismo excesivo puede ir en contra de la exigencia de garantizar un derecho a la tutela judicial efectiva de forma práctica y eficaz con arreglo al artículo 6.1 del Convenio; esto suele ocurrir en asuntos en los que se establece una norma procesal particularmente exigente, que impide que la acción de un demandante sea examinada en cuanto al fondo, con el consiguiente riesgo de que se infrinja su derecho a la protección efectiva por parte de los tribunales.

(69) Sobre cuyo control el Tribunal Constitucional ya ha señalado que es, si cabe, más limitado porque tiene la naturaleza de recurso especial o extraordinario, lo que determina que debe fundarse en motivos tasados y que está sometido no sólo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario [*vid.*, recientemente, su STC núm. 99/2020, de 22 de julio, FJ 2.A),d)]. Esta naturaleza de recurso especial o extraordinario se acentúa —para el Alto Tribunal— en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, al estar llamado a ser el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho (AATC núm. 41/2018, de 16 de abril, FJ 4, y núm. 65/2018, de 18 de junio, FJ 2).

(70) Y sin perjuicio de lo que hemos visto ya sobre la intervención del Tribunal Constitucional como excluido, en principio, del doble grado [*vid. supra* II.2.D)]

(71) De 26 de mayo de 2020, núm. 48297/15, apartados 30 y 31, que apreció la lesión del mencionado art. 6.1 CEDH por una interpretación sorpresiva, retroactiva y excesivamente formalista de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para inadmitir un recurso de casación. Un completo comentario a esta sentencia en CHINCHILLA MARÍN, C. (2020): «Nadie puede ser privado de su derecho al recurso por incumplir un requisito que no era exigible en el momento de su presentación (Comentario a la Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020, *caso Gil Sanjuan contra España*)», en *RAP* núm. 213, págs. 263 y ss.

4. El análisis de una queja por exceso de formalismo en las decisiones de los tribunales internos suele ser el resultado de un examen del caso en su conjunto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de ese caso. Al practicar dicho análisis, el Tribunal Europeo ha incidido con frecuencia en cuestiones como la seguridad jurídica y la adecuada administración de justicia como dos elementos esenciales para diferenciar entre el formalismo excesivo y una aplicación tolerable de las formalidades procesales. En concreto, ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve menoscabado cuando las normas dejan de servir a los fines de la seguridad jurídica y una adecuada administración de justicia, y forman una especie de barrera que impide al recurrente que su caso sea resuelto en cuanto al fondo por el tribunal competente.

Así, pues, la tutela judicial efectiva requiere un análisis de conjunto de los recursos existentes, permitiendo unos requisitos más estrictos para el de casación. Cuando los requisitos procesales normativamente establecidos son especialmente exigentes hay mayor riesgo de que se lesione su derecho a la tutela judicial efectiva con interpretaciones formalistas. En este sentido, las normas procesales deben estar al servicio de una buena administración de justicia y no convertirse en obstáculos cuasi insalvables para lograr una resolución de fondo, lo que vale también para la vía de recurso.

Pero tampoco ha de ocultarse algo que ya se ha señalado antes, como es que el Tribunal de Estrasburgo exige, ciertamente, la existencia de una vía de recurso, pero deja amplia libertad a cada Estado para elegir el tipo de recurso procedente. Como expresivamente se dice en el Informe Explicativo del Protocolo núm. 7: «La revisión de los tribunales superiores se regula de forma diferente en los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. En algunos países, ese examen puede limitarse, según el caso, a la aplicación de la ley, como un recurso de casación. En otros países, existe una apelación, que permite llevar tanto las cuestiones de hecho como de derecho ante un tribunal superior. *Este artículo deja a la legislación nacional el establecimiento de las modalidades de ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ejercerse*» (72). La obligación convencional, por tanto, deja un amplio margen a la configuración procesal de cada Estado.

Ahora bien, si a estos efectos un recurso de casación, en principio, no distorsiona *per se* la garantía de la doble instancia (73), también tiene que

---

(72) Punto 18 (las cursivas están añadidas).

(73) Repárese en que Francia añadió expresamente a su firma a este Protocolo una Declaración en el sentido de que, a efectos del art. 2.1, «el examen por una jurisdicción superior puede limitarse a un control de la aplicación de la ley, como el recurso de casación».

resultar un recurso *efectivo* y no una vía procesal de imposible o muy difícil utilización por quien ha sido condenado.

Este último es el *punctum dolens* de nuestro sistema de recursos para la garantía prevista en el art. 2 del Protocolo núm. 7: que, dejando a un lado el escaso margen de aplicación del recurso de apelación para las infracciones graves, el conjunto resultante —señaladamente lo dispuesto para el recurso de casación— parece evidente que no cumple con las cualidades necesarias para ser considerado un doble grado de jurisdicción, en el sentido del Protocolo núm. 7.

Ante este panorama resulta una necesidad imperiosa articular una doble instancia, en el caso de las infracciones de mayor gravedad, que constituya un verdadero derecho subjetivo para reaccionar útil y efectivamente contra sentencias ratificadoras de sanciones administrativas, pues eso no resulta plenamente garantizado dadas las características de nuestro actual recurso de casación. Y esto es una tarea que incumbe al legislador estatal.

#### IV. Alternativas ante la actual situación

Visto lo anterior, y dicho de una manera un tanto genérica<sup>(74)</sup>, se abre un abanico de, al menos, cuatro posibilidades. De la óptima a la pésima serían, en un rápido esbozo, las que a continuación se mencionan.

- 1.<sup>a</sup> Abordar una reforma amplia de nuestro recurso contencioso-administrativo, para dar entrada en él, de manera generalizada, al recurso de apelación. Con esta doble instancia el sistema sería mucho más coherente, equilibrado y, sobre todo, garantista. Y, de esta manera, el recurso de casación podría desplegar todas sus virtualidades exclusivamente nomofiláticas sin sombra de duda en relación con sus limitaciones<sup>(75)</sup>.
- 2.<sup>a</sup> Reformar parcialmente el sistema de recursos, introduciendo el de apelación para las sanciones administrativas; o, al menos, a partir de una delimitación para las «infracciones de no menor gravedad».

(74) *Vid.* Las articuladas propuestas que formula, al final de su trabajo, SOLDEVILLA FRAGOSO, S., *op. cit.*

(75) En este sentido, *vid.*, por ejemplo, HUERTA GARICANO, I. (2018): «Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 207, pág. 93, en donde esta magistrada del Tribunal Supremo hace suyas las palabras con las que finalizaba el Informe de la comisión nombrada por el Presidente de la Sala Tercera para la puesta en marcha del nuevo recurso de casación, en el que se enfatizaba que «solo con la generalización de la segunda instancia en nuestro orden jurisdiccional, lo que comporta un rediseño de la planta de lo contencioso-administrativo y de las competencias de sus órganos, podrá tener pleno significado esta casación».

Lo que también sería una manera de cumplir con las obligaciones convencionales y, ahora, también constitucionales.

- 3.<sup>a</sup> Reformar la regulación actual del recurso de casación para dar entrada a este supuesto de exigencia convencional —y, vía art. 10.2 CE, del art. 24 CE, se insiste— de manera que la revisión de las infracciones de mayor gravedad encuentre un acomodo razonable en tal tipo de recurso. Lo que constituiría una reforma de mínimos, esto es, para cumplir solo con lo inexcusable.
- 4.<sup>a</sup> No hacer nada al respecto, por entender que no hay ninguna obligación convencional para ello, utilizando el argumento (puramente formalista) de que: a) dado que el Tribunal Europeo admite el recurso de casación como integrante de la doble instancia y b) dado que este no tiene limitación por razón de su objeto, sino que es hipotéticamente posible ante cualquier sentencia, c) la consecuencia es que las sanciones de mayor gravedad siempre pueden ser, en teoría, revisables por la Sala Tercera. Y, con eso, entender ya cumplidas las exigencias derivadas del art. 2 del Protocolo núm. 7. Pero esto obligaría a considerar que *siempre* existe interés casacional para la formación de la jurisprudencia en el caso de una sentencia relativa a una infracción administrativa grave. Tal reinterpretación del requisito básico para acudir al Tribunal Supremo, sin embargo, no se compadece bien ni con el diseño del nuevo recurso de casación, tal y como lo ha establecido el legislador, ni con la interpretación que viene haciendo la Sala Tercera.

Esta última, pues, sería la opción menos deseable de todas.

## V. Bibliografía citada

- CASADO CASADO, L.: (2019) *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: (2020) «Nadie puede ser privado de su derecho al recurso por incumplir un requisito que no era exigible en el momento de su presentación (Comentario a la Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020, *caso Gil Sanjuan contra España*)», en *RAP* núm. 213.
- COBREROS MENDAZONA, E.: (2013) «La pérdida de oportunidad procesal como daño indemnizable por el Estado», en *RVAP* núm. 96.
- (2019): «El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada», en *RAP* núm. 209.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: (2018) «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», en *RAP* núm. 207.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E.: (2004) «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Com-*

- pana, S.A c. España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en *RAP* núm. 163.
- HUERTA GARICANO, I.: (2018) «Los criterios de la Sección de Admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *RAP*, núm. 207.
- LÓPEZ MENUDO, F.: (2018) «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», en *RAP* núm. 207.
- LOZANO CUTANDA, B.: (2018) «Sanciones administrativas: el peligroso protagonismo del *ius puniendi* alternativo», en *RAAP* núm. 102.
- (2020) «La *Sentencia Saquetti Iglesias c. España* impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas», en *RAP* núm. 213.
- MUÑOZ ARANGUREN, A.: (2018) «La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa», en *REDA* núm. 193.
- PAREJO ALFONSO, L.: (2018) «Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo», en *RAAP* núm. 100.
- SAIZ ARNAIZ, A.: (1999) *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. CGPJ. Madrid.
- (2003) «El derecho fundamental al recurso en el orden penal y la interpretación del artículo 24.1 de la Constitución de conformidad con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos (especial referencia a la situación de los aforados y a los supuestos de conexidad): un ejemplo de desafortunada jurisprudencia constitucional», en *REDE* núm. 5.
- SOLDEVILLA FRAGOSO, S.: (2020) «Sentencia de gran impacto: Asunto *Saquetti Iglesias v. España*. STEDH de 30 de junio de 2020», en *Actualidad Administrativa* núm. 9, 2020.





## Las comunidades de regantes ante la legislación de contratos del sector público

### The irrigation communities under the public sector contracts legislation

ANTONIO EZQUERRA HUERVA

Profesor titular de derecho administrativo  
Universidad de Lleida  
antonio.ezquerra@udl.cat  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5433-2148>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.02>

**LABURPENA:** Lan honetan, aztertzen da ureztatzaileen komunitateak —eta, hedaduraz, ur publikoen erabiltzaileen edozein komunitate— Sektore Publikoko Kontratuen Legeari lotuta dauden ala ez. Gai eztabaidagarria da, eta horren erakusgarri da zenbait administrazio-auzitegik kontratu-errekurtsoei buruz egindako interpretazio erabat kontrajarriak defendatu izana. Defendatzen den ondorioa ez dator bat ureztatzaileen komunitateak sektore publikoko kontratuen legeriaren aplikazio-eremu subjektiboaren zati gisa hartzearekin; izan ere, komunitate horiek ez dira sartzen ez administrazio publikoaren kontzeptuan, ez administrazio publikoaren izaera ez duen botere adjudikatzailearen kontzeptuan, ezta, azken batean, botere adjudikatzailearen izaera ez duten sektore publikoko entitateen kategorian ere.

**HITZ GAKOAK:** Sektore publikoko kontratuak. Ureztatzaileen komunitateak. Botere adjudikatzaileak. Zuzenbide publikoko korporazioak. Erregulazio harmonizatupean dauden diruz lagundutako kontratuak.

**ABSTRACT:** This paper addresses the subjection or not of the irrigation communities —and of any communities of public water users— to the Public Sector Contracts Law. This is a contentious issue, as demonstrated by the fact that radically opposed interpretations of it have been advocated by some contractual administrative courts. The sustained conclusion is contrary to the consideration of the irrigation communities as an integral part of the subjective scope of application of the public sector contracts legislation, since they do not fit either in the concept of public administration or in the contracting authority that lacks of the status of public administration nor, finally, in the category of public sector entities which do not have the character of contracting authority.

**KEYWORDS:** Public sector contracts. Irrigation communities. Contracting authorities. Public law corporations. Subsidized contracts subject to harmonized regulation.

**RESUMEN:** En el presente trabajo se aborda el estudio acerca de la sujeción o no de las comunidades de regantes —y, por extensión, de cualesquiera comunidades de usuarios de aguas públicas— a la Ley de Contratos del Sector Público. Se trata de una cuestión controvertida, tal como lo demuestra el hecho de que sobre la misma se hayan defendido interpretaciones radicalmente opuestas por parte de algunos tribunales administrativos de recursos contractuales. La conclusión que se sostiene es contraria a la consideración de las comunidades de regantes como parte integrante del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos del sector público, toda vez que las mismas no hallan encaje ni en el concepto de administración pública, ni en el de poder adjudicador que no tiene la condición de administración pública ni, en fin, en la categoría de las entidades del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador.

**PALABRAS CLAVE:** contratos del sector público, comunidades de regantes, poderes adjudicadores, corporaciones de derecho público, contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.

Trabajo recibido el 26 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. Introducción.—II. El sentido de la regulación sobre la sujeción de las corporaciones de derecho público a la ley de contratos del sector público.—III. Las interpretaciones inicialmente divergentes de algunos tribunales administrativos de recursos contractuales.—IV. La falta de encaje de las comunidades de regantes en el concepto de poder adjudicador: 1. La incontrovertible personalidad jurídica de las comunidades de regantes. 2. Las comunidades de regantes como entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil. 3. La ausencia de una posición de preeminencia suficiente de los organismos de cuenca sobre las comunidades de regantes: A. La falta de financiación de las comunidades de regantes por parte de los organismos de cuenca. B. La insuficiente intensidad de las potestades de tutela de los organismos de cuenca sobre las comunidades de regantes. C. La competencia para el nombramiento de los miembros que integran los órganos de las comunidades de regantes.—V. Los supuestos excepcionales en que las comunidades de regantes están sujetas a la legislación de contratos del sector público: 1. La hipótesis de comunidades de regantes cuya superficie regable pertenezca mayoritariamente a poderes adjudicatarios. 2. La posición de las comunidades de regantes en relación con los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada.—VI. Bibliografía citada.

## I. Introducción

Una de las muchas novedades introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, es la que se establece en su art. 3.5, a cuyo tenor: «[a]simismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo».

Por su parte, el aludido art. 3.3.d) LCSP dispone que «[s]e considerarán poderes adjudicatarios, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

Con los preceptos transcritos, la vigente LCSP de 2017 se preocupa por primera vez en el ordenamiento jurídico español de prestar atención expresa a la sujeción de las corporaciones de derecho público a la legis-

lación de contratos del sector público. A lo largo del presente trabajo habrá oportunidad de profundizar acerca de si los planteamientos del legislador en este punto son más o menos afortunados. En todo caso, como punto de arranque, puede ya destacarse que de los preceptos en juego se deriva con claridad una importante premisa de partida, según la cual no es posible ofrecer una respuesta unívoca a la cuestión concerniente a si las indicadas corporaciones de derecho público forman o no parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Por el contrario, y seguramente conscientes de que la categoría general de las corporaciones de derecho público integra una pluralidad de tipologías con características y regímenes jurídicos específicos y diferenciados, el juego de los arts. 3.5 y 3.3.d) LCSP entraña de manera clara la necesidad de abordar el análisis del sometimiento a la legislación de contratos del sector público de manera individualizada o singularizada para cada una de dichas tipologías o modalidades (colegios profesionales; cámaras de comercio, industria y navegación; reales academias, comunidades de usuarios de aguas públicas; cofradías de pescadores, etc.).

En el presente trabajo me propongo acometer el examen acerca de si las comunidades de regantes, a las que el art. 82.1 TRLAg califica explícitamente como corporaciones de derecho público, están o no sujetas a la legislación de contratos del sector público. Es esta una cuestión sin duda controvertida, tal como lo demuestra el hecho de que, como habrá ocasión de exponer, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el Consejo de Estado por un lado, y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía por otro, hayan sostenido conclusiones diametralmente opuestas sobre el particular.

Adelanto ya que tras el estudio que ahora inicio llego a la conclusión de que, salvo en dos supuestos excepcionales a los que en su momento me referiré, las comunidades de regantes no forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP en ninguna de sus tres tipologías. Es decir, a efectos de su actividad contractual las comunidades de regantes no pueden ser identificadas ni como administraciones públicas, ni como poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública ni, en fin, como entidades del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores. La imposibilidad de calificar a las comunidades de regantes como administraciones públicas *ex art. 3.2 LCSP*, o como entes de sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores se muestra a mi juicio fuera de toda duda. Y aunque requiera de una mayor dedicación interpretativa, creo que tampoco pueden ser incluidas en la categoría de poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública, toda vez que las comunidades de regantes no cumplen los requisitos establecidos en el precitado art. 3.3.d) LCSP para merecer dicha calificación subjetiva. Más exactamente, si bien son

entidades con personalidad jurídica creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, no puede afirmarse que un poder adjudicador las financie mayoritariamente, controle su gestión, o bien nombre a más de la mitad de los órganos de administración, dirección o vigilancia de las comunidades de regantes.

Por lo demás, el presente trabajo se refiere explícitamente a las comunidades de regantes. Ello no obstante, dado que las mismas no son más que un tipo de las comunidades de usuarios de aguas públicas, las consideraciones que realizo, así como las conclusiones que sostengo, son íntegramente trasladables a toda la categoría de dichas comunidades de usuarios de aguas públicas.

## **II. El sentido de la regulación sobre la sujeción de las corporaciones de derecho público a la ley de contratos del sector público**

Con carácter previo al estudio de la sujeción o no de las comunidades de regantes a la LCSP interesa reflexionar, siquiera sea de manera breve, acerca del sentido y el alcance del art. 3.5 LCSP. Como he señalado en el apartado introductorio precedente, dicho precepto dispone que las corporaciones de derecho público quedan sujetas a la LCSP en los casos en que cumplan los requisitos para merecer la consideración de poder adjudicador en los términos definidos en el art. 3.3.d) LCSP. Por su parte, esta última disposición normativa no hace otra cosa que tomar para el Derecho interno español las condiciones que a tenor de las directivas europeas de contratación determinan que un organismo de derecho público merezca la consideración de poder adjudicador.

Como bien se sabe, el concepto de poder adjudicador es de cuño comunitario europeo, de suerte que, con un evidente sentido homogeneizador, aparece perfilado en las directivas de contratación<sup>(1)</sup>. A partir de dicha delimitación comunitaria, el art. 3 LCSP diseña o concreta su ámbito subjetivo diferenciando tres intensidades de aplicación diversas que, de mayor a menor, son las siguientes: *a)* administraciones públicas, *b)* poderes adjudicadores que no tienen la condición de administraciones públicas (PANAP) y *c)*, en fin, con un planteamiento que no deriva del Derecho de la Unión, entes del sector público que no tienen el carácter de poderes adjudicadores (ESPNA). A su vez, el art. 3.3 LCSP delimita la ca-

---

(1) Por lo que se refiere a las directivas vigentes en la actualidad, véanse el art. 6.4 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; el art. 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública; y el art. 3.4 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

tegoría de los poderes adjudicadores con arreglo a dos criterios. Por un lado, establece una lista de entes a los que directamente atribuye dicha condición(2). Y, por otro lado, haciendo suya, como no puede ser de otro modo, la aludida delimitación de organismo de derecho público poder adjudicador contenida en la normativa europea, el art. 3.3.d) LCSP establece una cláusula abierta o residual a modo de criterio de calificación in-nominada de otras entidades como poderes adjudicadores.

A tenor del citado art. 3.3.d) LCSP, «[s]e considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

De la interpretación conjunta del art. 3.5 LCSP y del art. 3.3.d) LCSP, a que aquél remite, se sigue que las corporaciones de derecho público han de considerarse sujetas a la legislación de contratos del sector público cuando reúnan los requisitos definitorios de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública. En una expresión simplificadora, podría decirse que el art. 3.5 LCSP viene a establecer una tautología según la cual, a efectos de contratación, las corporaciones de derecho público son poderes adjudicadores cuando cumplen los requisitos para ser poderes adjudicadores.

A la luz de la lectura anterior podría llegarse a la conclusión elemental de que la regulación contenida en el art. 3.5 LCSP acerca del sometimiento de las corporaciones de derecho público a la LCSP es totalmente superflua. En mi opinión, empero, dicha conclusión sería desafortunada. Creo que para hallar el verdadero sentido a la regulación contenida en el tan reiterado art. 3.5 LCSP es menester partir de tres aspectos, uno de ellos vinculado con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de contratos, y los dos restantes relacionados con la realidad jurídica de las corporaciones de derecho público.

En lo que atañe al primero de los extremos aludidos, conviene subrayar que el art. 3 LCSP articula el ámbito subjetivo de aplicación de la propia Ley sin atender de manera estricta al concepto general de sector público y de las entidades que lo integran con arreglo a la Ley 40/2015, de 2

---

(2) Se trata, en concreto, de las administraciones públicas, las fundaciones públicas y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, enumeradas respectivamente en los apartados a), b) y c) del art. 3.3 LCSP.

de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) (3). En efecto, la LCSP construye un concepto autónomo —o, si se prefiere el término, sectorial— de sector público, desmarcado o desvinculado de la delimitación conceptual general que del mismo establece el art. 2 LRJSP (4). La muestra más evidente de este planteamiento luce en los propios apartados 1, 2 y 3 del art. 3 LCSP, en los que al concretar respectivamente qué entes forman parte del sector público, cuáles tienen la consideración de administración pública y, en fin, en qué casos nos hallamos ante poderes adjudicadores que no son administración pública, enfatizan que dicha concreción es «a los efectos de esta Ley». Quiere decirse, en definitiva, que las calificaciones generales contenidas en la LRJSP acerca de la pertenencia o no al sector público no son susceptibles de ser automáticamente trasladables a efectos de sometimiento a la legislación de contratos.

Junto a la circunstancia anterior, hay que tener asimismo en cuenta que la naturaleza jurídica de las corporaciones sectoriales de derecho público se halla todavía hoy envuelta por la clásica controversia, nunca resuelta, referida tanto a su carácter público, privado o mixto como a su consideración o no como administraciones públicas. Siendo así las cosas, el hecho de que no sea posible atribuir a las corporaciones de derecho público una naturaleza jurídica cierta e inequívoca, unido al dato antes expuesto de que el ámbito subjetivo de la aplicación de la LCSP se articula, por así decirlo, de manera autónoma o idiosincrásica, otorga un primer e importante significado o razón de ser a la regulación contenida en el art. 3.5 LCSP. Dicha razón de ser no es otra que excluir el debate sobre la naturaleza jurídica, administrativa o no, de las corporaciones de derecho público, del análisis sobre su sometimiento o no a la legislación de contratos del sector público (5). En efecto, el hecho de que el art. 3.5 LCSP regule de manera específica las condiciones cuya concurrencia determina la sujeción de las corporaciones de derecho público a la legislación de contratos del sector público supone a mi juicio una voluntad legislativa de soslayar, o de mantener al margen, la polémica sobre la naturaleza jurídica de las corporaciones de derecho público. Así las cosas, dichas corporaciones quedan sujetas a la LCSP cuando en ellas concurren los requisitos establecidos en el

---

(3) Sobre este particular, López Benítez, M. (2017), «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público», *Documentación Administrativa*, 4 (Nueva época), págs. 137-138.

(4) Sobre la noción de «sector público», su génesis, evolución y alcance, véase el reciente trabajo de García-Andrade Gómez, J. (2019), «El «sector público» como referente actual del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 209, págs. 175-208.

(5) Entiendo que es de otra opinión, Tejedor Bielsa, J. (2018), «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva ley de contratos del sector público», en Tejedor Bielsa, J. C. y Bernal Blay, M. A. (eds.), *La Ley de contratos del sector público*, Monografías de las Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII, Zaragoza: Gobierno de Aragón, pág. 70.

art. 3.3.d) LCSP, siendo irrelevante si tienen naturaleza pública, privada o híbrida, si son administración pública o no o, en definitiva, sin integran o no —y de qué modo— el sector público tal cual lo delimita la LRJSP.

Si bien se piensa, el art. 3.5 LCSP no hace sino aplicar a las corporaciones de derecho público el criterio funcional de delimitación del ámbito subjetivo de la legislación de contratos del sector público. Según dicho criterio —que como bien se sabe y se expondrá más adelante deriva de la regulación europea del sector y ha sido ampliamente afirmado por la jurisprudencia del TJUE—, en orden a considerar si una determinada entidad debe o no cumplir la indicada normativa sobre contratación, resulta irrelevante la forma pública o privada de la misma, debiendo estarse exclusivamente al cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, que no son otros que los que en el Derecho interno español ordena el art. 3.3.d) LCSP.

He apuntado que, lejos de ser el precepto superfluo que una primera aproximación podría llevar a pensar, el art. 3.5 LCSP presenta una doble virtualidad o alcance. Junto al expuesto en los párrafos precedentes, creo que la disposición legal en cuestión trae consigo el cierre frente a cualquier pretensión de respuesta unívoca acerca de la sujeción o no de las corporaciones de derecho público a la legislación de contratos del sector público. Desde ese punto de vista, el citado art. 3.5 LCSP se muestra plenamente coherente con la realidad plural de las corporaciones de derecho público, es decir, con el hecho de que dicha categoría de las corporaciones de derecho público no sea conceptualmente unitaria, sino que bajo la misma convivan una multiplicidad de realidades o tipologías realmente variopintas y con regímenes jurídicos no coincidentes (colegios profesionales; comunidades de usuarios de aguas públicas; cofradías de pescadores; cámaras de comercio, industria y navegación, etc.). El art. 3.5 LCSP implica, en resumidas cuentas, que la disquisición referente a la sujeción o no a la indicada LCSP únicamente puede llevarse a cabo de modo diferenciado o singularizado para cada una de las tipologías de corporaciones sectoriales de derecho público (6).

### **III. Las interpretaciones inicialmente divergentes de algunos tribunales administrativos de recursos contractuales**

Tal como he advertido en el apartado introductorio de este trabajo, la sujeción o no de las comunidades de regantes a la Ley de contratos del

---

(6) El mismo planteamiento está latente en el trabajo de López Benítez, M. (2017: 136-145), que centra su análisis sobre la sujeción de las corporaciones de derecho público a la LCSP en los colegios profesionales, las cámaras de comercio, industria y navegación y las juntas de compensación del ámbito urbanístico.



sector público constituye una cuestión a la que no se ha prestado atención detenida por parte de la doctrina. Asimismo, se trata de un extremo sobre el que, salvo error por mi parte, no se han pronunciado los tribunales de justicia y, en particular, no ha sido objeto de respuesta ni por parte del Tribunal Supremo español, ni por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano este último al que incumbe en exclusiva fijar jurisprudencia sobre el particular.

Quienes sí se han visto conminados a posicionarse acerca de si las comunidades de regantes forman o no parte del ámbito subjetivo de la LCSP han sido algunos tribunales administrativos de recursos contractuales y el Consejo de Estado, habiendo llegado a conclusiones diametralmente encontradas, aunque como habrá ocasión de detallar dicha divergencia puede considerarse en vías de verse corregida. El primero en tomar postura sobre la cuestión ha sido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que, en una línea de entendimiento a la que se ha adherido expresamente el Consejo de Estado, ha resuelto en numerosas ocasiones que las comunidades de regantes tienen la consideración de poderes adjudicadores y, dentro de dicha categoría, merecen la calificación de administraciones públicas a efectos de la legislación contractual del sector público, por lo que han de considerarse sujetas a la misma con la máxima intensidad prevista.

Frente a la indicada interpretación favorable al sometimiento de las comunidades de regantes a la LCSP, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía viene considerando que las mismas no encajan en el concepto de poder adjudicador ni forman parte del sector público a efectos contractuales, de modo que su actividad como instancias contratantes debe desenvolverse en el terreno del derecho privado. Esta conclusión del tribunal andaluz de recursos contractuales se sostiene en una lectura a mi juicio jurídicamente mejor argumentada y, por ende, más solvente que la que sirve de soporte a la tesis inicial del TACRC y respaldada por el Consejo de Estado.

Interesa, en todo caso, exponer los términos en que el TACRC —y con él el Consejo de Estado— argumentan a favor de la sujeción de las comunidades de regantes a la LCSP, sin perjuicio de que, como ya he advertido, el aludido tribunal de recursos contractuales haya virado recientemente hacia la tesis contraria. En esencia, y como anticipaba, el indicado Tribunal ha venido considerando que, a efectos contractuales, las comunidades de regantes reúnen las características definitorias de las administraciones por lo que las mismas han de entenderse sometidas al máximo grado de sujeción de la legislación del sector. Su doctrina fue formulada en reiteradas ocasiones bajo la vigencia del precedente TRLCSP, y ha sido sostenida en alguna de sus resoluciones tras la entrada en vigor de la actual LCSP, si bien en este último caso no queda claro si se mantiene

la consideración como administración pública o, por el contrario, se concluye que las comunidades de regantes ostentan el carácter de poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública.

Si nos centramos en la interpretación inicial del TACRC, esto es, la formulada al hilo del TRLCSP, esta se sostiene básicamente en la consideración de que las comunidades de regantes son entidades de derecho público a las que la Ley atribuye la gestión de fines públicos y están sometidas a tutela de los Organismos de Cuenca en los términos articulados por la legislación hidráulica. De dichos datos el TACRC deduce que las comunidades de regantes forman parte del sector público con arreglo al art. 3.1.c) TRLCSP y, además, ostentan la condición de administración pública *ex art. 3.2.e) TRLCSP* (7).

Tras la entrada en vigor y en aplicación de la LCSP, el TACRC ha reiterado expresamente dicha línea de entendimiento en su Resolución núm. 1200/2018, de 28 de diciembre, la cual se remite de manera expresa a sus propias resoluciones precedentes. Merece la pena traer la breve argumentación desarrollada en esta última Resolución:

«Con relación a que sea la entidad que adjudica el contrato una Comunidad de Regantes, hay que señalar que, como dice la recurrente, las mencionadas comunidades se encuentran incluidas en el Sector Público conforme a lo dispuesto por el art. 3.1.j) LCSP, al tratarse de una entidad creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general y en la que la actividad desarrollada con el objeto del presente contrato está financiada íntegramente por varias Administraciones Públicas conforme al art. 3.2.a) en referencia al art. 3.1.a) LCSP, toda vez que el control de su gestión depende del Organismo de Cuenca (Confederación Hidrográfica del Segura) que también es Administración Pública conforme al art. 3.2.a) en referencia al art. 3.1.c) LCSP.

Concretamente, ostenta la condición de Poder Adjudicador conforme dispone el art. 3.3.d) LCSP.

Es ese el criterio mantenido por este Tribunal que ha dicho que «debe entenderse que las comunidades de regantes ostentan la condición de poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que actúen en gestión de fines públicos, como

---

(7) Véanse en tal sentido, la Resolución TACRC núm. 537/2013, de 22 de noviembre; la Resolución TACRC núm. 78/2014, de 5 de febrero; la Resolución TACRC núm. 1012/2016, de 2 de diciembre; la Resolución TACRC núm. 1046/2017, de 10 de noviembre; y la Resolución TACRC núm. 359/2018, de 13 de abril, dictadas todas ellas en aplicación del TRLCSP.

es el caso del contrato que nos ocupa, de obras relativas a las instalaciones de regadío. Se trata, en efecto, de entidades de derecho público, encontrándose incluidas en el sector público conforme a la genérica referencia que hace el artículo 3.1.c) del TRLCSP a cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. Ostentan a estos efectos asimismo la consideración de Administración Pública, y por tanto de poder adjudicador, conforme al artículo 3.2.e) del TRLCSP» (Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 —expte. 749/2013— y 2 de diciembre de 2016 —expte 1012/2016—, entre otras)».

La tesis del TACRC expuesta en los párrafos precedentes ha sido hecha suya por el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de julio de 2019(8), en el que además el supremo órgano consultivo del Gobierno, en términos a mi juicio erróneos, apela a la jurisprudencia del TJUE como argumento adicional a favor de la sujeción de las comunidades de regantes a la LCSP. En dicho Dictamen, tras la referencia explícita y detallada a la doctrina y a las Resoluciones del TACRC a que me he referido anteriormente, se concluye lo siguiente:

«En definitiva, debe entenderse que las comunidades generales de regantes ostentan la condición de poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos del sector público en aquellos supuestos en los que actúen en gestión de fines públicos, como es el caso del contrato que nos ocupa, de servicios relativos a las instalaciones de regadío y agua. Se trata, en efecto, de entidades de Derecho público, encontrándose incluidas en el sector público conforme a la genérica referencia que hace el artículo 3.1.c) de la LCSP a cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. Ostentan a estos efectos asimismo la consideración de Administración pública, y, por tanto, de poder adjudicador, conforme al artículo 3.2.e) de la LCSP. Además, considera el Tribunal que, según los apartados 2 y 3, las comunidades de regantes tendrían la consideración de Administración pública a los efectos de la Ley, y con poder adjudicador conforme al artículo 3.2.e) de la LCSP.

---

(8) Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio de 2019 (número de expediente: 514/2019).

Todo ello se basa además en la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales (*vid.*, por todas, la STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, asunto C-567/15)» (9).

En mi opinión, la tesis sostenida tanto por el TACRC como por el Consejo de Estado es desafortunada. La misma parte de una inadecuada inteligencia tanto del régimen jurídico como de la realidad de las Comunidades de Regantes, en particular en lo atañedor al alcance de la sujeción de las mismas a la tutela de los correspondientes organismos de cuenca.

Frente a dicha tesis, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía viene sosteniendo de manera reiterada la interpretación opuesta, esto es, que las comunidades de regantes no forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, salvo en los supuestos de contratos subvencionados en los términos ordenados por el art. 23 LCSP. El citado TARCA fundamenta su tesis en un a mi juicio más preciso conocimiento del régimen jurídico de las comunidades de regantes, de las potestades de tutela que los organismos de cuenca ejercen sobre ellas y, en fin, de la interpretación que con arreglo a la jurisprudencia del TJUE debe darse al concepto de «poder adjudicador» recogido en el art. 3.3.d) LCSP (10). Dado que los argumentos empleados por el TARCA van a ser desarrollados, entre otros, en el apartado siguiente de este trabajo, en el que reflexionaré acerca de la improcedencia de estimar a las comunidades de regantes como parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, eludo exponerlos con detalle en este punto.

Por lo demás, y de ello he advertido anteriormente, cumple subrayar cómo finalmente también el TACRC parece haber iniciado una senda de cambio de criterio, resolviendo en el sentido del no sometimiento de las comunidades de regantes a la LCSP. Así lo ha hecho en su Resolución núm. 1086/2019, de 30 de septiembre, en la que concluye que la comunidad de regantes recurrida —Comunidad de Regantes Lucio del Hombre— carece de la condición de poder adjudicador en la medida en que no reúne los requisitos que para ello define el art. 3.3.d) LCSP. Esta Resolución del TACRC plantea en todo caso el interrogante acerca de si la misma tiene pretensiones de formular un planteamiento de alcance general para toda la categoría de las comunidades de regantes o si, por el

---

(9) He señalado que el Consejo de Estado pretende sostener su planteamiento con base en la jurisprudencia europea y que, a mi juicio, lo hace de manera errónea. Opino que ello es así porque, como tendré ocasión de exponer más adelante, el concepto funcional de poder adjudicador reiteradamente formulado por el TJUE conduce precisamente a la conclusión opuesta a la que mantiene el citado órgano consultivo.

(10) Véase la doctrina del TARCA en su Resolución núm. 12/2019, de 22 de enero; en su Resolución núm. 13/2019, de 22 de enero; y en su Resolución núm. 77/2019, de 19 de marzo.

contrario, se deja abierta la puerta a que las mismas hayan de entenderse o no sujetas a la LCSP según los casos. Me lleva a hacer esta última consideración el hecho de que en la misma la conclusión acerca de la sujeción a la LCSP queda fiada exclusivamente a las previsiones de los estatutos de la comunidad de regantes recurrida acerca de su régimen concreto de financiación, de los eventuales controles de su gestión por parte de un poder adjudicador o, en fin, de quién nombra a los miembros de sus órganos internos(11). Será por tanto del máximo interés el seguimiento de los eventuales pronunciamientos futuros del TACRC sobre la cuestión.

#### **IV. La falta de encaje de las comunidades de regantes en el concepto de poder adjudicador**

Vistos los distintos posicionamientos del TACRC y el Consejo de Estado por un lado, y del TARCA, por otro, a continuación procede detenerse en la exposición de la interpretación o, si se prefiere, de los términos que a mi juicio deben ser tenidos en cuenta para determinar si las comunidades de regantes forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP. Unos términos que, como ya he anticipado en diversas ocasiones, conducen derechamente a una respuesta negativa, esto es, a rechazar que la actividad contractual de las indicadas corporaciones de

---

(11) En efecto, a mi juicio es digno de destacar que en la argumentación contenida en la indicada Resolución TACRC núm. 1086/2019, de 30 de septiembre, no se hace alusión alguna al régimen jurídico general de las comunidades de usuarios de aguas, contenida esencialmente, como bien se sabe, en el TRLAg y en el RDPH. Por el contrario, la Resolución TACRC remite exclusivamente a los términos de los estatutos y ordenanzas de la concreta comunidad de regantes. Merece la pena transcribir la por lo demás escueta argumentación en cuestión, en la que tras reproducir el art. 3.3.d) LCSP, se afirma lo siguiente:

«Efectivamente, la Comunidad de Regantes Lucio del Hombre no tiene la consideración de Administración pública, pues no se trata de una entidad de las previstas en el artículo 3.2 de la LCSP. Pero como sostiene dicha Comunidad, tampoco puede tener la consideración de poder adjudicador, dado que no reúne los requisitos establecidos en el artículo 3.3.d) de la LCSP:

...

Y ello porque, como figura en los estatutos de la Comunidad de Regantes Lucio del Hombre, no existe ningún sujeto que, teniendo legalmente la consideración de poder adjudicador, financie mayoritariamente su actividad; controle su gestión; o bien nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Efectivamente, según los referidos estatutos, la Comunidad está participada por los hermanos Campos Peña en un 7,8824 %, por la Sociedad Agraria de Transformación SotoGordo SAT en un 68,0776 %, por la Comunidad de Bienes Herederos de Pastora Campos Peña en un 12,02 % y por Doña Ana María Campos Peña en otro 12,02%.

Como se estipula en el artículo 8 de los Estatutos, los gastos de la Comunidad de sufragarán en función del porcentaje de participación indicado anteriormente. De manera que no se dan las condiciones previstas en el artículo 3.3.d) de la LCSP para que la Comunidad de Regantes que aquí nos ocupa sea considerada poder adjudicador».

derecho público deba acomodarse a los designios del régimen jurídico de la contratación del sector público.

Tal como he señalado anteriormente, dilucidar si las comunidades de regantes están o no sujetas a la legislación de contratos del sector público pasa por analizar si en las mismas concurren los datos o circunstancias definidas en el art. 3.3.d) LCSP, más atrás reproducido. Esta disposición legal hace suya para el Derecho interno español, y como no podía ser de otro modo, la delimitación de poder adjudicador que en relación con los «organismos de Derecho público» se establece en las directivas comunitarias de contratación del año 2014(12). Sin perjuicio de que la formulación contenida en una y otra normativa es clara, al hilo de la misma la jurisprudencia europea se ha ocupado de remarcar que para que un organismo de Derecho público merezca la consideración de poder adjudicador es menester que reúna de manera simultánea o acumulativa las tres condiciones previstas, a saber: *a)* que esté dotado de personalidad jurídica, *b)* que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y *c)* que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien su gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien su órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. La falta de concurrencia de cualquiera de las tres exigencias apuntadas determina, en fin, que el organismo de que se trate no pueda ser calificado como «poder adjudicador» (13).

El examen del cumplimiento de dichos requisitos por parte de las comunidades de regantes arroja como resultado que en las mismas únicamente están presentes los dos primeros, lo que debe llevar a negar su sujeción a la LCSP. Interesa en todo caso demorarse en el examen en cuestión.

(12) Véanse en concreto el art. 6.4 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; el art. 2.4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, de contratación pública; y el art. 3.4 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

(13) En ese sentido, por ejemplo, la STJUE de 15 de enero de 1998 (C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG* y otros contra *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, apartados 20 y 21), la STJUE de 1 de febrero de 2001, (C-237/99, Comisión contra Francia, apartado 40), la STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy* y *Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa* contra *Varkauden Taitotalo Oy.*, apartado 32), la STJUE de 3 de enero de 2005 (C-84/03, Comisión contra España, apartados 27 a 29), la STJUE de 10 de abril de 2008 (C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH* contra *Fernwärme Wien GmbH*, apartado 36), la STJUE de 5 de octubre de 2017 (C-567/15, *LitSpecMet UAB* contra *Vilniaus lokomotyvų remonto depas UAB*, apartados 29 y 30); y la STJUE de 14 de noviembre de 2018 (C-215/17, *Nova Kreditna Banka Maribor d.d.* contra *Republika Slovenija*, apartado 28).

## 1. La incontrovertible personalidad jurídica de las comunidades de regantes

No es necesario dedicar esfuerzo argumentativo alguno acerca de la personalidad jurídica de las comunidades de regantes, toda vez que la misma aparece afirmada en el ordenamiento jurídico vigente (arts. 82.1 TRLAg y 35 Código Civil). Por lo demás, la personalidad jurídica ha sido históricamente uno de los rasgos identificativos elementales de las comunidades de regantes, sobre cuya realidad no ha existido controversia alguna (14). Ha existido, eso sí, cierto debate doctrinal acerca de las características de dicha personalidad jurídica, en particular sobre su carácter público, privado o mixto, si bien tras la regulación de las mismas introducida en la Ley de aguas de 1879 (15) la mayoría de los defensores de su carácter público o híbrido es abrumadora (16). También la jurisprudencia, en fin, tanto del orden jurisdiccional civil como del con-

---

(14) Como escribiera Martín-Retortillo Baquer, S. (1960), *De las administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla: Instituto García Oviedo, págs. 40-41, «[d]e las Comunidades de Regantes la primera nota que interesa destacar, en relación además con lo que más adelante diremos, es la de su personalidad jurídica, en función con lo que establece el artículo 35 del Código Civil. Hay que partir, pues, del dato de la personalidad jurídica de las Comunidades de Regantes, como un hecho incontrovertible, innegado, que ha sido sancionado además por una constante y copiosísima jurisprudencia, que las ha reconocido capacidad para ser sujetos de derechos, para ejercitarlos, para accionar en juicio, siempre y cuando el ejercicio de tales acciones se lleve a cabo por los órganos competentes para ello, de acuerdo tanto con la legislación vigente, como con el ordenamiento interno y específico de la propia Comunidad».

(15) La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 regulaba las comunidades de regantes en su Título XIII, integrado por los arts. 228 a 247.

(16) Son muy numerosas las aportaciones doctrinales acerca de la personalidad de las comunidades de regantes. Sin ánimo alguno de exhaustividad me permito referenciar solo algunas de ellas, en las que, a su vez, pueden verse citadas las demás: López de Haro, C. (1912), «Comunidad de regantes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 60, núm. 121, págs. 296-318; Gay de Montellá, R. y Massó Escofet, C. (1956), *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona: Bosch, vol. I, págs. 462-464; Maestre Rosa, J. (1969), *Comunidades de regantes: concepto, naturaleza jurídica y regulación positiva*, Barcelona: Bosch; Fernández Rodríguez, T-R (1974), «Sobre la naturaleza de las Comunidades de Regantes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2, págs. 290-294; Guaita Martorell, A. (1981), «Naturaleza de las comunidades de regantes y de sus jurados de riego», en *Homenaje al profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, págs. 511-531; Pérez Pérez, E. (1991), *Naturaleza jurídica de las comunidades de regantes*, Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, págs. 21-23; Pérez Pérez, E. (1994), «Naturaleza de las comunidades de usuarios del agua y esquema de su régimen jurídico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 81, págs. 47-82; Martín-Retortillo Baquer, S. (1996), «De las comunidades de regantes a las comunidades de usuarios de aguas públicas. Reflexiones sobre el tema de su personalidad jurídica», *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, 21, págs. 117-128; Bolea Foradada, J. A. (1998), *Las comunidades de regantes*, Zaragoza: Comunidad General de Usuarios del Canal Imperial de Aragón (existe segunda edición del año 2016, Madrid: Federación Nacional de Comunidades de Regantes); Martín Bautista, M.ª T. y Luna Quesada, C. F. (2017), «Algunas consideraciones acerca de las comunidades de regantes y la recaudación de sus cuotas por las diputaciones provinciales», *Revista Digital CEMCI*, 34, págs. 1-23; y Oya Amate, V. (2018), *De la naturaleza jurídica de las comunidades de regantes. Evolución histórica y resolución de conflictos entre la vía civil y la contencioso-administrativa*, Jaén: Publicaciones de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada, págs. 27-30.

tencioso-administrativo, ha reconocido abierta y reiteradamente que las comunidades de regantes tienen personalidad jurídica, calificándolas bien como «entidades jurídico-públicas de base asociativa» (17), bien como «entidades de naturaleza jurídica mixta pública y privada» (18).

Afirmada sin ambages la personalidad jurídica de las comunidades de regantes, debe subrayarse que la naturaleza pública, privada o híbrida de la misma resulta de todo punto irrelevante a efectos de la calificación de dichas corporaciones de Derecho público como poderes adjudicadores. Sobre este particular, es menester recordar que la jurisprudencia europea ha señalado en reiteradas ocasiones que el concepto de poder adjudicador debe ser interpretado desde un punto de vista funcional, de suerte que «el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora» (19). Siendo así, es evidente que en este punto el debate acerca de si las comunidades de regantes ostentan personalidad jurídica de carácter público o privado carece de cualquier relevancia en orden a la cuestión ahora examinada, por lo que resulta innecesario detenerse en el mismo.

(17) En ese sentido, por ejemplo, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, dos SSTs de 3 de mayo de 1999 (rec. núm. 5596/1994, ROJ: STS 3000/1999; y rec. núm. 5597/1994, ROJ: STS 2996/1999), o la STSJ de Aragón núm. 353/2012 de 10 octubre (rec. núm. 224/2010, ROJ: STSJ AR 1199/2012). Asimismo, en la jurisdicción civil, dos SSTs de 10 de diciembre de 1990 (ROJ: STS 10988/1990 y ROJ: STS 9024/1990), la STS núm. 207/1994 de 14 marzo (rec. núm. 575/1991, ROJ: STS 1724/1994), y la STS de 26 de octubre de 2000 (rec. núm. 3209/1995, ROJ: STS 7752/2000).

(18) Como entidades con personalidad jurídica y de naturaleza mixta pública y privada han sido calificadas, por ejemplo, por las SSTs (cont-admvas.) de 1 de febrero de 2011 (rec. núm. 5670/2006, ROJ: STS 398/2011) y de 12 de diciembre de 2014 (rec. núm. 1222/2014, ROJ: STS 5444/2014). En idénticos términos, la STSJ de Madrid núm. 110/2012 de 3 febrero (rec. núm. 2044/2008, ROJ: STSJ M 3195/2012), la STSJ de Murcia núm. 947/2013 de 12 diciembre (rec. núm. 493/2009, ROJ: STSJ MU 3168/2013), o la STSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 191/2017 (rec. núm. 129/2017, ROJ: STSJ CL 3660/2017), entre otras muchas.

(19) Tomo el entrecomillado de la STJUE de 15 de mayo de 2003 (C-214/00, *Comisión contra Reino de España*, apartado 53). La doctrina jurisprudencial sobre la necesaria interpretación funcional del concepto de poder adjudicador y la consiguiente irrelevancia de la forma pública o privada de constitución, cuenta no obstante con multitud de pronunciamientos del TJUE, entre los que a simple modo de ejemplo pueden citarse los siguientes: STJUE de 20 de septiembre de 1988 (C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos*, apartados 11 y 12), STJUE de 15 de enero de 1998 (C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y otros contra Strohal Rotationsdruck GesmbH*, apartados 6 y 29), STJUE de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden contra BFI Holding BV*, apartados 61 y 62), STJUE de 17 de diciembre de 1998 (C-306/97, *Connemara Machine Turf Co. Ltd contra Coillte Teoranta*, apartado 31), STJUE de 1 de febrero de 2001 (C-237/99, *Comisión contra Francia*, apartados 41 a 43, 50 y 60), STJUE de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, apartados 51 a 53), STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-283/00, *Comisión contra España*, apartados 56, 57 y 76); y STJUE de 3 de enero de 2005 (C-84/03, *Comisión contra España*, apartados 27 a 29).



## 2. Las comunidades de regantes como entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

Tampoco parece que ofrezca duda alguna el cumplimiento por parte de las comunidades de regantes de la segunda de las circunstancias o exigencias determinantes de su sometimiento a la LCSP y que, en los términos ya anticipados, consiste en haber sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. De hecho, puede decirse que esa es precisamente la principal razón de ser de las comunidades de regantes desde sus inicios históricos, toda vez que ya en su origen se concibieron como instancias encargadas del cumplimiento de una función netamente pública o administrativa, a saber, la administración de las aguas públicas tras su concesión para el riego (20). Así se deducía con claridad de la regulación que sobre las comunidades de regantes se establecía en la Ley de aguas de 1879, de la que a los efectos que aquí interesan procede destacar dos contenidos concretos. Por un lado, el carácter obligatorio de su constitución (21) y de la pertenencia a las mismas so pena, en caso contrario, de perder el derecho al riego. Y, por otro lado, la enumeración de las funciones a desempeñar por sus órganos, las cuales eran sin ninguna duda funciones administrativas de gestión de aguas públicas (22).

---

(20) Véase sobre el particular a Martín-Retortillo Baquer, S., (1960: 97-102).

(21) La obligatoriedad de la constitución de las comunidades de regantes se consagraba en el art. 228 LAg-1879, si bien que con algunos pequeños matices. En concreto, el citado precepto disponía lo siguiente:

«En los aprovechamientos colectivos de aguas públicas para riegos, se formará necesariamente una comunidad de regantes, sujeta al régimen de sus Ordenanzas:

1.º Cuando el número de aquellos llegue a 20, y no baje de 200 el de hectáreas regables.

2.º Cuando á juicio del Gobernador de la provincia lo exigiesen los intereses locales de la agricultura.

Fuera de estos casos, quedará á voluntad de la mayoría de los regantes la formación de la comunidad».

(22) Destaca en ese sentido, el art. 237 LAg-1879, a cuyo tenor, el sindicato de riegos, es decir, el órgano encargado de la ejecución de las Ordenanzas y de los acuerdos adoptados por la propia comunidad de regantes (art. 230), tenía las siguientes atribuciones: «1.º Vigilar los intereses de la comunidad, promover su desarrollo y defender sus derechos. 2.º Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales. 3.º Nombrar y separar sus empleados en la forma que establezca el reglamento. 4.º Formar los presupuestos y repartos y censurar las cuentas, sometiendo unos y otras a la aprobación de la junta general de la comunidad. 5.º Proponer á las Juntas las Ordenanzas y el reglamento, ó cualquiera alteración que considerase útil introducir en lo existente. 6.º Establecer los turnos rigurosos de agua, conciliando los intereses de los diversos cultivos entre los regantes y cuidando de que en los años de escasez se distribuya del modo más conveniente para los propios intereses. 7.º Todas las que le concedan las Ordenanzas de la comunidad ó reglamento especial del mismo sindicato».

La vigente configuración legal de las comunidades de regantes, proveniente de la LAg de 1985, es claramente tributaria de esa concepción originaria de las mismas. En ese sentido, el TRLAg ordena la preceptiva constitución en comunidades de usuarios de aguas públicas, de los usuarios de una misma toma o concesión (art. 8.1.1)(23). A su vez, el art. 81.2 TRLAg, al delimitar los contenidos de los estatutos y ordenanzas dispone que los mismos «regularán la organización de las comunidades de usuarios, así como la explotación en régimen de autonomía interna de los bienes hidráulicos inherentes al aprovechamiento». Finalmente, conviene remarcar que el art. 199.2 RDPH es cristalino al establecer que «[l]as Comunidades de Usuarios realizan, por mandato de la Ley y con la autonomía que en ella se les reconoce, las funciones de policía, distribución y administración de las aguas que tengan concedidas por la Administración» (24).

Con arreglo a la normativa citada, en fin, la jurisprudencia ha sido asimismo inequívoca en la consideración de las comunidades de regantes como entes que desempeñan funciones públicas en materia de gestión de aguas públicas. En ese sentido destaca el propio Tribunal Constitucional, el cual ha definido a las comunidades de usuarios como «Corporaciones de Derecho público,..., cuya finalidad no es otra que la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos de los mismos, en régimen de participación por los intere-

(23) La obligatoriedad de la constitución en comunidades de usuarios se matiza en los arts. 85.1 TRLAg y 203 RDPH para aquellas ocasiones en que la modalidad o las circunstancias y características del aprovechamiento lo aconsejen, o cuando el número de partícipes sea reducido. En ambos casos, el régimen de comunidad podrá ser sustituido por el que se establezca en convenios específicos, que deberán ser aprobados por el organismo de cuenca. Este régimen de convenios es en todo caso preceptivo cuando el número de partícipes sea inferior a 20.

(24) Junto a los preceptos citados en el texto, la consideración de las comunidades de regantes como instancias subjetivas que desempeñan funciones públicas está presente en otros preceptos. Tal es el caso, por ejemplo, de los arts. 82.2, 83, 84.4 y 5 TRLAg, y sus correspondientes del RDPH. Junto a la normativa hidráulica general, también el común de las ordenanzas y reglamentos de las diversas comunidades de regantes ponen el acento en que su razón de ser es precisamente la gestión o administración de las aguas públicas de que son concesionarios.

Dicha previsión puede encontrarse, repito, en cualesquiera ordenanzas y reglamentos de las muchas comunidades de regantes existentes en España. A modo de ejemplo, las ordenanzas y reglamentos de la Comunidad de Regantes de Pliego (Murcia) disponen en su art. 4, párrafo segundo, lo siguiente: «[c]onstituye el objeto de la Comunidad toda actividad lícita en cuanto sea ésta conducente a las funciones de policía, distribución y administración de las aguas y demás bienes hidráulicos que tenga concedidos por la Administración para su aprovechamiento y disfrute».

Incluso los organismos de cuenca, pese a advertir de que no existe una redacción vinculante para los reglamentos y ordenanzas, ofrecen a los regantes que vayan a constituirse en comunidad de usuarios un modelo en el que, en la enumeración de funciones a desempeñar por las mismas se incluye expresamente la siguiente: «[r]ealizar directamente y en régimen de autonomía interna las funciones de policía, distribución y administración de las aguas que sean objeto de aprovechamiento por parte de la misma». Tomo la transcripción del modelo de ordenanzas puesto a disposición de los regantes por la Confederación Hidrográfica del Ebro.

sados» (25). Este planteamiento del intérprete supremo de la Constitución ha sido hecho suyo, como no podía ser de otro modo, y expresamente reiterado en multitud de ocasiones y de modo uniforme por los tribunales de justicia (26).

Creo que las funciones públicas que desempeñan las comunidades de regantes encajan con naturalidad en el concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» contemplado en el art. 3.3.d) LCSP a efectos de considerar integradas en el ámbito subjetivo de aplicación de dicha Ley a las corporaciones de derecho público. Para llegar a dicha conclusión resulta una vez más clave la jurisprudencia europea y la interpretación que la misma tiene sentada sobre dicho tipo de necesidad de interés general.

En términos sintéticos puede decirse que a la luz de la doctrina del TJUE por «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» debe entenderse «aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante» (27). Y por si dicha delimitación no fuese lo bastante clara, el TJUE se ha preocupado de precisar en numerosas ocasiones que de cara a determinar si las funciones ejercidas revisten o no carácter industrial o mercantil, han de tenerse «en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce sus actividades destinadas a satisfacer el interés general, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta

---

(25) Tomo el entrecomillado de la capital STC 227/1988, de 29 de noviembre (F.º J.º 24), resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Con posterioridad, en términos casi idénticos, la STC 161/1996, de 17 de octubre (F.º J.º 6).

(26) En ese sentido, y a modo de pequeña muestra de las sentencias que se pronuncian en el sentido indicado, la STS de 1 de febrero de 2011 (rec. núm. 5670/2006, ROJ: STS 398/2011), la STS de 12 de diciembre de 2014 (rec. núm. 1222/2014, ROJ: STS 5444/2014), la STSJ de Madrid núm. 110/2012 de 3 febrero (rec. núm. 2044/2008, ROJ: STSJ M 3195/2012) y la STSJ de Murcia núm. 947/2013 de 12 diciembre (rec. núm. 493/2009, ROJ: STSJ MU 3168/2013), la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 900/2015, de 23 de septiembre (rec. núm. 3546/2011, ROJ: STSJ CV 4759/2015), la STSJ de Aragón núm. 512/2016, de 25 de noviembre (rec. núm. 54/2016, ROJ: STSJ AR 1773/2016), la STSJ de Murcia núm. 396/2017, de 29 de junio (rec. núm. 331/2016, ROJ: STSJ MU 1265/2017), la STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 1247/2016, de 22 de septiembre de 2016 (rec. núm. 170/2015, ROJ: STSJ CL 3466/2016), la STSJ de Castilla y León (Burgos) núm. 191/2017, de 6 de octubre (rec. núm. 129/2017, ROJ: STSJ CL 3660/2017), o la SAN de 1 de marzo de 2019 (rec. núm. 612/2017, ROJ: SAN 644/2019).

(27) En tal sentido, entre otras, STJUE de 27 de febrero de 2003 (C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, apartado 50), la STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy, y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contra Varkauden Taitotalo Oy*, apartado 47), la STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-283/00, *Comisión contra España*, apartado 80).

de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad y la eventual financiación pública de la actividad de que se trate» (28). Es decir, cabe concluir que la inexistencia de competencia, de ánimo de lucro y de asunción de riesgos empresariales, así como la presencia de financiación pública, operan como elementos sino concluyentes, al menos indicativos de que la actividad llevada a cabo no es de carácter industrial ni mercantil (29).

Parece evidente que en el ejercicio de las funciones de policía y gestión de las aguas públicas desarrolladas por las comunidades de regantes, se cumplen dichos parámetros. Así, por un lado, es indudable que el cumplimiento de las indicadas funciones públicas se lleva a cabo al margen de cualquier forma de oferta de bienes y servicios en el mercado, además de en régimen de exclusividad (no competencia), sin ánimo de lucro y sin riesgo empresarial alguno.

Es preciso subrayar, además, que en las comunidades de regantes concurre la exigencia de haber sido creadas «específicamente» para cumplir las tan reiteradas funciones de interés general de carácter no industrial ni mercantil, en los términos fijados sobre el particular por el TJUE (30). Creo que es esta una realidad que ha quedado demostrada en párrafos anteriores, al exponer cómo el ejercicio de funciones de policía, distribución y administración de las aguas concedidas a su favor ha constituido en todo momento la principal razón de ser de la existencia y del régimen jurídico de las comunidades de regantes, tal como se deriva con claridad de su regulación y tienen abiertamente manifestado tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de justicia.

(28) Tomo el entrecomillado de la STJUE de 5 de octubre de 2017 (C-567/15, «LitSpecMet» UAB contra «Vilniaus lokomotyvių remonto depas» UAB, apartados 43 y 44). En términos casi idénticos, véanse también, entre otras, la STJUE de 27 de febrero de 2003 (C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, apartado 66), la STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contra Varkauden Taitotalo Oy*, apartados 48 y 59), la STJUE de 16 de octubre de 2003 (C-283/00, *Comisión contra España*, apartados 81 y 82).

(29) Merece la pena apuntar que tal como se declara en las SSTJUE citadas en la nota al pie anterior, si bien la falta de competencia contribuye a la consideración de las funciones desarrolladas como actividades de carácter no mercantil ni industrial, la presencia de dicha competencia en el mercado no excluye o no es incompatible con dicha consideración como actividades no mercantiles o no industriales. Al respecto sirva citar, por todas a la STJUE de 5 de octubre de 2017 (C-567/15, «LitSpecMet» UAB contra «Vilniaus lokomotyvių remonto depas» UAB), cuyo breve apartado 45 es del siguiente tenor: «No obstante, la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la inexistencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil».

(30) Sobre el particular, en la STJUE de 5 de octubre de 2017 (C-567/15, «LitSpecMet» UAB contra «Vilniaus lokomotyvių remonto depas» UAB, apartado 35), se afirma lo siguiente: «Además, es preciso tener en cuenta que el empleo del término «específicamente» pone de manifiesto la voluntad del legislador de la Unión de someter a las estrictas normas de contratación pública únicamente a aquellas entidades creadas con la finalidad específica de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad responda a tales necesidades».

La argumentación desarrollada en los párrafos precedentes conduce derechamente, a mi juicio, a concluir que las comunidades de regantes son entidades creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil. Como última precisión al respecto, merece la pena observar cómo dicha conclusión no se ve refutada por el hecho de que, como ha habido ocasión de apuntar, junto a las funciones públicas las comunidades de regantes desempeñen funciones privadas, fundamentalmente vinculadas a la defensa de sus intereses corporativos. Y es que, en los términos en que también se ha ocupado de aclarar el TJUE, a los efectos que ahora me ocupan resulta irrelevante que, además de las actividades destinadas a satisfacer necesidades de interés general, la entidad de que se trata lleve a cabo igualmente otras actividades con un fin lucrativo en el mercado competitivo (31).

### **3. La ausencia de una posición de preeminencia suficiente de los organismos de cuenca sobre las comunidades de regantes**

Tras la constatación de que las comunidades de regantes tienen personalidad jurídica y han sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, procede abordar el estudio acerca de si cumplen o no el tercer requisito establecido en el art. 3.3.d) LCSP para considerarlas sujetas a la misma. Dicho requisito aparece formulado en los términos siguientes: «que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia». Debe destacarse, por tanto, que para el cumplimiento de esta tercera condición se definen tres circunstancias que no operan de modo concomitante, sino de manera alternativa, siendo así pues suficiente la concurrencia de cualquiera de ellas.

Las tres circunstancias alternativas que integran este tercer requisito son a mi juicio reconducibles a una idea común o general, que he intentado plasmar en el rótulo de este apartado del trabajo. En concreto, todas

---

(31) Véanse en ese sentido, entre otras, la STJUE de 15 de enero de 1998 (C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG* y otros contra *Strohal Rotationsdruck GesmbH*, apartado 25), la STJUE de 27 de febrero de 2003 (C-373/00, *Adolf Truley GmbH* contra *Bestattung Wien GmbH*, apartado 56), la STJUE de 22 de mayo de 2003 (C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, *Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy* y *Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa* contra *Varkauden Taitotalo Oy*, apartados 57 y 58), y la STJUE de 10 de abril de 2008 (C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH* contra *Fernwärme Wien GmbH*, apartado 47), y la STJUE de 5 de octubre de 2017 (C-567/15, «*LitSpecMet*» *UAB* contra «*Vilniaus lokomotyvų remonto depas*» *UAB*, apartado 40).

ellas pretenden manifestar que las entidades con personalidad jurídica propia que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, formarán parte del ámbito subjetivo de la LCSP siempre que, además, estén sujetas con una determinada intensidad a la posición de preeminencia de un poder adjudicador (32). En el terreno objeto de estudio ello significa que las comunidades de regantes, en tanto que corporaciones de derecho público, únicamente pueden considerarse sometidas a la LCSP si la adscripción de las mismas a los organismos de cuenca entraña a favor de estos últimos una posición de preeminencia de tal magnitud que les permita ejercer una influencia determinante sobre la toma de decisiones por parte de aquellas.

A continuación abordo, así pues, la cuestión acerca de si las confederaciones hidrográficas ocupan respecto de las comunidades de regantes la posición de preponderancia que exigen los arts. 3.5 y 3.3.d) LCSP a efectos de la sujeción de estas últimas a la indicada Ley. Me permito anticipar que, a mi juicio, tanto el vigente régimen jurídico de las comunidades de usuarios de aguas públicas como la jurisprudencia europea conducen a una respuesta negativa.

#### A. LA FALTA DE FINANCIACIÓN MAYORITARIA DE LA ACTIVIDAD DE LAS COMUNIDADES DE REGANTES POR PARTE DE LOS ORGANISMOS DE CUENCA

Al igual que sucede con la cuestión relativa a si las comunidades de regantes tienen o no personalidad jurídica, resulta de todo punto incuestionable que la financiación de la actividad por ellas desarrollada no proviene mayoritariamente de los organismos de cuenca a que estén adscritas ni, conviene recalcarlo, de ningún otro poder adjudicador. Según tiene sentado el TJUE, a los efectos que ahora me ocupan, «el concepto

(32) Aunque utilizando el término «dependencia», se ha manifestado en ese sentido el TJUE en diversas ocasiones como, por ejemplo, en la sentencia 1 de febrero de 2001 (C237/99, *Comisión/Francia*, apartados 39, 41, 42, 44 y 48), o en la sentencia de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG contra Ärztekammer Westfalen-Lippe*, apartado 20). En este último puede leerse lo siguiente:

«Los tres criterios alternativos recogidos en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la referida Directiva reflejan todos ellos una estrecha dependencia con respecto a los poderes públicos. En efecto, tal dependencia puede permitir a estos últimos influir en las decisiones del organismo de que se trate en materia de contratos públicos, lo que genera la posibilidad de que consideraciones que no tengan carácter económico guíen esas decisiones y, en particular, el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales, lo que conllevaría trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías, que la aplicación de las Directivas relativas a los contratos públicos tiene por objeto precisamente impedir».

de financiación se refiere a la transferencia de medios financieros realizada sin contrapartida específica, con el objetivo de apoyar las actividades de la entidad de que se trate» (33). Transferencia de medios financieros sin contrapartida que las comunidades de regantes no perciben con carácter ordinario, ni mucho menos mayoritario (34), de ningún poder adjudicador.

El régimen de financiación de las comunidades de regantes aparece perfilado con un alcance general en la legislación de aguas y concretado en los respectivos estatutos y ordenanzas. Por lo que se refiere a la legislación hidráulica, dispone que los estatutos y ordenanzas obligarán a que todos los comuneros contribuyan a satisfacer, en equitativa proporción, los gastos comunes de explotación, conservación, reparación y mejora (art. 82.1 TRLAg y 200.1 RDPH). Y, por su parte, si acudimos a los estatutos y ordenanzas de cualquier comunidad de regantes, se comprueba —intuyo, y por tanto no tengo la certeza, que sin excepción— cómo la financiación de su actividad recae fundamentalmente sobre los comuneros, a través de las cuotas y de las derramas correspondientes, las cuales, además, son exigibles por la comunidad a través de la vía de apremio (35).

Debe descartarse, por otra parte, cómo resulta de todo punto impropcedente la identificación de la financiación de las comunidades de regantes con cargo a las cuotas de los titulares con lo que la jurisprudencia europea viene denominando «financiación estatal indirecta». En efecto, el TJUE ha afirmado que el hecho de que el organismo de que se trate se financie mediante las cuotas de sus afiliados y que sea él mismo el que fije la cuantía de dichas cuotas, no excluye de manera automática la existencia de una financiación pública, si bien que la misma sería, en su caso, de modalidad indirecta. La delimitación de los supues-

---

(33) Véanse, por ejemplo, la STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-380/98, *The Queen* contra *H.M. Treasury*, ex parte *The University of Cambridge*, apartado 21), y la STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG* contra *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, apartado 22).

(34) Conviene recordar que el TJUE, con un planteamiento absolutamente lógico, entiende que para que se cumpla la condición de que la financiación sea mayoritariamente pública, es menester que tengan dicho origen público más de la mitad de los ingresos de la entidad de que se trate. En tal sentido, por ejemplo, la STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-380/98, *The Queen* contra *H.M. Treasury*, ex parte *The University of Cambridge*, apartado 30) y STJUE de 13 de diciembre de 2007 (C-337/06, *Bayerischer Rundfunk* y otros contra *GEWA - Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, apartado 33).

(35) Resulta de interés recordar que el art. 83.4 TRLAg dispone que «[l]as deudas a la comunidad de usuarios por gasto de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas, gravarán la finca o industria en cuyo favor se realizaron, pudiendo la comunidad de usuarios exigir su importe por la vía administrativa de apremio, y prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan, aun cuando la finca o industria hubiese cambiado de dueño. El mismo criterio se seguirá cuando la deuda provenga de multas e indemnizaciones impuestas por los tribunales o jurados de riego».

tos en que puede identificarse la indicada financiación estatal indirecta es altamente compleja y casuística. Por lo demás, no procede abordar su estudio en el presente trabajo (36). Sirva en todo caso observar que en el caso de organismos financiados a través de las cuotas de los miembros, el TJUE ha sentenciado que si el organismo de que se trate tiene autonomía suficiente para determinar la naturaleza, el alcance y las modalidades de ejecución de las acciones que acomete para el cumplimiento de sus funciones y, por tanto, para fijar el presupuesto necesario a tal fin y, consecuentemente, el importe de las cuotas que reclamará a sus miembros, no cabe hablar de financiación estatal indirecta y, por ende, tampoco de financiación mayoritaria por parte de un poder adjudicador (37).

Creo que es evidente que las comunidades de regantes, que desempeñan funciones públicas atribuidas por la ley, mantienen un amplio margen de autonomía tanto para decidir acerca de los términos en que cumplen o ejercen dichas funciones —por supuesto, dentro de la legalidad—, como para fijar su presupuesto y el montante de las cuotas a satisfacer por los partícipes. Esta conclusión no se ve refutada, en fin, por el reconocimiento legal a los organismos de cuenca de una limitada posición de tutela sobre las comunidades de regantes, concretada fundamentalmente en la potestad de aprobación de los estatutos y ordenanzas y en la competencia para la resolución de los recursos administrativos interpuestos contra los acuerdos de las comunidades. En el apartado siguiente me referiré con detalle a la naturaleza y al alcance de esta posición de tutela. Por el momento, sirva tan solo subrayar que la misma en modo alguno llega a coartar o empañar la autonomía de las comunidades de regantes a que me acabo de referir en orden al modo de ejercicio de sus funciones, a la determinación de su presupuesto y a la fijación de la cuantía de las cuotas a abonar por los partícipes.

---

(36) Al respecto, y por lo que se refiere a la posible consideración de financiación mayoritaria indirecta por parte un poder adjudicador de organismos financiados principalmente con las cuotas de sus miembros, la STJUE de 11 de junio de 2009 (C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR y Orthopädie Schuhtechnik* contra *AOK Rheinland/Hamburg*, apartados 53 a 56) y la STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG* contra *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, apartados 24 y 25).

(37) La doctrina que acabo de apuntar obra en la STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG* contra *Ärzttekammer Westfalen-Lippe*, apartado 27). No debe dejar de subrayarse la similitud —no coincidencia— entre el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la citada STJUE y las comunidades de regantes españolas. En concreto, la aludida sentencia declara que no puede considerarse que en la Asociación de Médicos de Westfalen-Lippe (el equivalente a un colegio de médicos español) esté presente una financiación mayoritaria proveniente de un poder adjudicador, a pesar de que la misma se financia principalmente con cargo a las cuotas de sus afiliados aprobadas por una autoridad pública de supervisión.



## B. LA INSUFICIENTE INTENSIDAD DE LAS POTESTADES DE TUTELA DE LOS ORGANISMOS DE CUENCA SOBRE LAS COMUNIDADES DE REGANTES

Del conjunto de exigencias determinantes de la sujeción de las corporaciones de derecho público a la legislación de contratos del sector público que establece el art. 3.3.d) LCSP, la que presenta mayor complejidad de análisis y, por tanto, ofrece una conclusión más controvertida, es probablemente la concerniente a si se hallan o no sometidas a un control lo bastante intenso por parte de las administraciones públicas a que están adscritas. Como bien se sabe, una de las características comunes de las corporaciones sectoriales de derecho público consiste precisamente en que, al menos en lo que atañe al desempeño por su parte de funciones públicas, se hallan sujetas a la tutela de las administraciones públicas de adscripción. Sentada esa premisa general común, debe advertirse que no existe un régimen único de tutela administrativa predicable en relación con cualesquiera de dichas corporaciones sectoriales de derecho público. Por el contrario, tanto el alcance como los términos de ejercicio de la aludida tutela son singulares para cada tipo de corporación, de modo que el conocimiento de los mismos pasa ineludiblemente por el estudio del régimen jurídico correspondiente.

La tutela ejercida sobre las comunidades de regantes por parte de los organismos de cuenca se concreta en dos facultades o potestades de estos últimos. Por un lado, en lo que el propio TRLAg denomina «aprobación administrativa» de los estatutos u ordenanzas, tras su redacción y aprobación internas por parte de las propias comunidades de regantes (art. 81.1 TRLAg). Y, por otro lado, en la resolución de los recursos administrativos de alzada que en su caso se interpongan contra los acuerdos adoptados por la junta general y la junta de gobierno de las comunidades de regantes (art. 84.5 TRLAg y 227 RDPH).

Una interpretación apresurada de las aludidas potestades de tutela podría llevar a la conclusión de que, sentada su personalidad jurídica y el hecho de que su razón de ser sea satisfacer necesidades de interés general de carácter no industrial ni mercantil, las comunidades de regantes cumplen los requisitos definidos en el art. 3.3.d) LCSP y, por ende, están sujetas a la legislación de contratos del sector público. En mi opinión, dicha consideración sería errónea. Sobre el particular, es menester subrayar que la jurisprudencia europea tiene sentado que no toda potestad de control de un poder adjudicador sobre una entidad es suficiente para transmitir dicha condición de poder adjudicador a la entidad controlada o tutelada sino que, por el contrario, la potestad de control ha de tener una determinada intensidad o un alcance mínimo. Más exactamente, el TJUE ha advertido que un mero control de legalidad ejercido *a posteriori* no es suficiente para apreciar la existencia de una relación de dependencia de

la entidad tutelada a efectos de su sujeción a la legislación de contratos del sector público (38).

A la luz de la apuntada doctrina jurisprudencial europea, a mi juicio el control que los organismos de cuenca ejercen sobre las comunidades de regantes no reviste los caracteres adecuados para determinar el sometimiento de estas últimas a la LCSP. Ello es así en la medida en que se trata en todo caso de un control de legalidad ejercido *a posteriori*. Que el control ejercicio por los organismos de cuenca es de mera legalidad y posterior a la toma de la decisión por parte de la comunidad de regantes no requiere mayores disquisiciones en relación con la potestad de resolución de los recursos de alzada que en su caso se interpongan contra los acuerdos adoptados por la junta general y por la junta de gobierno de las comunidades de regantes. Y aunque no sea tan evidente, tampoco parece ofrecer duda el carácter de control de mera legalidad y ulterior de la potestad de aprobación de los estatutos y ordenanzas. Al respecto debe recordarse que dicha aprobación por parte del organismo de cuenca se produce tras la aprobación interna por los órganos de la propia comunidad, lo que implica que se trate de un control *a posteriori*. Y acerca de su alcance como control de simple legalidad, es inequívoco el párrafo cuarto del art. 81.1 TRLAg, a cuyo tenor: «[e]l Organismo de cuenca no podrá denegar la aprobación de los estatutos y ordenanzas, ni introducir variantes en ellos, sin previo dictamen del Consejo de Estado». Previsión normativa esta que se completa con lo que se establece en el art. 201.8 RDPH, según el cual: «[e]l Organismo de cuenca no podrá denegar la aprobación de los Estatutos u Ordenanzas y Reglamentos, si no infringen la legislación vigente, y no podrá introducir variantes en ellos sin previo dictamen del Consejo de Estado».

---

(38) En ese sentido, STJUE 27 de febrero de 2003 (C-373/00, *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, apartado 70); y STJUE de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG contra Ärztekammer Westfalen-Lippe*, apartado 30). Dada la importancia de esta cuestión para la argumentación desarrollada en el presente trabajo acerca de la sujeción o no de las comunidades de regantes a la LCSP, merece la pena traer el citado apartado 30 de la STJUE de 12 de septiembre de 2013, que a su vez cita expresamente a la STJUE de 27 de febrero de 2003:

«En siguiente lugar, en lo referente al segundo criterio recogido en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18, relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos, procede recordar que, en principio, un control *a posteriori* no cumple dicho criterio cuando tal control no permite a los poderes públicos influir en las decisiones del organismo de que se trata en materia de contratos públicos (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 70). Por tanto, tal es el caso, en principio, de un control general de legalidad realizado *a posteriori* por una autoridad de supervisión y, con mayor motivo, de una intervención por parte de dicha autoridad en forma de aprobación de la resolución del mencionado organismo por la que se fija el importe de las cuotas que garantizan la parte esencial de su financiación, que se limite a verificar que el presupuesto del citado organismo sea equilibrado».

### C. LA COMPETENCIA PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS QUE INTEGRAN LOS ÓRGANOS DE LAS COMUNIDADES DE REGANTES

Finalmente, otra de las circunstancias que a tenor del art. 3.3.d) LCSP operan de modo alternativo a efectos de la sujeción o no de las corporaciones de derecho público a la legislación de contratos del sector público, consiste en que más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección y vigilancia sean nombrados por uno o varios sujetos que tengan la condición de poderes adjudicadores. La lógica de esta previsión está, en mi opinión, fuera de toda duda, dado que la presencia en los indicados órganos de una mayoría de miembros designados por poderes adjudicadores sería, en su caso, un indicativo de que la toma de decisiones por la corporación de derecho público pudiera estar mediatizada por los poderes adjudicadores competentes para el nombramiento.

En el caso de las comunidades de regantes no existe duda alguna de que absolutamente ningún miembro de sus órganos internos es nombrado por un poder adjudicador ni, en particular, por los organismos de cuenca. La estructura orgánica y las reglas de funcionamiento de las comunidades de regantes se establecen con carácter general en la legislación de aguas, fundamentalmente en los artículos 84 TRLAg y 216 a 227 RDPH. Como es bien sabido, son tres los órganos que integran toda comunidad de regantes: la junta general o asamblea, la junta de gobierno y uno o varios jurados (art. 84.1 TRLAg).

Por lo que se refiere a la junta general o asamblea, se trata del órgano soberano de la comunidad de regantes, y está constituida por todos los usuarios de la misma (art. 84.2 TRLAg).

En cuanto a la junta de gobierno, se define como la encargada de la ejecución de las ordenanzas y de los acuerdos propios y de los adoptados por la junta general, y es elegida por esta última (art. 84.3 TRLAg).

Por último, el jurado es el órgano al que corresponde conocer de las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la comunidad en el ámbito de las ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que puedan derivarse de la infracción (art. 84.6 TRLAg). En cuanto a su composición, el art. 224.1 RDPH dispone que «estará constituido por un Presidente, que será uno de los Vocales de la Junta de Gobierno, designado por ésta y por el número de Vocales y suplentes que, determinado por las Ordenanzas, elija la Junta general».

De la regulación que acaba de quedar apuntada se deriva, en fin, que la adscripción de las comunidades de regantes a los organismos de cuenca no se traduce en forma alguna de representación de estos últimos

en las indicadas corporaciones de derecho público. Del mismo modo, la aludida adscripción tampoco lleva aparejado el reconocimiento a favor de los organismos de cuenca de la más mínima posibilidad o competencia para designar a los miembros de los órganos de las comunidades de regantes, aunque los mismos no tuviesen carácter representativo. En definitiva, y a ello me he referido más atrás con apoyo en la regulación vigente y en la jurisprudencia, las comunidades de regantes se conciben legalmente como entidades de base asociativa cuya finalidad es la gestión autónoma en régimen de participación por los interesados, de los aprovechamientos colectivos de agua para riego. Y conformemente con dicha configuración y razón de ser, la designación de los miembros que integran sus órganos constituye una cuestión estrictamente interna de cada comunidad de regantes.

## **V. Los supuestos excepcionales en que las comunidades de regantes están sujetas a la legislación de contratos del sector público**

A la luz de la argumentación desarrollada en el apartado anterior se concluye que las comunidades de regantes no forman parte del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, lo que equivale a decir que a los efectos de dicha Ley no tienen la consideración ni de administraciones públicas, ni de poderes adjudicadores que no son administración pública, ni de entes del sector público que no tienen el carácter de poder adjudicador. Es decir, sencillamente, las comunidades de regantes no forman parte del sector público delimitado por el art. 3 LCSP. Esta circunstancia no significa, empero, que no haya supuestos en que sí sea preceptivo que las comunidades de regantes adapten su actividad contractual a las determinaciones de la legislación del sector. A mi juicio ello puede suceder en dos supuestos bien diversos. Por un lado, en aquellas ocasiones —intuyo que difíciles de encontrar en la realidad— en que la mayor parte de la superficie regable de una determinada comunidad de regantes pertenezca a una o varias entidades merecedoras de la consideración de poder adjudicador a efectos contractuales. Y por otro lado, de modo más claro y habitual, en los casos de contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada, en los términos previstos en el art. 23 LCSP

Se trata de dos supuestos bien distintos, en los que tanto el alcance o intensidad del deber de respetar las determinaciones de la legislación de contratos del sector público, como la posición que en su condición de entidad contratante han de ocupar las comunidades de regantes, son asimismo muy diferentes. Es por ello que conviene prestarles atención de manera individualizada.

## **1. La hipótesis de comunidades de regantes cuya superficie regable pertenezca mayoritariamente a poderes adjudicadores**

La razón por la que he llegado a la conclusión de que las comunidades de regantes no pueden considerarse como parte integrante del ámbito subjetivo de la legislación de contratos del sector público reside en el hecho de que únicamente cumplen dos de los tres requisitos que al efecto, y en términos directamente tributarios del Derecho de la Unión Europea, establece el art. 3.3.d) LCSP. En concreto, y como ha habido ocasión de detallar, en las comunidades de regantes concurren las dos primeras condiciones establecidas en el citado precepto para hacerlas merecedoras de la consideración de poderes adjudicadores, esto es, gozan de personalidad jurídica y son entidades creadas específicamente para cumplir funciones de interés general que no tiene carácter industrial ni mercantil. Sin embargo, no se da ninguna de las tres circunstancias que de manera alternativa entrañan el cumplimiento del tercero de los requisitos. En concreto, con carácter general no cabe considerar que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Sin perjuicio de la argumentación anterior y la conclusión a que la misma conduce, creo que es posible identificar un supuesto en que las comunidades de regantes sí pueden llegar a cumplir con la tercera de las exigencias establecidas en el art. 3.3.d) LCSP para tener el carácter de poderes adjudicadores. Se trata de aquellos casos de comunidades de regantes cuya superficie regable pertenezca mayoritariamente a una o varias instancias que tengan la condición de poder adjudicador.

Desconozco si en la realidad de las comunidades de regantes existe algún supuesto en que se dé dicha circunstancia. Intuyo —y por tanto no tengo la certeza— que no. En todo caso, de darse dicha particularidad, entiendo que la comunidad de regantes implicada tal vez podría quedar sujeta a la legislación de contratos del sector público, toda vez que en ella quizás podrían concurrir todos los requisitos que al respecto preceptúa el art. 3.3.d) LCSP.

En efecto, cabe contemplar que en el supuesto en que la mayor parte de la superficie a regar sea de titularidad de uno o de varios poderes adjudicadores, estos van costear mayoritariamente la actividad de la comunidad de regantes, toda vez que las cuotas de los partícipes o comuneros se definen en términos de proporcionalidad con la superficie de la que son propietarios. De igual modo, dichos poderes adjudicadores, en caso de ser más de uno, van a tener una representatividad mayoritaria en la junta general, de modo que van a poder controlar o condicionar la toma de decisiones por parte de dicho órgano soberano de la comunidad de regantes.

Interesa demorarse en esta última afirmación acerca de la representatividad en la junta general o asamblea para subrayar dos datos que deben ser tenidos particularmente en cuenta. Nótese, en primer lugar, que he eludido referirme al nombramiento de la mayoría de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia de la comunidad de regantes por parte de los poderes adjudicadores titulares de la mayor parte de la superficie regable. Ello es así porque en el ámbito de la junta general de las comunidades de regantes el valor del voto de cada partícipe está en función de la superficie regable de su titularidad, de modo que a un mismo partícipe le corresponden más o menos votos según la extensión de tierra regable de su propiedad (39). Siendo así, entiendo que la exigencia establecida en el art. 3.3.d) LCSP, consistente en que más de la mitad de sus miembros sean nombrados por uno o más poderes adjudicadores, debería en su caso ser objeto de una interpretación *mutatis mutandis*, en el sentido de que los indicados poderes adjudicadores representen en la junta general a más de la mitad de la superficie regable.

Por otro lado, no debe pasar desapercibido el dato de que solo será posible identificar un dominio real o influencia determinante sobre la toma de decisiones por parte de la junta general tal como lo ha interpretado la jurisprudencia europea, en el caso de que los poderes adjudicadores que conjuntamente ostenten la titularidad de más de la mitad de la superficie regable sean más de uno. No en vano, la regulación de las comunidades de regantes dispone en términos taxativos que, por lo que se refiere a la junta general, «[a] ningún propietario podrá corresponderle un número de votos que alcance el 50 por 100 del conjunto del de todos los comuneros, cualquiera que sea la participación de aquél en los elementos comunes y, consiguientemente, en los gastos de la Comunidad» [art. 200.8.d) RDPH].

Siendo así las cosas, entiendo que debe concluirse que en aquellos casos en que la mayor parte de la extensión de tierra regable pertenezca a un solo poder adjudicador, el único criterio que hipotéticamente puede cumplirse a efectos de sujeción de la comunidad de regantes a la LCSP es el concerniente a la financiación mayoritaria. Más allá de dicha consideración, la indicada propiedad mayoritaria de un único poder adjudicador será irrelevante en orden a que el mismo pueda ocupar en la junta general de la comunidad de regantes una posición tal que le permita ejercer una influencia determinante en la toma de decisiones. Dicho de otro

---

(39) Con el planteamiento que acabo de exponer estoy siendo deliberadamente simplificador. En efecto, es menester subrayar que muy habitualmente en las comunidades de regantes concurren propietarios regantes con titulares de otros tipos de usos autorizados de las aguas objeto de la concesión (viviendas, abastecimiento a poblaciones, granjas, usos industriales, saltos hidroeléctricos, etc.), lo que obliga a las ordenanzas de la comunidad de regantes a establecer los criterios de participación en la junta general y el valor del voto de cada uno de los partícipes.

modo, y aun a riesgo de ser excesivamente reiterativo, la indicada titularidad de más de la mitad de la superficie regable a favor de un único poder adjudicador, en modo alguno refleja o se traduce en la «estrecha relación de dependencia» de la comunidad de regantes a la que, según la jurisprudencia europea, debería conducir para determinar la sujeción de esta última a la legislación de contratos del sector público (40).

Las posibilidades reales de encontrar alguna comunidad de regantes cuya superficie regable sea mayoritariamente de titularidad de uno o varios poderes adjudicadores se me antojan escasas. Ello no obstante, interesa igualmente abordar la cuestión concerniente a la posición que en tales casos ha de ocupar la comunidad de regantes implicada en tanto que entidad contratante o, lo que es lo mismo, si ha de contratar como administración pública, como poder adjudicador que no tiene la condición de administración pública (PANAP) o como entidad del sector público que no tiene el carácter de poder adjudicador (ESPNPA).

Este interrogante se plantea porque, si bien el art. 3.5 LCSP dispone que quedan sujetas a la LCSP las corporaciones de derecho público que cumplan los requisitos establecidos en el art. 3.3.d) LCSP, no especifica en qué concreta posición subjetiva se produce dicha sujeción. No creo que el silencio de la ley sobre este extremo deba estimarse problemático. Antes bien, parece lógico interpretar que las comunidades de regantes en las que concurren las exigencias del art. 3.3.d) LCSP merecen la consideración de poderes adjudicadores que no tienen la condición de administración pública (41). Al fin y al cabo, y partiendo de que las comunidades de regantes no son administraciones públicas *ex art.* 3.2 LCSP, la lectura propuesta implica simple y llanamente atribuir la condición a PANAP a aquellas comunidades de regantes que cumplen los requisitos propios de los PANAP con arreglo al art. 3.3.d) LCSP.

## 2. La posición de las comunidades de regantes en relación con los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada

He señalado más atrás que son dos los supuestos en que la contratación por parte de las comunidades de regantes debe plegarse a las previsiones contenidas en la legislación de contratos del sector público.

---

(40) Recuérdese al respecto la doctrina formulada en, entre otras, la STJUE 1 de febrero de 2001 (C237/99, Comisión/Francia, apartados 39, 41, 42, 44 y 48), o en la sentencia de 12 de septiembre de 2013 (C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG* contra *Árzttekammer Westfalen-Lippe*, apartado 20).

(41) En tal sentido, y en relación con toda la categoría de las corporaciones de derecho público, López Benítez, M., (2017: 143-144); y Díez Sastre, S. (2018), «El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública», en Gallego Córcoles, I. y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, tomo I, pág. 529.

Además de en el supuesto analizado en el apartado precedente, las comunidades de regantes también están sujetas a la LCSP en relación con los denominados contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, en los términos previstos en el art. 23 LCSP.

Como bien se sabe, el citado precepto establece una excepción a la regla general según la cual únicamente pueden licitar contratos sujetos a regulación armonizada aquellas entidades contratantes que tengan el carácter de poder adjudicador, y ordena que determinados contratos suscritos por particulares o por entes del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores quedan asimismo sujetos a la LCSP siempre que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores (42). La aplicación de la LCSP a estos contratos subvencionados es, no obstante, de diversa intensidad en función de si la entidad contratante ostenta o no la condición de poder adjudicador. En el caso de que se trate de una instancia que no tiene la condición de poder adjudicador, el art. 23.2 LCSP resuelve el régimen de sujeción a la LCSP con la previsión siguiente: «[I]as normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquellos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las establecidas en el Título II del Libro Tercero de esta Ley».

Esta regulación, en mi opinión innecesariamente críptica, implica sencillamente que en los casos en que la entidad contratante sea una instancia que no forme parte del sector público tal cual se define en el art. 3.1 LCSP, únicamente quedará sujeta a aquellas —pocas— particularidades que a lo largo de la propia LCSP se articulan en relación con los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada (43). La idea principal que a mi juicio debe subrayarse en este punto es que el hecho de que suscriban contratos subvencionados con arreglo al art. 23 LCSP no reconduce a dichas instancias que no forman parte del sector público *ex art. 3.1 LCSP*, a ninguna de las tres tipologías del ámbito subjetivo de la

(42) Conviene recordar que a tenor del art. 23.1 LCSP, se consideran contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada las siguientes modalidades contractuales:

«a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.350.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 214.000 euros».

(43) Dichas previsiones se contienen, en particular, en los arts. 2.2 y 3, 23, 27.1.f), 36.2, 38, 41.2 y 3, 44.1, 47, y 65, todos ellos de la LCSP.



LCSP, es decir, no las lleva a tener que contratar como si de administraciones públicas o PANAP se tratase, ni tampoco como si fueran entidades del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores.

El que acabo de describir brevemente es, por tanto, el alcance del deber de cumplimiento de la legislación de contratos del sector público por parte de las comunidades de regantes en aquellas ocasiones en que suscriban contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada en los términos previstos en el art. 23 LCSP. Contratos subvencionados que en el ámbito que nos ocupa, de las comunidades de regantes, y en función de quien sea la instancia que aporta la indicada subvención de más de la mitad de su importe, pueden encauzarse a través de dos herramientas específicas del Derecho de aguas. Me refiero, en concreto, a las encomiendas de gestión para la explotación y el mantenimiento de las obras hidráulicas que les afecten, y a la adjudicación directa a su favor de concesiones de construcción o explotación de las obras hidráulicas que les afecten. Se trata de dos posibilidades contempladas expresamente en el art. 125 TRLAG y que, en lo contractual, abren un escenario marcado por numerosas controversias y dificultades interpretativas. Se trata en todo caso de inconvenientes ajenos al objeto y a los planteamientos del presente trabajo, limitado al estudio de la sujeción o no de las comunidades de regantes a la legislación de contratos del sector público, razón por la cual no procede abordar su análisis (44).

## VI. Bibliografía citada

- BOLEA FORADADA, J. A. (1998), *Las comunidades de regantes*, Zaragoza : Comunidad General de Usuarios del Canal Imperial de Aragón (existe segunda edición del año 2016, Madrid: Federación Nacional de Comunidades de Regantes).
- DÍEZ SASTRE, S. (2018), «El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública», en GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (coords.), *Tratado de contratos del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R (1974), «Sobre la naturaleza de las Comunidades de Regantes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. (2019), «El “sector público” como referente actual del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 209.

---

(44) Para una aproximación de la cuestión, Navarro Caballero, T. M.<sup>3</sup> (2018), «La explotación y mantenimiento de obras hidráulicas por los usuarios», en Ezquerro Huerva, A. y Navarro Caballero, T. M.<sup>3</sup> (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, págs. 261-286.

- GAY DE MONTELLÁ, R. y MASSÓ ESCOFET, C. (1956), *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona: Bosch.
- GUAITA MARTORELL, A. (1981), «Naturaleza de las comunidades de regantes y de sus jurados de riego», en *Homenaje al profesor Alfonso Otero*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (2017), «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho Público», *Documentación Administrativa*, 4 (Nueva época).
- LÓPEZ DE HARO, C. (1912), «Comunidad de regantes», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 60, núm. 121.
- MAESTRE ROSA, J. (1969), *Comunidades de regantes: concepto, naturaleza jurídica y regulación positiva*, Barcelona: Bosch.
- MARTÍN BAUTISTA, M.<sup>a</sup> T. y LUNA QUESADA, C. F. (2017), «Algunas consideraciones acerca de las comunidades de regantes y la recaudación de sus cuotas por las diputaciones provinciales», *Revista Digital CEMCI*, 34.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996), «De las comunidades de regantes a las comunidades de usuarios de las aguas públicas. Reflexiones sobre el tema de su personalidad jurídica», *Autonomías. Revista Catalana de Derecho Público*, 21.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1960), *De las administraciones autónomas de las aguas públicas*, Sevilla: Instituto García Oviedo.
- NAVARRO CABALLERO, T. M.<sup>a</sup> (2018), «La explotación y mantenimiento de obras hidráulicas por los usuarios», en EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T. M.<sup>a</sup> (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- OYA AMATE, V. (2018), *De la naturaleza jurídica de las comunidades de regantes. Evolución histórica y resolución de conflictos entre la vía civil y la contencioso-administrativa*, Jaén: Publicaciones de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada.
- PÉREZ PÉREZ, E. (1991), *Naturaleza jurídica de las comunidades de regantes*, Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.
- PÉREZ PÉREZ, E. (1994), «Naturaleza de las comunidades de usuarios del agua y esquema de su régimen jurídico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 81.
- TEJEDOR BIELSA, J. (2018), «Ámbito subjetivo, organización administrativa y gobernanza en la nueva ley de contratos del sector público», en TEJEDOR BIELSA, J. C. y BERNAL BLAY, M. A. (eds.), *La Ley de contratos del sector público*, Monografías de las Revista Aragonesa de Administración Pública, XVIII, Zaragoza: Gobierno de Aragón.



## Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización

Anticipatory governance and administrative proactivity: virtues of decentralization

RICARDO RIVERO ORTEGA

Universidad de Salamanca

ricriv@usal.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.03>

**LABURPENA:** COVID-19 krisiak agerian utzi du maila anitzeko gure Gobernantzak ez duela aurrea hartzeko gaitasunik, maila zentraletik berandu erantzun delako. Denontzat neurri berak ezarri ordez metodologia deszentralizatuago batean oinarrituz gero, agertokien definizio estrategikoko zientziak iradokitzen duen ildoari jarraikiz, erabaki egokiagoak hartuko ziren.

**HITZ GAKOAK:** Maila anitzeko gobernantza aurre hartzaila. Deszentralizazioa. Estrategia. COVID19.

**ABSTRACT:** The COVID-19 crisis has revealed the lack of capacity to anticipate of our multilevel governance, due to a slow reaction of central power. A more decentralized and not «one size fits all» decision-making methodology could have been smarter, as suggested by the state of science of strategic scenario definition.

**KEYWORDS:** Multilevel anticipatory Governance. Decentralization. Strategy. COVID-19.

**RESUMEN:** La crisis COVID-19 ha puesto en evidencia la falta de capacidad de anticipación de nuestra gobernanza multinivel, por una tardía respuesta desde el nivel central. Una metodología más descentralizada y sin soluciones de «talla única» hubiera sido más apropiada en la toma de decisiones, en la línea sugerida por la ciencia de definición estratégica de escenarios.

**PALABRAS CLAVE:** Gobernanza anticipatoria multinivel. Descentralización. Estrategia. COVID19.

Trabajo recibido el 13 de julio de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. Planes centralizados de talla única vs. Principio de subsidiariedad.—II. ¿Puede una Administración centralizada ser proactiva?—III. ¿Es útil la definición estratégica de escenarios? Las conferencias de consenso.—IV. ¿Quién debe gestionar la gobernanza anticipatoria?—V. Conclusión: El papel proactivo de los gobiernos autonómicos y locales.—VI. Bibliografía.

## I. Planes centralizados de talla única vs. principio de subsidiariedad

La crisis COVID ha puesto de manifiesto las debilidades de nuestro sistema institucional para reaccionar ante una emergencia sanitaria global. El retraso en la adopción de algunas medidas explica la comparativa negativa con otros países, a la vista de la altísima cifra de muertos y los porcentajes de transmisión en España. La petición reiterada de una evaluación imparcial de la gestión apunta esos fallos, que necesitamos conocer para no incurrir de nuevo en ellos, como de hecho pudiera haber ocurrido en los meses de verano. Una segunda ola de contagios e ingresos hospitalarios multiplicaría el daño, con nefastas consecuencias sanitarias, sociales y económica. ¿Acaso no era posible anticipar estas circunstancias? ¿No teníamos —y seguimos sin tener— plan alguno frente a la pandemia? ¿Quizás no es la planificación la herramienta administrativa apropiada para prepararse ante situaciones marcadas por un alto grado de desconocimiento e incertidumbre? (1)

Los planes europeos, elaborados sobre experiencias anteriores, no sirvieron de mucho. El gobierno español disponía de su Plan de Preparación y Respuesta ante una pandemia de gripe, elaborado por el Ministro de Sanidad y Consumo en 2005 (2). La Comisión Europea se había anticipado con el documento de trabajo «Planificación Comunitaria de la Pre-

(1) La planificación no es, efectivamente, la herramienta apropiada. No sirve para responder a lo desconocido. En estos casos, se hace preciso mantener un estado de alerta constante y responder en tiempo real, tal y como explican MOLES PLAZA y GARCÍA HOM en su muy recomendable *Manual del miedo. Peligro, riesgo, incertidumbre y caos*, Avant, 2020.

(2) La lectura de este documento quince años después de su redacción resulta sorprendente. Recuerda las grandes pandemias del siglo. xx, incluyendo las más recientes. En este siglo, afirma el documento, estaríamos más preparados, porque «La OMS manifiesta que el esfuerzo conjunto de todos los países y sus sistemas de vigilancia epidemiológica permitirán detectar con rapidez la aparición de una nueva cepa pandémica e iniciar de un modo inmediato todos los planes de actuación y contingencia, permitiendo organizar una adecuada respuesta internacional que permita hacer frente, sin demasiadas pérdidas, a esta amenaza». Obviamente esta coordinación internacional no funcionó de manera efectiva. En el plan también se observa, con nuestra experiencia reciente, la nula mención al distanciamiento social o a los EPis o al uso de mascarillas para prevenir los contagios. Entre las medidas para prevenir la extensión de la enfermedad en la población sí se incluyen el aislamiento domiciliario (voluntario), restricciones locales en la movilidad de las personas, cierre de colegios y otros centros de enseñanza y restricción de grandes reuniones, actos públicos, reuniones internacionales en territorio nacional.

paración y Respuesta Frente a Pandemias de Gripe». Ambos respondían a las situaciones provocadas por virus de características muy diferentes al que produce la COVID-19, cuya fácil transmisibilidad y, sobre todo, la multitud de casos asintomáticos que propicia, unidos a un tiempo demasiado largo de latencia de la enfermedad (semanas), requiere respuestas diferentes a las de los ejemplos anteriores.

La facilidad de transmisión suele ser propia de virus de menor letalidad. El porcentaje de población al que la enfermedad COVID-19 daña gravemente, hasta la muerte, no es tan alto como el de otros virus, pero sí inasumible para toda sociedad civilizada. Las estrategias de mitigación no son válidas, debiendo adoptarse medidas drásticas no previstas en los planes diseñados: confinamientos duros, tests, rastreos de casos y cierres de fronteras. Algunas de estas soluciones no se pudieron aplicar en España hasta muy avanzada la crisis, ora por falta de recursos (insuficiencia o defectos de los tests), ora por carencias en las redes sanitarias para hacer el seguimiento de los contactos. Ahora sí, a partir de finales del mes de mayo, los tests y rastreos se multiplicaron, pero claramente demasiado tarde, cuando la transmisión comunitaria ya había producido sus peores consecuencias (miles de muertos).

Aunque los gobiernos europeos habían recibido en enero la alerta de la Organización Mundial de la Salud, su respuesta fue desigual en muchos aspectos importantes. Algunos comenzaron a tomar precauciones sobre los colectivos más vulnerables bastante antes (las personas de edad avanzada, principales víctimas de esta pandemia, en las residencias de ancianos, cuya vigilancia devino clave). Otros, en cambio, demoraron las adquisiciones de equipos de protección, respiradores y la consulta a profesionales expertos en la gestión epidemiológica. El desencuentro recurrente entre virólogos, microbiólogos, inmunólogos y políticos, a la vista de toda la sociedad gracias a los medios de comunicación, agudiza la perspectiva de falta de criterio objetivo, una tendencia errática y la acomodación en función de factores diversos, no siendo siempre predominantes los sanitarios (en la desescalada, la llamada «nueva normalidad» y la segunda ola).

El virus estaba circulando ya libremente por Europa mucho antes de las intervenciones sanitarias. En Francia, la Dirección General de Salud situó los primeros casos de infección a finales de enero de 2020, pero algunas pruebas PCR repetidas posteriormente datan contagios desde el 27 de diciembre de 2019. La sospecha de desinformación y falta de transparencia por parte de las autoridades chinas parece más que fundada, máxime si comparamos sus inverosímiles datos de muertos y afectados con los de todos los demás países del mundo. El balance en China es sencillamente increíble, pero su opacidad no debería ser sorprendente para gobiernos que debieron ponerse en lo peor.

No es la primera vez que tenemos la percepción de lentitud e ineffectividad en la protección de las personas, con graves consecuencias. La forma de gestionar la crisis de las llamadas «vacas locas» presenta algunos paralelismos, salvando las distancias de gravedad y número de muertos, con la del COVID-19. Demasiado tiempo entre la evidencia de las correlaciones y causalidades y las respuestas de política pública, en gran medida por los titubeos en la puesta en práctica del principio de precaución, que sugiere anticipar medidas cuando se comienza a tener constancia de lo que está ocurriendo, no en el momento en que los perjuicios son enormes (3).

La tardanza de la respuesta europea pone de manifiesto uno de los primeros inconvenientes de la centralización de las decisiones. Si España hubiera limitado la movilidad con Italia, suspendido los vuelos y evitado varios eventos deportivos con equipos de ambos países, hubiera neutralizado una de las principales vías de entrada y contagio. Todavía durante el fin de semana de puente del carnaval, miles de españoles visitaban zonas de Italia afectadas por la pandemia, volviendo a sus ciudades de origen con el virus. Una Europa unida parece impedir que cualquier Estado miembro adopte medidas unilaterales de este tipo, aunque tal criterio ha saltado por los aires cuando tantos gobiernos europeos han desaconsejado viajar a España, por nuestras cifras de contagio.

El retraso en la reacción de las instituciones comunitarias es evidente, pero comprensible porque no tenían el problema encima. Después, Europa tampoco ha liderado la coordinación de las medidas, dejando que cada Estado miembro decidiera graduar sus restricciones, con diferencias notables entre unos y otros. La apertura de fronteras en un momento temprano por la presión de la temporada turística es otro ejemplo de los sesgos a los que lleva la centralización. Las decisiones deberían tomarse en cada nivel local, a la vista de sus propias circunstancias.

Las soluciones de talla única, resultantes a menudo de las instancias centralizadas, no sirven. Amén de las diferencias en las cifras de contagio, la preparación de los países para responder a la pandemia. La capacidad de realizar PCR's era mucho mayor al principio en Alemania que en España. El número de camas UCI por habitantes es también muy superior en otros países europeos, lo que puede explicar el número de muertos, una cifra alarmante si la calculamos en términos relativos de población.

Además de los medios, adelantarse con prevenciones pudo suponer la diferencia clave entre el éxito o el fracaso de una política pública. No todos los países han sufrido esta última crisis con la misma intensidad; incluso en la península ibérica encontramos diferencias notables entre España y Portugal. España veía la situación en Italia y apenas se anticipaba, mientras

---

(3) Vid. CIERCO SEIRA, César, «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.

Portugal se adaptó rápidamente cuando observó lo que ocurría tan cerca de sus fronteras. ¿Dónde está la clave de su éxito? La mayoría de las prevenciones de nuestros vecinos no resultaron de indicaciones de la autoridad central, sino de la propia iniciativa y responsabilidad de la población.

¿Qué circunstancias o características sociales o de gobernanza marcan la diferencia entre países en este tipo de situaciones? ¿Por qué los alemanes o los portugueses muestran un mejor desempeño en la gestión de la crisis? ¿Cómo se han tomado las decisiones en estos casos, en comparación con el procedimiento seguido en nuestro modelo? ¿Puede tener algo que ver la centralización de competencias sanitarias desde mediados de marzo? ¿Por qué las comunidades autónomas no tomaron antes medidas, a pesar de la evidencia de los contagios desde finales de febrero? ¿Qué podría haberse hecho y no se hizo, antes de la declaración del estado de alarma?

Y, pensando en el futuro inmediato y a más largo plazo, ¿Cómo deben articularse las decisiones para anticipar la respuesta? ¿Quién debe disponer de la autoridad para cerrar centros educativos, limitar la movilidad, confinar a personas en sus domicilios? ¿Deben tomarse estas decisiones en el nivel central, regional, o local? Las distintas comprensiones del modelo de Estado y del principio de subsidiariedad se enfrentan a la hora de responder a estas preguntas. Desde mi punto de vista, y contra una opinión mayoritaria, la opción centralizadora es «subóptima». También lo es, a mi juicio, la sustracción total de poder a los ayuntamientos y las diputaciones, casi desaparecidas en esta crisis(4).

En mi opinión, la centralización presenta dos grandes inconvenientes: el primero, su desconexión informativa inmediata con la realidad del lugar, que conocen mejor las autoridades próximas; el segundo, la ausencia de mayor empatía con los intereses locales directamente afectados, que lleva a considerar cada una de las variables afectadas. Lo que ocurre en una parte de la geografía puede ser muy diferente a lo que sucede en otra, y las soluciones más adecuadas en el norte pueden no serlo en el sur. Las zonas urbanas y las rurales no tienen por qué adoptar las mismas medidas. En fin, el «café para todos» me parece una mala costumbre administrativa española. Las soluciones de «talla única», por otro lado, anulan una de las ventajas del federalismo: comparar el mayor acierto o el fracaso de opciones diversas, que compiten como soluciones a problemas que pueden ser diversos, aunque similares. Esa oportunidad de las adaptaciones territoriales desaparece con el modelo aplicado en España(5).

---

(4) Sobre el papel de las corporaciones locales en este contexto me he pronunciado en RIVERO ORTEGA, Ricardo, «¿Cómo pueden las entidades locales contribuir a la reactivación económica?», *Revista de Estudios Locales*, Septiembre 2020.

(5) Vid. BALLBÉ, Manuel y PADRÓS, Carles, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona, 1997.

La descentralización, por el contrario, además de una comparativa de opciones, ofrece la ventaja de posibilitar la participación de las comunidades destinatarias de las medidas, lo que podría mejorar sobremanera su efectividad y realismo (6). Quizás, en el caso español, una coordinación más temprana con las autoridades autonómicas y locales hubiera servido para conocer con mayor detalle la situación en cada parte del territorio. El problema de las soluciones de «talla única» es que no discriminan realidades diversas, siendo dañinas desde el punto de vista del impacto económico y social. Estos efectos fueron criticados por el Gobierno Vasco y otros poderes autonómicos desde la declaración del estado de alarma, a mi modo de ver con bastante razón.

¿Es conveniente que una instancia centralizada tenga toda la capacidad de decisión en estas situaciones? Una versión clásica y convencional del poder ejecutivo conduciría a la respuesta afirmativa, pero lo cierto es que la descentralización de ciertas competencias persigue el objetivo de modular y adaptar a su propia realidad la adopción de medidas en cada zona del territorio. La centralización termina sustituyendo el conocimiento directo de la realidad por la asignación de todo el poder de decidir a expertos que aplican marcos teóricos, cuando no recurren a entidades privadas especializadas en la venta de soluciones presentables y lucidas (que no tan lúcidas) en formato *power point*.

La «deliberación prospectiva», asociada a la «imaginación moral» ofrece alternativamente una salida a los responsables de las políticas públicas para prever las reacciones concretas a adoptar en situaciones de incertidumbre previa. La verdadera deliberación requiere sumar puntos de vista diversificados, contrastar percepciones sin incentivos para los falsos consensos, escuchar atentamente las opiniones disidentes, para evitar las soluciones más fáciles de alcanzar, que pueden no ser las mejores.

A juicio de Cairns y Whright, las comunidades pueden ser habilitadas para reconocer y responder de forma autónoma ante las circunstancias locales o regionales (un argumento en contra de la centralización de los procesos de decisión), para poder actuar con un criterio más adaptado y eficiente. Siempre, claro está, que los expertos en el diseño de escenarios les permitan hacerlo (lo que supondría renunciar en parte a su protagonismo y poder decisorio, lo que no parece nada fácil) (7).

Mucho mejor que diseñar sofisticados planes, es analizar en tiempo real las situaciones, escuchar a los afectados y plantear márgenes de flexibilidad/versatilidad para poder actuar conforme al método del ensayo/error/acierto. Los planes apenas sirven para algo, en momentos de tanta

(6) Vid. CAIRNS, George y WRIGHT, George, «A reflection on the mass production of scenarios in response to COVID-19», *Futures and Foresight Science*, 2020.

(7) *Op. cit.*



incertidumbre. Por eso es preferible o que las decisiones se tomen en tiempo real y próximas al lugar donde van a desarrollar sus efectos (subsidiariedad). El papel de las autoridades locales en toda esta crisis ha sido prácticamente anulado, lo que en mi opinión constituye un error craso, porque los municipios (y las diputaciones provinciales) tienen un conocimiento real e inmediato de sus sociedades de referencia muy superior al de las autoridades regionales o estatales (8).

El principio de subsidiariedad no es un dogma, tampoco responde a una falacia o una petición de principio. Su razón de ser es pragmática: conoce mejor sus problemas, en tiempo real, quien está más cerca de las circunstancias que deben ser abordadas. Es el acceso inmediato a la información, sobre el terreno, el que permite la reacción más rápida. Las instancias centralizadas son más lentas porque tardan demasiado tiempo en comprender de manera completa y detallada lo que está ocurriendo, algo que ven y sobre el territorio los poderes regionales y locales, mucho más cercanos a las personas y sus problemas concretos.

## II. ¿Puede una Administración centralizada ser proactiva?

El inconveniente más destacable de la planificación es su sesgo centralista, que distancia las decisiones de los lugares donde se plantean las necesidades. HAYEK, en su libro *Camino de servidumbre*, de 1944, apuntó las carencias informativas de los planificadores, frente a la opción preferible de permitir que cada instancia descentralizada en su propio nivel adopte, a la vista de las circunstancias reales a las que se enfrenta, las decisiones más apropiadas (9).

La planificación resulta imprescindible, pero debe ir siempre acompañada de realismo y mecanismos suficientemente efectivos de recogida de información (participativos). Si los datos son inadecuados o los procedimientos decisorios fallan, los fracasos planificadores se muestran estrepitosos. Tantos ejemplos lo demuestran, como también podrían señalarse algunos aciertos en el intento de resolver problemas con ambiciosos planes. Un análisis de los casos de éxito pone de manifiesto las conexiones entre descentralización y planificación (10).

En nuestro Derecho público, la previsión más señera sobre planificación se halla en el inédito en la práctica artículo 131 («1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para

---

(8) Sobre el principio de subsidiariedad, mi manual de *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Octava Edición, 2018.

(9) Vid HAYEK, Friedrich, *The Road to Serfdom*, 1944.

(10) Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Descentralización y planificación*, IEL, 1972.

atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas». Interrumpo aquí la cita para evidenciar el acierto de los constituyentes, que comprendieron la necesidad de involucrar a los gobiernos regionales en el insumo informativo para el diseño de estrategias de medio y largo plazo, evitando así su fracaso (11).

Una visión general de futuro puede propiciar aciertos de carácter global u holístico. Por ejemplo, la estrategia SCHUMAN-MONNET para impulsar la integración europea. Su primer diseño en 1950, hace setenta años, se ha demostrado un gran acierto, porque se desarrolla en clave gradualista y pragmática. La participación constante de los Estados miembros en todos los procesos de decisión, desde un punto de partida de mínima burocracia comunitaria, puede explicar también ese éxito (12).

Una organización puede anticiparse a las necesidades si cuenta con información. La proactividad requiere un conocimiento directo de las necesidades. La rapidez en la toma de decisiones es otra de las condiciones o presupuestos de la respuesta adelantada, muy lejos del alcance de burocracias separadas de los lugares donde se producen las circunstancias. Si quien ve las situaciones tiene que consultar y esperar las órdenes que dicte alguien que no tiene el problema encima, se perderá tiempo de reacción.

La Administración centralizada puede ser proactiva si se coordina mucho con las autoridades regionales y locales, algo que en España no hay costumbre de hacer. Es bien sabido que los mecanismos de cooperación, coordinación y colaboración son el gran déficit técnico de nuestro Estado autonómico, desventaja agudizada en el contexto de la pandemia y cuya respuesta principal, hasta ahora, ha sido la centralización de competencias. Una vez devueltas las mismas, llegado el mes de octubre de 2020, polemizan los poderes autonómicos y el central sobre los datos objetivos que deben ser aplicados a la hora de tomar medidas. El conflicto abierto entre el Gobierno de España y la Comunidad de Madrid es significativo de este problema estructural del Estado autonómico (13).

---

(11) Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *El sistema económico de la Constitución española (participación institucional de las autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*, Cívitas, Madrid, 1992.

(12) Vid. MONNET, Jean, *Memorias*, 2011.

(13) Vid. AJA, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, 2001.

### III. ¿Es útil la definición estratégica de escenarios? Las conferencias de consenso

Si la planificación centralizada no sirve para anticipar los problemas con proactividad, ¿acaso no es posible avanzar ninguna estrategia de preparación de respuestas ante situaciones de crisis? ¿Cabe articular alguna metodología alternativa a la clásica planificación, en sus versiones menos eficaces? Durante los últimos meses, todos los gestores públicos (y privados) han verbalizado un modo recurrente de proceder, tantas veces desde el desconocimiento de su técnica: la definición estratégica de escenarios.

Esta metodología es tributaria de la ciencia prospectiva (y la llamada futurología), desarrolladas en la segunda mitad del siglo. xx para responder a contextos de incertidumbre y riesgo. Las sociedades de aquel momento vivían atemorizadas por desastres que pudieron evitar (la tercera guerra mundial), traumatizadas por la experiencia terrible de los conflictos bélicos anteriores, con sus nefastas consecuencias en términos humanos. Esa circunstancia marcó a generaciones sucesivas, preparadas para lo peor y dispuestas a realizar los esfuerzos y sacrificios necesarios para evitar el desastre, organizarse ante las contingencias. Hasta tal punto llegaba su obsesión preventiva, que se tradujo en prácticas como la de construir búnkeres de propiedad privada (14).

La metodología de diseño de escenarios surge en este marco, al abrigo de los laboratorios de la *RAND Corporation*, un *think tank* creado en los años cuarenta para conectar proyectos de investigación y decisiones militares. De esta sinergia han surgido avances tan destacables como Internet o los servicios de salud en los Estados Unidos. En nuestros días, la *RAND Corporation* ha asumido también su cuota de responsabilidad para informar a los ciudadanos y los poderes decisorios sobre las características de la crisis COVID-19, proponiendo enfoques equilibrados y contra propuestas radicales.

Fue en los años 60 cuando Herman KAHN, quien había trabajado para la fuerza aérea, ideó la técnica de definición de escenarios como una herramienta para realizar pronósticos sobre posible evolución de los negocios. KAHN se convirtió en el más célebre futurista, seguido por Pierre WACK, planificador de una multinacional del petróleo, una posición desde la que anticipó la crisis energética de 1975, nada menos. Sus contribuciones fueron prácticas, realistas y muy útiles, pues de otro modo no se hubiera popularizado la técnica, aunque muchos de sus seguidores desconocen los orígenes.

---

(14) Vid. MONTEYNE, David, *Fallout Shelter. Designing for Civil Defense in the Cold War*, 2011.

Tras los pioneros, vinieron otros investigadores que desarrollaron en el último tercio del siglo pasado varias metodologías de predicción mediante escenarios. El método para el desarrollo teórico en ocho pasos, el método general; el modelo de diamante. Todas estas metodologías sirven para seleccionar futuros potenciales, comprender mejor las circunstancias que pueden devenir, e influir estratégicamente sobre ellas (15)

Vincular escenarios y estrategias parece inteligente, porque no se trata sólo de saber qué puede ocurrir, sino *qué preferimos que ocurra*. Y para definir ese futuro deseable es preciso articular una «conversación estratégica» (16), un proceso comunicativo con los sujetos concernidos o afectados por las circunstancias y las decisiones a tomar sobre las mismas. Una metodología posible en este sentido es la de las «conferencias de consenso» (*consensus conference*), reuniones de expertos en las que participan ciudadanos que pueden realizar aportaciones y formular preguntas (17).

Cass R. SUNSTEIN aporta otra reflexión pertinente hoy en torno a la utilización de la metodología de escenarios para prevenir las amenazas más conocidas del siglo. XXI: terrorismo y cambio climático. Este análisis intenta prevenir dos sesgos de reacción igualmente perjudiciales —el pánico y la absoluta negligencia— (esto es, la pasividad y la sobreactuación). Evitar esas actitudes es, desde tal punto de vista, el mejor principio para aminorar las peores. Si hubiéramos seguido estos consejos de sentido común en la aplicación de las medidas para frenar la crisis generada por la enfermedad COVID-19, nos hubiera ido mucho mejor (18).

Todas estas reflexiones sobre la incorporación de marcos teóricos técnicos y procedimentales a los procesos de toma de decisión habrían de ser tenidas en cuenta en las estrategias de proyección de escenarios de futuro, en la línea hoy conocida como «gobernanza anticipatoria», a la que ahora me referiré. Los gobiernos de los países desarrollados la utilizan hace tiempo, pero ahora veremos si ha podido servir de algo en la gestión de la actual crisis sanitaria.

La deliberación pública y la imaginación moral son elementos metodológicos de la gobernanza anticipatoria. La participación del mayor número de actores en foros donde todos puedan expresarse con la mayor libertad y confianza, mostrando su desacuerdo con las propuestas, puede incrementar de forma notable la calidad de las decisiones. El consenso

(15) Vid. VERGARA, Juan Carlos, FONTALVO, Tomás José y MAZA, Francisco, «La planeación por escenarios: Revisión de conceptos y propuestas metodológicas», *Prospect*, 2, 2010.

(16) VAN DER HEIJDEN, *Scenarios: The Art of Strategic Conversation*, 2005.

(17) Vid. CALLON, Michel, LASCOURMES, Pierre y BARHE, Yannick, *An Essay on Technical Democracy. Acting in an Uncertain World*, The MIT Press, 2001.

(18) Vid. SUNSTEIN, Cass. R., *Worst case Scenarios*, 2009.

sobre lo que debe hacerse no debería ser el resultado de imposiciones o planteamientos excluyentes, sino de la oportunidad real de dar voz a la discrepancia, el modo alternativo de ver las cosas, para comparar todas las soluciones posibles y encontrar los caminos más adecuados (19).

Estas consideraciones refuerzan la idea de la descentralización o, mejor dicho, descartan un diseño de escenarios puramente centralizado.

#### IV. ¿Quién debe gestionar la gobernanza anticipatoria?

La gobernanza anticipatoria surge hace cuarenta años, aproximadamente, con un rigor técnico considerable. Hoy, muchos países desarrollados despliegan estrategias de esta naturaleza, bien para evitar errores y experiencias negativas del pasado (el caso de Finlandia) o para adelantarse a las transformaciones sociales y los desafíos del futuro (Canadá). Algunos enfocan esta línea de trabajo con un criterio eminentemente técnico (Singapur), mientras otros se preocupan por el mayor grado de democratización y transparencia en el planteamiento de los problemas (Escocia). El *cómo* de la gobernanza anticipatoria, pues, no es trivial, y en modo alguno puede afirmarse que sólo quepa una forma de enfocarla.

Una primera crítica que puede hacerse a la gestión de la gobernanza anticipatoria en España, a la vista de las recientes decisiones tomadas al respecto, es la del protagonismo excesivo del Gobierno, en detrimento del poder legislativo. Un régimen parlamentario como el nuestro, reproducido en los niveles autonómicos, no parece muy compatible con la ubicación de las decisiones sobre el futuro sólo en el poder ejecutivo, mediante la creación de una Oficina *ad hoc* en la Moncloa: la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia de País a Largo plazo en enero de 2020.

Su motivación se explica como sigue: «Uno de los grandes defectos de la democracia es el cortoplacismo. En la frenética cotidianeidad de los gobiernos, lo urgente a menudo eclipsa lo importante. Esto genera a su vez otros problemas como la falta de pensamiento estratégico, de respuesta a las demandas de la sociedad, obsolescencia legislativa, oportunidades no aprovechadas o escasa anticipación». Se trata pues de combatir el cortoplacismo ante desafíos concretos, como el cambio climático, el vaciamiento rural o la pérdida de relevancia económica. Ninguna mención a los riesgos de pandemia, a pesar de que poco tiempo después sería oficialmente declarada, de manera que se obvió el mayor riesgo inminente en el momento de su presentación.

---

(19) Vid. LEHOUX, P., MILLER, F. y WILLIAM-JONES, B., «Anticipatory governance and moral imagination: Methodological insights from a scenario-based public deliberation study», *Technological Forecastin and Social Change*, 2020.

Más allá de esta falta de previsión, sorprende que el Gobierno asuma la planificación a largo plazo sin contar con el poder legislativo, donde reside la soberanía popular, y algunas de cuyas funciones podrían interpretarse en esta clave. El control parlamentario sobre el ejecutivo no sólo se proyecta sobre las acciones que ha realizado, sino sobre aquellas que se plantea impulsar. Algunos de los mayores desafíos de largo plazo para la sociedad española se han gestionado mediante acuerdo parlamentario (así, por ejemplo, el Pacto de Toledo). En mi opinión, este modo de proceder es más apropiado que el de centralizar la prospectiva en el poder ejecutivo (20).

En otros muchos países, son los parlamentos los que asumen esta labor de prospectiva. Así, por ejemplo, en la obra sobre los principales factores del futuro, GORE relata su experiencia como representante en la Cámara en 1976, cuando se unió a un grupo denominado *Congressional Clearinghouse on the Future*, fundado por el periodista Charlie ROSE. Este foro organizaba talleres y seminarios sobre el impacto de la ciencia y la tecnología sobre la evolución de la sociedad estadounidense. Entre los años 1976 y 1994, la *Congressional Institute for the Future* desarrolló sus trabajos con notables aportaciones.

Esta cuestión del reparto de papeles entre el ejecutivo y el legislativo en el planteamiento de las cuestiones relevantes de largo plazo es clave, pero también lo es la división vertical del poder entre las autoridades centrales y los gobiernos autónomos. Una gobernanza anticipatoria gestionada sólo desde el nivel central, del Estado, es insuficiente. El proyecto de país no puede ser previsto con un protagonismo monopólico, la visión única de Madrid. Las aportaciones de las comunidades autónomas y las entidades locales son muy valiosas, debiendo incorporarse a cualquier enfoque de futuro, por exigencia cuasiconstitucional.

Tanto más necesaria es tal participación, si tenemos presente que las iniciativas más avanzadas, previas y exitosas de gobernanza anticipatoria nos las muestran entidades locales (ayuntamientos) y algunas diputaciones. Esto ocurre así en otros países, donde las regiones más desarrolladas denotan mayor interés por la inteligencia prospectiva. También en España nos lo demuestra el caso del País Vasco, con iniciativas concretas como la creación de la Comisión Estratégica de Guipúzcoa, la Comisión de Futuro de las Juntas Generales o la Red de Foros

La ventaja de los gobiernos más próximos a los problemas es, vuelvo a afirmar, su aproximación más certera a la realidad. La comprensión de las necesidades concretas del territorio es imprescindible para el pensa-

---

(20) He dedicado a esta cuestión un artículo reciente, escrito junto a Antonio GARCÍA, «¿Quién y cómo debería pensar en el largo plazo? Gobernanza anticipatoria, buenas prácticas y comisiones de futuro en el Parlamento» (*pendiente de publicación*, 2020).

miento de largo plazo. Por supuesto, también los poderes locales y autonómicos presentan puntos ciegos en su visión de futuro, pero son los más inmediatamente interesados en acertar con estas políticas(21).

Por ello, considero aconsejable incorporar a cualquier diseño que pueda partir de la Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia de País a largo plazo la participación de las comunidades autónomas y la federación regional de municipios y provincias. Una previsión sobre el futuro de España y la manera de abordar sus principales desafíos que no incorpore el punto de vista y las aportaciones de los gobiernos regionales, provinciales y municipales sería incompleta y desinformada.

## **V. Conclusión: el papel proactivo de los gobiernos autonómicos y locales**

Una Administración proactiva, capaz de hacer realidad la «gobernanza anticipatoria», es aquella que despliega redes y sistemas de captación de datos (y de percepciones, por cierto, también muy importantes) efectivos en su localización temprana de riesgos. ¿Cómo se hace esto? Quizás consultando mucho más a quienes están más cerca de los lugares concretos donde estos pueden aparecer.

A menudo quienes se sitúan en puestos más elevados o intermedios de una organización carecen de un contacto inmediato con la realidad, muchas veces su información es incompleta o deficiente, y la arquitectura institucional (esto es lo más lamentable) los blindada frente a ese contacto directo, que resulta revelador y permite, de verdad, saber no sólo qué está pasando, sino también qué puede ocurrir.

Del mismo modo, las autoridades centralizadas analizan las situaciones sin tener presentes las peculiaridades propias de cada uno de los lugares donde éstas se producen. El punto de vista se homogeneiza, a costa de los detalles y características diferenciales que habrían de ser tomadas en cuenta. Esos aspectos son relevantes para anticiparse con decisiones acertadas, pero no son considerados por el poder central.

La coordinación desde el Gobierno de España de las estrategias de respuesta a crisis como la generada por la COVID-19 no es del todo cuestionable, pero creo necesario insistir en el papel clave de los gobiernos autonómicos y locales, pues sus competencias son afectadas por muchas de esas intervenciones. Esta participación de los gobiernos descentralizados compensa los puntos ciegos, acentuados en instancias distantes de los lugares donde en realidad tienen lugar los hechos y se suscitan las

---

(21) Vid. KEEN, Andrew, *How to Fix the future*, 2018.

necesidades. La posición del Gobierno vasco durante los meses del estado de alarma insistió una y otra vez en la necesidad de dejar más márgenes de decisión descentralizada.

Es pronto aún para saber si nuestro desempeño frente a la pandemia estará a la altura de las circunstancias. Aún queda mucha tarea por hacer, medidas que adoptar. Algunos informes internacionales sitúan a nuestro país entre los de peores resultados, comparando indicadores de riesgo y calidad de la respuesta (Bélgica, Italia, el Reino Unido y España). Otros lo hicieron mucho mejor (Australia, Austria, Alemania, Islandia, Nueva Zelanda, Noruega) (22).

No se aprecia una correlación entre modelos territoriales y desempeño ante esta crisis, coincidiendo modelos de uno y otro tipo entre los que han gestionado mejor y peor. Ahora bien, en algunos casos —el alemán— el papel del gobierno federal no desplazó las competencias de los estados federados en el modo que se hizo en España. La corresponsabilidad y participación conjunta de todas las decisiones se mantuvo desde el principio. Alemania es un buen ejemplo de éxito y de colaboración fructífera en su gobernanza multinivel.

La proactividad perfecta no existe, ni el modelo ideal de distribución de competencias en la gestión de crisis de este tipo. Nadie puede anticipar el futuro, pero sí debemos intentar construir capacidades para la previsión, el compromiso y la integración de los recursos de *todas* las Administraciones territoriales, cada una desde su nivel de información y proximidad a las personas afectadas porque, aunque aún no sabemos exactamente para qué debemos estar preparados, pero hemos de anticipar capacidades de respuesta suficientes para cualquier contingencia (23).

## VI. Bibliografía

- AJA, Eliseo, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, 2001.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Descentralización y planificación*, IEL; 1972.
- BALLBÉ, Manuel y PADRÓS, Carles, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona, 1997.
- CAIRNS, George y WRIGHT, George, «A reflection on the mass production of scenarios in response to COVID-19», *Futures and Foresight Science*, 2020.

(22) THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *How well have OECD countries responded to the coronavirus crisis?*, 2020.

(23) Vid. GUSTON, David H., «Understanding anticipatory governance», *Social Studies of Science*, 2014.



- CALLON, Michel, LASCOUMES, Pierre y BARHE Yannik, *An Essay on Technical Democracy Acting in an Uncertain World*, The MIT Press, 2009.
- CIERCO SEIRA, César, «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.
- GUSTON, David H., «Understanding anticipatory governance», *Social Studies of Science*, 2014.
- HAYEK, Friedrich, *The Road to Serfdom*, 1944.
- KEEN, Andrew, *How to Fix the Future*, 2018.
- MOLES PLAZA y GARCÍA HOM, *Manual del miedo. Peligro, riesgo, incertidumbre y caos*, Avant, 2020.
- MONNET, Jean, *Memorias*, 2011.
- MONTEYNE, David, *Fallout Shelter. Designing for Civil Defense in the Cold War*, 2011.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, «¿Cómo pueden las entidades locales contribuir a la reactivación económica?», *Revista de Estudios Locales*, Septiembre 2020.
- SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *El sistema económico de la Constitución española (participación institucional de las autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*, Cívitas, Madrid, 1991.
- SUNSTEIN, Cass, R., *Worst case Scenarios*, 2009.
- VAN DER HEIJDEN, *Scenarios: The Art of Strategic Conversation*, 2005.





## El desistimiento del procedimiento del contrato de concesión de obra pública del Campus de la Justicia de Madrid. Historia de un embrollo

The withdrawal from the procedure for the concession contract of the construction works for the campus of justice in Madrid.  
A story of a jumble

CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

Letrado de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Doctor en Derecho.  
carlos.yanez@madrid.org  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9980-7263>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.04>

**LABURPENA:** Artikulu honetan, aipatzen da zer arazo izan dituen Madrilgo Erkidegoak Justiziaren Campusa eraikitzeke lanak kontratatzeke. Hasiara batean, merkataritza-sozietate publiko bat eratzea erabaki zen, eta, gero, desegin ondoren, obra publikoaren emakida-kontratu bat egitea, merkataritza-sozietateak egindako kontratuak alde aurretik suntsiarazi gabe; hala, aztertzen da zer arazo sortu dituzten emandako ebazpen ezberdinek; izan ere, Madrilgo Erkidegoko Kontratuen Administrazio Auzitegiak emandakoek emakida-prozeduran atzera egitea eragotzi zuten, baina Madrilgo Justizia Auzitegi Nagusiaren eta Auzitegi Gorenaren epaiek, berriz, onartu egin zuten. Arazo hau Espainiako kontratazio publikoaren araudiak Europako zuzentarauek ondorioz izandako bilakaeraren esparruan aztertzen da.

**HITZ GAKOAK:** Kontratu aurreko atzera-egitea. Kontratuzko prerrogatibak. Kontratuetako administrazio-auzitegiak.

**ABSTRACT:** This article discusses problems associated to the contracting by the Community of Madrid of the construction work for the Campus of Justice. The constitution of a public corporation was initially chosen and later replaced by a concession contract once the dissolution of the former corporation had been agreed. The article analyzes the problems arising from the different resolutions of the Administrative Court of Contracts of the Community of Madrid that prevented the withdrawal from the concession procedure and the judgments by the High Court of Madrid and by the Supreme Court that did instead admit it. The problem is also analyzed within the framework of the evolution of the Spanish public procurement normative resulting from the European Directives.

**KEYWORDS:** Pre-contractual withdrawal. Contractual prerogatives. Administrative courts of contracts.

**RESUMEN:** El presente artículo comenta los problemas en la contratación por parte de la Comunidad de Madrid de las obras necesarias para la construcción del Campus de la Justicia. Inicialmente se optó por la constitución de una sociedad mercantil pública y, posteriormente, tras su disolución por un contrato de concesión de obra pública sin resolver previamente los contratos celebrados por la sociedad mercantil. El artículo analiza los problemas surgidos por las distintas resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos de la Comunidad de Madrid que impidieron el desistimiento del procedimiento de concesión y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo que sí lo admitieron. Asimismo, se analiza este problema en el marco de la evolución de la normativa de contratación pública española como consecuencia de las Directivas europeas.

**PALABRAS CLAVE:** Desistimiento precontractual. Prerrogativas contractuales. Tribunales administrativos de contratos.

Trabajo recibido el 28 de julio de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. Los Gravámenes de la Administración en la contratación pública. En concreto, el desistimiento precontractual.—II. El desistimiento precontractual en la contratación pública y privada.—III. La construcción del Campus de la Justicia de la Comunidad de Madrid. La creación de una sociedad mercantil pública y la posterior convocatoria de un contrato de concesión de obra pública.—IV. Los dos acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid. 1. El Acuerdo «*condicionante*». La impugnación de la licitación del contrato de concesión en 2015. 2. El Acuerdo «*consecuencia*». La impugnación del desistimiento del contrato de concesión de obra pública en 2016.—V. La Sentencia de 3 de noviembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la validez del desistimiento.—VI. Interés casacional y desistimiento precontractual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2020.—VII. Conclusión. El desistimiento como otra «*anti-prerrogativa*» de la Administración en su contratación.—VIII. Bibliografía.

## **I. Los gravámenes de la Administración en la contratación pública. En concreto, el desistimiento precontractual**

La contratación pública en España ha sufrido tradicionalmente una falta de sincronía entre la normativa, la jurisprudencia, la doctrina y la realidad fáctica.

El origen histórico de la contratación pública se encuentra en el Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, que buscaba evitar tanto que la Administración incurriese en arbitrariedades como que los contratistas incurriesen en bajas o concertaciones con el fin de acaparar los contratos, impidiendo su correcta ejecución. Sin embargo, no hubo un desarrollo completo de esa materia (pese a lo que indicaba en su preámbulo) hasta la Ley de Contratos de 8 de abril de 1965.

El debate posterior se centró en si los contratos públicos eran una categoría específica o no se diferenciaban de los privados. Esta discusión se complicó por la atribución de los contratos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa y por la posibilidad de la Administración de celebrar contratos privados.

En la discusión doctrinal, ligada asimismo al nacimiento del derecho administrativo español, destacó FERNÁNDEZ DE VELASCO(1) que defendió la autonomía del contrato administrativo por la necesidad de una regulación específica que protegiese los intereses públicos perseguidos por el contrato, siendo ello un reflejo más de la teoría del servicio público como caracterizador de la actividad administrativa.

---

(1) FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Los contratos administrativos*. 2.ª edición. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1945.

Esta tesis fue abriéndose paso y cristalizó en la Ley de Contratos del Estado de 1965 que configuró el contrato administrativo como una categoría específica con una regulación completa sin perjuicio de la aplicación supletoria del derecho privado. Como destaca MUÑOZ MACHADO (2) la Ley de 1965 sometió los contratos públicos al régimen especial de Derecho Administrativo remarcando sus especialidades respecto de la contratación civil. Cita asimismo la exposición de motivos de la Ley según la cual los contratos del Estado son una categoría independiente con «alejadas raíces» en el derecho privado que «seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico».

No obstante, la discusión persistió, destacando la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA (3) contrario a considerar al contrato administrativo como una figura específica, sin perjuicio de admitir «modulaciones o variantes» dada la presencia de la Administración. Por el contrario, ARIÑO (4), tras calificar el concepto como «difícil» o incluso un «enigma», considera que, en definitiva, el contrato administrativo «no es una esencia sino una "existencia" histórico-jurídica» y rechaza las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA en cuanto basadas en la concepción de ese autor del Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración Pública (5).

La transposición de las Directivas europeas en materia de contratación supuso importantes cambios en aspectos como el ámbito subjetivo de la contratación pública, introduciendo el concepto de poder adjudicador y extendiendo las reglas de preparación y adjudicación a antes de la Administración institucional, la restricción de los modificados y la articulación de un mecanismo de resolución de conflictos que, pese a un cierto éxito inicial, también plantea problemas, como el que se expondrá a continuación.

En todo caso, la reforma ha incidido solo de forma indirecta sobre las supuestas prerrogativas de tal forma que no solo se ha cuestionado su

(2) MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIII. 2.ª edición. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid, 2018, pág.23.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5.ª edición. Civitas. Madrid, 1989. Pág. 659. Llama la atención, y muestra cómo el tiempo cambia las ideas jurídicas, el que unas pocas páginas después (págs. 666-667) rechace de forma contundente el que las normas de contratación administrativa puedan aplicarse a las sociedades mercantiles públicas, criticando la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1973 que calificó como administrativo el contrato celebrado por una sociedad anónima municipal.

(4) ARIÑO, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Iustel. Madrid, 2011, pág. 494.

(5) De hecho, Ariño pone de relieve que GARCÍA DE ENTERRÍA había sostenido lo contrario diez años antes en su trabajo: «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953.

supervivencia como defendió MEILÁN GIL (6) sino que se ha llegado a insinuar la desaparición del contrato administrativo (7).

Ahora bien, hoy día, es difícil afirmar que la Administración goce en su contratación de una situación privilegiada. En primer lugar, a diferencia de los sujetos privados no tiene libertad plena para contratar, sino que ha de seguir un estricto y complejo procedimiento debiendo motivar su decisión y está sometida a un control tanto en la elaboración de los pliegos como en las decisiones que puedan adoptar en su contratación, singularmente en la adjudicación. En un gran número de supuestos ese control es doble, tanto por los tribunales administrativos de contratos como por los tribunales contencioso-administrativos. En otros casos ha de solicitar el criterio de sus servicios jurídicos, de la intervención y de órganos consultivos independientes.

Por ello, en numerosos supuestos, la Administración en sus procedimientos de contratación se encuentra en peor posición que un sujeto de derecho privado, siendo uno de ellos los casos en los que desea desistir de un procedimiento de contratación iniciado pero no culminado.

Esta situación de pérdida de la situación de privilegio de la Administración pública puede verse en el desistimiento del contrato de concesión para la construcción del Campus de la Justicia objeto de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2020.

## II. El desistimiento precontractual en la contratación pública y privada

En el sistema contractual diseñado en el Código Civil (CC), el contrato solo existe cuando una o varias personas consienten en obligarse (artículo 1254), de tal forma que el consentimiento es un requisito esencial del contrato (artículo 1261) y se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación. Por tanto, hasta que no existe concurso de voluntades no hay contrato ni obligaciones derivadas del mismo.

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que la fase precontractual, esto es, los «tratos preliminares», puede generar responsabilidad si tales negociaciones se interrumpen sin un justo motivo. En esos casos surge el deber de indemnizar el que DÍEZ PICAZO (8) denomina «interés negativo» y que concreta en el reembolso

---

(6) MEILÁN GIL, José Luis. «Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: Propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, mayo-agosto 2013.

(7) HORCAJUELO, Víctor, «¿Y si la contratación pública huyera del Derecho Administrativo?» en, [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/20/legal/1582224567\\_213654.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/02/20/legal/1582224567_213654.html) (consultado el 27-7-2020).

(8) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, 5.ª edición. Civitas. Madrid, 1996. págs. 272-280.

de los gastos realizados, pero sin comprender el lucro cesante. Lo que no comprende en ningún caso esa responsabilidad contractual es obligar a una de las partes negociadoras a celebrar un contrato que no desea suscribir. Como destaca CARRASCO PERERA (9) nadie está obligado a continuar un curso de negociación comenzado, cualesquiera fueren las expectativas que la otra parte se haya construido al respecto. Según este autor, salvo la existencia de mala fe o una actuación abusiva, no cabe reconocer la existencia de responsabilidad si se rompen las negociaciones sin un motivo serio ya que, o hay motivos, o hay abuso. Si hay motivos no debe existir indemnización.

Sin embargo, en los contratos públicos se ha optado por un régimen distinto, más restrictivo para la Administración.

El propio Real Decreto de 1852 establecía en su artículo 4 que la adjudicación del remate debería hacerse a la proposición más ventajosa y el Gobierno aprobaría los remates si se habían cumplido las condiciones y solo podrían anularse por el Gobierno oído el Consejo Real. La Instrucción de 15 de septiembre de ese año precisaba que la anulación del remate solo podría hacerse por haber faltado a las reglas y formalidades establecidas en los pliegos, debiendo instruirse un expediente en el que se hicieran constar los vicios que lo invalidasen y elevarlo al Ministerio para que informase la Sección de Hacienda del Consejo Real.

DELGADO MARTÍN y ARRIAGA DEL ARCO (10) destacaban que la jurisprudencia administrativa de la época consideraba que, presentado en una subasta un pliego cerrado, del mismo nacían obligaciones y derechos condicionales y recíprocos, por los que la Administración no podía rechazar ese pliego ni el postor retirarlo salvo por consentimiento de ambas partes. Los autores consideraban tales argumentos fundados en principios de razón y justicia, pero ponían de manifiesto que había disposiciones que establecían que la mera presentación a una subasta no generaba derecho alguno. Frente a quienes consideraban que ese era el criterio correcto al no haberse prestado el consentimiento, entendían que el hecho de que la Administración apruebe una licitación genera una igualdad de obligaciones y derechos, incluso cuando el pliego estableciese lo contrario.

La Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 estableció que, si bien la adjudicación provisional por la mesa no creaba derechos a favor del adjudicatario (artículo 31), la adjudicación definitiva debía confirmar

(9) CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de Contratos*. 2.ª edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2017. BIB 2017/10908.

(10) DELGADO Y MARTÍN, Eleuterio, ARRIAGA Y DEL ARCO, Federico. *Contratos Administrativos*. Tomo I. 2.ª edición. Tipografía de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1899. págs. 104-107. Ambos autores eran Abogados del Estado. Eleuterio Delgado llegó a ser Ministro de Hacienda y Federico Arriaga, Director General de lo Contencioso.



la provisional salvo que la mesa hubiese verificado la adjudicación con infracción del ordenamiento jurídico exigiendo el dictamen de la Asesoría Jurídica. En los concursos la Administración podía adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa seleccionada por la mesa o declarar desierto el concurso (artículo 36). La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 recogió una regulación similar en los artículos 84 y 89 exigiendo en todo caso la motivación de su decisión.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA(11) consideraba que era «indudable» que la Administración tenía el derecho a desistir del procedimiento de contratación antes de la adjudicación (es decir, antes del nacimiento del contrato) pero que tenía la obligación de indemnizar a todos los licitadores si estos justificaban la existencia de un daño real y efectivo constituido exclusivamente por el daño emergente y no por el lucro cesante ya que los licitadores solo tienen una expectativa.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO(12) entiende que la convocatoria de una licitación no es una oferta contractual sino una invitación a recibir ofertas y se apoya tanto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1996 (rec. 526/1993) como en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 1999 *Asunto Metalmeccanica Fracasso* (C-27/98) que consideró que la decisión de renunciar a adjudicar un contrato ofertado, implícitamente admitida por la Directiva 93/97, no estaba sujeta a que existiesen circunstancias graves o excepcionales.

No obstante, recuerda la opinión de Monedero Gil(13) para quien, aun cuando el candidato no tiene derecho a la celebración del contrato, sí puede entenderse que es titular de un interés jurídicamente protegido.

Más favorable a la tutela de los intereses de los licitadores es la posición de DÍEZ SASTRE(14) que considera que habría que indemnizar tanto los daños causados a la confianza de poder obtener el contrato que se ve vulnerada cuando la Administración desiste del procedimiento, como la confianza en la adjudicación del contrato en supuestos en los que se comunica la adjudicación pero después se adjudica a otro licitador o bien no se formaliza el contrato e, incluso, lo que denomina «confianza en el respeto por las normas de adjudicación» en la que entiende que debería re-

---

(11) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *La resolución del contrato administrativo de obra*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1996. págs. 176-179.

(12) GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO Francisco. *Manual de Contratación Pública*. Editorial Comares. Granada, 2011. págs. 355-356.

(13) Uno de los autores, junto con Cruz Martínez Esteruelas de la legislación de contratos del Estado de 1965.

(14) DÍEZ SASTRE, Silvia. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons. Madrid, 2012. págs. 280-282.

gularse una indemnización, no tanto por la protección de la confianza sino como una pena impuesta al ente adjudicador y un incentivo para que los licitadores persigan las posibles irregularidades del procedimiento.

Esta última postura no parece defendible en nuestro ordenamiento jurídico ya que sería una suerte de daños punitivos que no encajan en los conceptos constitucionales de la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de la eficiencia del gasto público.

El problema fue abordado en la Memoria del año 2000 del Consejo de Estado<sup>(15)</sup> que consideró que procedía el desistimiento precontractual de la Administración toda vez que, si puede desistir de un contrato ya celebrado, con más razón puede hacerlo cuando todavía no existe un vínculo contractual. Ahora bien, dicho desistimiento ha de estar fundado en una causa de interés público, siendo algo excepcional que debería basarse en la aparición de circunstancias nuevas y, por último, conllevaría la indemnización de los daños y perjuicios que hubiera padecido el licitador.

La situación cambió radicalmente a raíz de la transposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Su artículo 41 exigía que los poderes adjudicadores motivasen sus decisiones relativas a renunciar la celebración de un acuerdo marco o a adjudicar un contrato para el que se hubiera efectuado una convocatoria de licitación y volver a iniciar el procedimiento para ello.

Sin embargo, como en otras ocasiones, la transposición en España fue más allá de lo previsto en la Directiva y el artículo 139 de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 distinguió entre la renuncia a celebrar el contrato, que debería estar fundada en una causa de interés público y que impediría a la Administración una nueva licitación con el mismo objeto, y el desistimiento del procedimiento que se basaría en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa, sin que tal desistimiento impidiera la iniciación inmediata de una nueva licitación. En la tramitación en el Congreso de los Diputados solo se formularon dos enmiendas, una, que no prosperó, proponía incluir que estas decisiones pudiesen recurrirse en vía administrativa o judicial y otra fue objeto de transacción incorporándose al precepto el derecho de los licitadores a ser indemnizados de los gastos en que hubieran incurrido. Como veremos, esa regulación ha pasado con leves retoques al artículo 152 de la Ley de Contratos del Sector Público de 8 de noviembre de 2017 (LCSP/17).

---

(15) <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202000.pdf> (consultado el 27-7-2020).

En la Directiva 2014/24, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, únicamente se introdujo en su artículo 84.1 g) una norma específica consistente en que, cuando se tratase de la renuncia a adjudicar contratos, acuerdos marco o a establecer un sistema dinámico de contratación, los poderes adjudicadores deberían redactar un informe sobre los motivos. Por ello el artículo 152 de la LCSP/17 se limita a añadir esa precisión con algún otro cambio como el título del precepto que pasa a ser «Decisión de no adjudicar o celebrar el contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración», eliminando así el término «renuncia».

Asimismo, la LCSP/17 extiende la posibilidad de no adjudicar o celebrar el contrario o desistir del procedimiento hasta la formalización. Para COLÁS TENA (16) es una mejora puesto que elimina las incertidumbres sobre los supuestos en que surgían razones de interés público para no celebrar el contrato entre la adjudicación y la formalización (17).

Por ello, la situación con la nueva LCSP/17 se mantiene de tal forma que cabe distinguir los casos en los que la Administración decide no adjudicar o celebrar el contrato basándose en razones de interés público justificadas en el expediente (18) y que impedirá proceder a una nueva licitación mientras subsistan las razones alegadas para tomar esa decisión y el «desistimiento del procedimiento» que deberá estar justificado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, también recogidas en el expediente pero que no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

Como disposiciones comunes a ambos supuestos se establece la necesidad de notificar esa decisión a los licitadores y a la Comisión Europea en los casos en los que el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea, así como la obligación de indemnizar los gastos en los que hubieran incurrido los licitadores o «candidatos aptos para participar en la licitación».

Como se puede comprobar, se trata de una regulación restrictiva puesto que el órgano de contratación puede no adjudicar o celebrar el

---

(16) COLÁS TENA Jesús. «Comentario al artículo 152» en, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, BOCOS REDONDO, Pedro (dirs.). *Contratación del Sector Público Local*. Tomo I. 4.ª edición. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018. Pág. 814.

(17) De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2020 (rec. 3273/2018) confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de marzo de 2018 (rec. 23/2017) y entiende que, conforme el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011, solo era posible la renuncia antes de la adjudicación y aplica a un supuesto de no formalización del contrato ya adjudicado la indemnización prevista para los casos de resolución por imposibilidad de la prestación.

(18) Exigencia un tanto innecesaria dado lo dispuesto en los artículos 35 y 70 de la LPAC.

contrato por causas de interés público sin poder licitar de nuevo hasta que no desaparezcan tales causas o bien puede desistir del procedimiento, pero solo si se ha cometido una infracción no subsanable de las normas de preparación o de la adjudicación, en cuyo caso sí se puede proceder a una licitación inmediata.

Las claves que diferencian ambos supuestos son tanto el presupuesto habilitante, que en la no adjudicación o no celebración son razones de interés público y en el desistimiento del procedimiento la existencia de deficiencias no subsanables en el procedimiento de contratación, como las consecuencias puesto que la no adjudicación conlleva la imposibilidad de una nueva licitación mientras se mantengan las circunstancias que justifican la decisión de la Administración. Esto hace que la no adjudicación, teóricamente más fácil, resulte en la práctica inoperante ya que bloquea (al menos en principio) la posibilidad de una nueva licitación.

En ambos casos la norma utiliza conceptos indeterminados que, en el caso de las «infracciones no subsanables», elude de forma notoria la referencia a categorías jurídicas como la nulidad o la anulabilidad. NAVARRO GONZÁLEZ (19) recuerda que algunos tribunales administrativos de contratos como los de Aragón o Andalucía equipararon esas infracciones a la nulidad de pleno derecho en tanto que la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y la Abogacía del Estado entendieron que también incluiría los casos de anulabilidad.

Conviene destacar que, en la no adjudicación o renuncia, la Administración goza de una potestad discrecional en cuanto ha de basarse en razones de interés público en tanto que en el desistimiento estaríamos ante una potestad reglada ya que se exige que se haya producido una infracción no subsanable, concepto indeterminado que hace que PUNZÓN MORALEDA (20) hable de una «potestad reglada difusa».

Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su Sentencia de 12 de septiembre de 2019 (rec. 508/2018) no duda en afirmar que la renuncia a celebrar un contrato basada en la decisión de asumir la Administración la gestión directa del servicio es una potestad discrecional en la que el control jurisdiccional ha de limitarse a verificar que no es arbitraria. Por ello considera que, aun cuando se acredite el mayor coste del sistema de gestión directa, ello no podría determinar la privación de la potestad administrativo-política de elegir el sistema ya que las decisiones po-

(19) NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. «La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato» en, GAMERO CASADO, Eduardo, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. Pág. 1542.

(20) PUNZÓN MORALEDA, Jesús, «El desistimiento de la administración de acuerdo con el artículo 155 del TRLCSP», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152, noviembre-diciembre 2017.

líticas son ajenas al control jurisdiccional. Por el contrario, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en su Resolución 5/2016, de 4 de febrero (rec. 102/2015) rechazó una renuncia basada (entre otras razones) en que la nueva corporación local surgida tras las elecciones deseaba replantear el objeto del contrato puesto que:

«Un cambio de gobierno o la reestructuración de los servicios no afecta, en principio, al interés público ni fundamenta la renuncia a la celebración de un contrato, salvo que se ponga de manifiesto que la Corporación anterior, bajo cuyo mandato se preparó el contrato, hubiera incurrido en alguna infracción grave en dicha preparación, o que durante el procedimiento de adjudicación hubiera incumplido los principios de igualdad y libre concurrencia en la licitación, cuyos efectos se pusieran de manifiesto en la prestación del servicio a la colectividad por una empresa que no cumpliera debidamente y ocasionara un trastorno para el bien común y a largo plazo un mayor gasto de los recursos públicos.»

En el caso del desistimiento debería basarse en una infracción no subsanable pero, como se ha indicado, también existen discrepancias al respecto. El TACRC en su Resolución 118/2020, de 30 de enero (rec. 1501/2019) ha destacado que se trata de un acto reglado fundado en causas de legalidad y no de oportunidad, criterio también seguido por los tribunales de justicia como es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de junio de 2019 (rec. 116/2017).

De esta forma se ha considerado que justificaba el desistimiento la existencia de un criterio inaplicable de valoración de las ofertas, como era el caso de la sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; no haber exigido seguro obligatorio o habilitación profesional (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2019 (rec. 374/2015) o la fijación de un precio de licitación no acorde con la plantilla objeto de subrogación y, por tanto, insuficiente para la prestación del servicio (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de diciembre de 2019 (rec. 1061/2017).

Por el contrario, la deficiente motivación de un informe técnico no se ha considerado suficiente para justificar el desistimiento (Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 29 de julio de 2019 (rec. 340/2016). Tampoco cabe amparar el desistimiento en una supuesta oscuridad o ambigüedad de los pliegos, máxime cuando la adjudicación inicial había sido objeto de una anulación anterior por el tribunal administrativo de contratos (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2019 (rec. 113/2018). Ni siquiera se ha considerado aplicable cuando

el desistimiento pretendía favorecer a licitadores que habían presentado ofertas sin advertir el cambio de modelo de oferta económica que la Administración había publicado en el perfil del contratante, ya que se podía inferir de los pliegos (Resolución 168/2019, de 10 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco) sin que, además, se identificase en el desistimiento una norma jurídica infringida.

Interesa destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016 (rec. 49/2015) que confirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de octubre de 2014 (rec. 98/2013). Se trataba de un acuerdo marco para la prestación de servicios telegráficos y de burofax con dos lotes, uno de servicios telegráficos y otro de burofax, en el que objeto del lote 1 eran los servicios telegráficos, si bien en el pliego de prescripciones técnicas se aludía a un servicio urgente de mensajes. Una vez valoradas las ofertas, Correos(21) alegó esa discrepancia y la Comunidad de Madrid decidió desistir considerando que existía una indeterminación del objeto. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM) admitió ese desistimiento pero el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo anuló al entender que, aunque la determinación del objeto del contrato no concordase con la intención de contratar de la Administración, puesto que ni los órganos que intervinieron en la preparación del contrato suscitaron ninguna objeción a los pliegos ni las empresas que licitaron hicieron salvedad alguna salvo tras la valoración de las ofertas por parte de la que no resultó mejor valorada, ello no permite apreciar la existencia de una infracción no subsanable. Este criterio fue confirmado por el Tribunal Supremo que rechazó los planteamientos del recurso de casación en cuanto a que el desistimiento basado en un vicio no subsanable era independiente de la conformidad previa de los órganos de la Administración a la licitación de la que se pretende desistir.

Lo expuesto permite comprobar el excesivo casuismo de estos supuestos de desistimiento precontractual y de ahí la importancia de la sentencia que es objeto del presente trabajo.

### **III. La construcción del Campus de la Justicia de la Comunidad de Madrid. La creación de una sociedad mercantil pública y la posterior convocatoria de un contrato de concesión de obra pública**

Tras asumir las competencias en materia de gestión de la Administración de Justicia, la Comunidad de Madrid se planteó agrupar en la zona de Valdebebas, al este de la ciudad de Madrid, las instalaciones judiciales que

---

(21) Ha de tenerse en cuenta que el envío de telegramas corresponde en exclusiva a Sociedad Anónima Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.

estaban dispersas por toda la ciudad en edificios que, con frecuencia, no reunían las características adecuadas para el desarrollo de la actividad judicial.

Para lograr ese objetivo se optó en el año 2005 por crear una sociedad pública (Campus de la Justicia S.A.) al amparo de los artículos 64 a 67 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

Sin entrar a analizar la actuación de esa sociedad, que está siendo objeto de investigación penal y que se encuentra fiscalizada por la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid (22), la Ley 9/2010 de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Racionalización del Sector Público, estableció (disposición adicional 2.<sup>a</sup>) que procedería su disolución o su fusión con otras sociedades públicas. A su amparo se procedió a su disolución por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de julio de 2014.

A lo largo de su existencia Campus de la Justicia celebró diversos contratos que, dada su naturaleza de sociedad mercantil, tenían la condición de contratos privados. Tras su disolución la Comunidad de Madrid se subrogó en los mismos pero esa subrogación en principio no debería haber supuesto el cambio de naturaleza de los contratos.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene entendiendo desde su Sentencia de 19 de febrero de 2009 (rec. 1147/2006) que, puesto que estos contratos se celebraban por sociedades mercantiles públicas con el objeto de prestar de un servicio público por parte de la Administración, que actuaba movida por satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias, ello determinaría su calificación como contratos administrativos siendo competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Este criterio ha sido reiterado en las sentencias de esa Sala relativas a los contratos celebrados por Campus de la Justicia en fechas 4 de septiembre de 2017 (rec. 489/2015), 13 de octubre de 2017 (rec. 531/2015), 15 de noviembre de 2017 (rec. 524/2016) y 3 de mayo de 2018 (rec. 227/2017).

Esta doctrina es coherente con la concepción clásica del contrato administrativo basado en el giro o tráfico administrativo o, si se quiere, en la vieja teoría del servicio público frente a la concepción de GARCÍA DE ENTERRÍA del contrato administrativo como aquel en el que es parte una Administración pública ligada a la teoría de ese autor del Derecho Administrativo como el derecho de la Administración Pública.

---

(22) <http://www.camaradecuentasmadrid.org/admin/uploads/aprobado-cjo-220318-correccion-errores-260418.pdf>

De esta forma, la subrogación de una Administración en los contratos de una sociedad mercantil pública que se creó con la evidente finalidad de huir de la regulación del derecho público supone que finalmente se aplique el derecho que se quería evitar con el agravante de que esa publicación del contrato se impone a la otra parte contractual.

Es cierto que la publicación de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las sociedades mercantiles públicas se recoge también en el artículo 41 de la LCSP/17 en el que se admite «a los exclusivos efectos de la presente ley» la revisión de los actos preparatorios y de adjudicación de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas al reconocerles la condición de actos administrativos. Se produce así lo que OREIRO ROMAR (23) califica como paradoja y es que los actos de entidades creadas para huir del Derecho Administrativo vuelven a este.

Ahora bien, la nueva LCSP/17 limita esta publicación a los actos de preparación y adjudicación y establece con claridad su carácter excepcional, sin duda para evitar interpretaciones extensivas. Por tanto, cabría cuestionar esa publicación de los contratos privados de una sociedad mercantil cuando en ellos se subroga la Administración Pública por dos razones. La primera es que, como se ha indicado, carece de una base legal expresa y la segunda es la situación de desigualdad que se crea con otras materias como puede ser, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual.

En cualquier caso, esa es la solución que adoptó el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que quedó firme al inadmitir el Tribunal Supremo el único recurso de casación interpuesto (24).

De esta forma, con la disolución final de la sociedad Campus de la Justicia, la Comunidad de Madrid como socio único de la misma quedó subrogada en sus contratos, siendo el grado de ejecución del proyecto extremadamente bajo ya que tan solo se habían llevado a efecto obras de urbanización, una serie de túneles que conectarían los distintos edificios y el único edificio construido era el destinado a albergar el Instituto Regional de Medicina Legal.

En esta situación, en el año 2014 el Consejo de Gobierno de la Comunidad, tras la extinción de la sociedad Campus de la Justicia, decidió retomar el proyecto, pero optando por un modelo de concesión de obra pú-

---

(23) OREIRO ROMAR, José Ángel. «Comentario al artículo 41», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2018. Pág. 358.

(24) Auto del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2010 (rec. 3266/2009) en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 19 de febrero de 2009. La inadmisión se basa en que la competencia inicial correspondía a los juzgados de lo contencioso.



blica que fue objeto de licitación hasta que el 15 de junio de 2015 la Mesa de Contratación formuló una propuesta de adjudicación a favor de Acciona Concesiones S.L. y Obrascón-Huarte-Lain (OHL).

Debe recordarse que en mayo de 2015 hubo elecciones autonómicas y de las mismas surgió un nuevo gobierno del mismo partido político que el anterior y que precisó el apoyo de otra formación política para la investidura.

El nuevo ejecutivo tomó la decisión de desistir del citado contrato en julio de ese año decisión que fue recurrida al TACPM, cuya actuación pasamos a estudiar.

#### **IV. Los dos Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid**

##### **1. El Acuerdo «condicionante». La impugnación de la licitación del contrato de concesión en 2015**

Sobre este problema el TACPM ya se había pronunciado en el Acuerdo de 27 de marzo de 2015 (Resolución 49/2015).

En ese acuerdo la empresa que había suscrito con Campus de la Justicia S.A. un contrato de obras para la ejecución del edificio de los Juzgados de lo Social y lo Mercantil impugnó la licitación del contrato de concesión al entender que afectaba al objeto de su contrato lo que implicaba una vulneración del principio de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*).

EL TACPM considera que, en efecto, dicho principio ha de ser cumplido, pero recuerda que sus funciones se limitan a la fase «precontractual» y no a la ejecución que queda fuera de su ámbito de actuación remitiéndose a la cuestión de nulidad que regulaba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 o a los recursos administrativos o judiciales que fueran procedentes.

El TACPM asume así (o al menos no se cuestiona) la naturaleza del contrato, sino que parte de su naturaleza de contrato administrativo y se centra en examinar si su existencia puede suponer un obstáculo que impida la celebración del contrato de concesión.

A este respecto reconoce que, en efecto, las prestaciones de ambos contratos coinciden parcialmente (a decir verdad, la prestación de uno engloba la del otro) por lo que, según el TACPM, ello «(...) obliga a considerar que falta el elemento de la necesidad de las prestaciones del objeto del contrato, al menos parcialmente, como aduce la recurrente».

Partiendo de esa premisa, que el Acuerdo califica de «circunstancia obstativa de la contratación» ello supondría que el contrato sería «inviable». Todo ello permitiría entender que el recurso habría prosperado pero

el TACPM se basa en un Acuerdo suyo anterior, el 147/2014, de 8 de octubre, en el que se consideraba que la existencia de un contrato previo (concesión de gestión de servicio público) no era obstáculo para la tramitación de otra concesión que, con distinto objeto, afectaba a la primera por cuanto se había iniciado ya un procedimiento de modificación de la primera concesión, siempre y cuando esa modificación se aprobase antes de la adjudicación del contrato.

Apoya esa decisión en la existencia en la legislación de contratos de supuestos en los que es posible iniciar el procedimiento de contratación sin contar con todos los requisitos necesarios como son: 1) los expedientes de contratación anticipada (actual artículo 117.3 de la LCSP/17); 2) la posibilidad de iniciar la contratación de obras sin tener la disponibilidad de los terrenos que solo sería necesaria para la adjudicación (según disponía el artículo 126.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre de 2011 (TRLCSPP)); 3) la tramitación de expedientes de contratación de servicios de tracto sucesivo (como limpieza o seguridad) sin que el anterior contrato haya finalizado. A partir de estos supuestos considera que es posible que continúe la tramitación del contrato hasta la fase de adjudicación.

En el supuesto de la concesión del Campus de la Justicia, el TACPM además tomó en cuenta el que la coincidencia de las prestaciones era solo parcial y de «relativa importancia» así como que el órgano de contratación había manifestado su intención de atender las obligaciones económicas derivadas de una eventual resolución. Por todo ello desestimó el recurso interpuesto.

Ahora bien, tal argumentación resulta muy discutible. Si se está licitando un contrato cuyo objeto parcialmente coincide con el de un contrato anterior de tal forma que uno de los dos no puede ser cumplido, ha de entenderse que el objeto del contrato en licitación, que todavía no existe como tal contrato, no cumple los requisitos de la legislación de contratos al no ser posible su cumplimiento. Ello es así por cuanto el objeto del segundo contrato es parcialmente imposible (artículo 1272 del CC) puesto que como destaca DÍEZ PICAZO (25) la imposibilidad del objeto puede ser tanto fáctica como jurídica y cabría considerar que, asimismo, resulta indeterminado puesto que al no poderse ejecutar parcialmente ello afecta a la totalidad de la concesión, con lo que no cabe hablar de un objeto determinado (actual artículo 99 LCSP/17 y artículos 1261 y 1273 del CC) máxime en un contrato concesional en el que aspectos como la financiación o el riesgo operacional exigen que el objeto del contrato este plenamente concretado.

---

(25) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., pág. 202.

Tampoco puede justificarse el permitir la tramitación condicionándola a que no se supere la fase de adjudicación. Los supuestos mencionados en el Acuerdo son supuestos en los que, o bien se trata de contratos anteriores con fecha cierta de extinción o bien son cuestiones ajenas a la propia estructura del contrato (inexistencia de crédito) que es objeto de una regulación específica, más de naturaleza presupuestaria que contractual.

Es más, en el caso de la disponibilidad de los terrenos, la nueva LCSP/17 ha realizado una modificación respecto de la normativa anterior y establece claramente en el artículo 236 LCSP/17 que la disponibilidad ha de ser previa a la aprobación del expediente de contratación con las excepciones que prevé el propio precepto.

De otro lado, cabe preguntarse si entra dentro de las funciones de un órgano resolutorio de recursos ejercer una función cuasi-consultiva de tal forma que indique a la Administración cuál debe ser su actuación al margen del concreto acto recurrido. En este caso, en el que había un contrato de obras que vinculaba a ambas partes y un contrato en licitación ni adjudicado ni suscrito, no cabe indicar a la Administración que opte por la resolución del primero o aceptar la decisión de esta de proceder a su resolución, que no era una cuestión objeto del recurso especial, sino que debía hacer indicado la improcedencia de licitar un contrato con un objeto parcialmente idéntico a otro ya suscrito.

Recientemente el Tribunal Catalán de Contratos Públicos en su Resolución 179/2020, de 20 de mayo de 2020, ha recordado que su función es estrictamente revisora de los actos impugnados para determinar si con ellos se ha respetado la normativa, los principios de la contratación pública y los pliegos que aprobó el órgano de contratación, citando a estos efectos la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 1978 *Agence Européenne d'Interims S.A. v. Comisión* Caso 56/77 que consideró que el Tribunal debía respetar la discrecionalidad de las autoridades competentes en orden a celebrar un contrato (26). Por ello, continua el Tribunal Catalán, si existen vicios de legalidad en el acto impugnado ha de anularlo y ordenar la retroacción al momento anterior a aquel en el que se produjo el vicio, pero sin que pueda sustituir la competencia de los órganos de contratación y sus órganos de asistencia y asesoramiento, que son los competentes para dictar los actos e informes correspondientes en el transcurso del procedimiento de contratación.

---

(26) En concreto su fundamento jurídico 20 (cita en inglés al no existir traducción oficial al español): «Although the Court has jurisdiction to review the judgment of the departments of the Commission to decide whether there is any misuse of powers or a serious and manifest error of judgment it must, however, respect the discretion given to the competent authorities, including the Purchases and Contracts Advisory Committee, in assessing the factors to be taken into account in the interests of the department for the purpose of deciding to enter into a contract for the supply of temporary staff to an institution.»

Sin embargo, en este caso, el TACPM indicó a la Administración que procediera a resolver el contrato sin contemplar otras opciones, salvo una críptica referencia a que «el órgano de contratación pudiera optar por otras formas de restablecimiento de la legalidad». Como veremos, esta referencia subliminal fue puesta de relieve por los tribunales de justicia que consideraron procedente el desistimiento, aunque no es claro que el TACPM pensase en esa posibilidad como resulta de su segundo Acuerdo que pasamos a exponer.

## **2. El Acuerdo «consecuencia». La impugnación del desistimiento del contrato de concesión de obra pública en 2016**

Tras el Acuerdo anterior, la tramitación del contrato de concesión continuó hasta que la Mesa de contratación formuló propuesta de adjudicación en junio de 2015, unos días antes de la investidura de la nueva presidenta de la Comunidad de Madrid. El nuevo gobierno de la Comunidad de Madrid se encontró con un contrato de obras que no había sido resuelto y, al mismo tiempo, una propuesta de adjudicación de un contrato con un valor estimado de casi 772 millones de euros claramente contradictorio con el de obras.

Ante esa situación y, sin duda, teniendo en mente el mal resultado de otras concesiones anteriores, el nuevo gobierno tomó la decisión de desistir de la licitación al entender que la existencia previa de un contrato de obras implicaba la ausencia de necesidad e idoneidad del objeto del contrato, existiendo un vicio de nulidad.

Interpuesto recurso especial por las dos empresas que habían sido propuestas como adjudicatarias, el TAPCM lo resuelve en su Acuerdo de 13 de enero de 2016 (Resolución 1/2016) en el que, tras recoger la procedencia del recurso especial, analiza la decisión de desistir sobre base del artículo 155.4 del TRLCSP (actual artículo 152 LCSP/17,

Comienza por recordar que en su Acuerdo de 2015 consideró que el contenido de ambos contratos era parcialmente coincidente, pero «no se consideró procedente anularlo debiendo resolverse el primer contrato» y «sin perjuicio de que pudiera optarse por otras formas de restablecimiento de la legalidad».

Puesto que las circunstancias no habían cambiado considera aplicables los principios *rebus sic stantibus*, de proporcionalidad y de confianza legítima que se vulnerarían con el desistimiento, toda vez que el órgano de contratación había adoptado en un primer momento la «opción ofrecida por el Tribunal».

La decisión del Tribunal suponía volver a la confusión de la existencia de dos contratos coincidentes, aunque solo fuera parcialmente, y obligó

a la Comunidad de Madrid a recurrir el Acuerdo ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## V. La Sentencia de 3 de noviembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la validez del desistimiento

La demanda interpuesta por la Letrada de la Comunidad de Madrid ponía de relieve que el contrato suscrito por Campus de la Justicia S.A. para la construcción del edificio de los Juzgados de lo Social y lo Mercantil abarcaba tanto la redacción de los proyectos de construcción como la ejecución de las obras y su dirección facultativa. Destaca la coincidencia parcial de ese objeto con el del posterior contrato de concesión en el que se produjo el desistimiento, así como las contradicciones entre el contenido coincidente de ambos. Ello da lugar a una indeterminación del objeto del contrato de concesión que se estaba licitando al existir un contrato previo con un objeto parcialmente coincidente e incompatible.

Entiende que ello permite tener por acreditado la existencia de una infracción no subsanable en la fase de preparación del contrato de concesión que justificaría el desistimiento conforme el artículo 155.4 del TRLCSP sin que pueda admitirse la afirmación del TACPM en cuanto a que las únicas infracciones procedimentales que permiten el desistimiento son las que impidan tener en cuenta las ofertas presentadas puesto que, si el objeto del contrato no está correctamente delimitado, tampoco es posible valorar correctamente las ofertas.

Rechaza asimismo la aplicación por el TACPM de los principios *rebus sic stantibus* y de confianza legítima puesto que el desistimiento se produjo en la fase precontractual en la que no había contrato y la posibilidad de desistimiento estaba prevista tanto en el TRCLSP como en los pliegos. Tampoco puede considerarse lesionado el principio de proporcionalidad ya que estaríamos ante una nulidad de pleno derecho no susceptible de convalidación posterior.

La Letrada de la Comunidad de Madrid solicitó la suspensión del Acuerdo del TACPM que fue concedida por Auto de 6 de febrero de 2017 al entender que la no suspensión determinaría la adjudicación del contrato de tal forma que el desistimiento no sería posible por lo que el recurso perdería su finalidad ya que habría que acudir a la nulidad de la adjudicación o a la resolución del contrato que son situaciones mucho más onerosas para la Administración. Asimismo, considera que los intereses de las mercantiles demandadas (meramente económicos) no prevalecen sobre el interés público representado por la Administración a lo que suma el que esas empresas «en la situación precontractual en la que nos

hallamos» no están incurriendo en gastos o inversiones que les provoquen perjuicios de imposible o difícil reparación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 3 de noviembre de 2017 (rec. 316/2016) recuerda que el desistimiento aparece contemplado en el artículo 155 del TRLCSP que exige la existencia de una infracción no subsanable de las normas del procedimiento por lo que se remite a las normas de procedimiento contenidas en el TRLCSP, en concreto, los artículos 22 (necesidad e idoneidad del contrato), 86 (objeto determinado) y 109 (expediente de contratación).

A continuación, compara el objeto del contrato existente y el de la concesión objeto del procedimiento en el que se produce el desistimiento y comprueba que existe una incompatibilidad «física, arquitectónica, jurídica y económica» entre ambos contratos por lo que existía un obstáculo insalvable para poder convocar la licitación de la concesión, es decir, una infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato que justificaba el desistimiento por parte de la Administración.

Una vez alcanzada esa conclusión, la sentencia ha de ser estimatoria, pero, no obstante, considera necesario explicar las razones por las que no comparte los criterios del TACPM y de la parte demandada, esto es, las dos sociedades mercantiles que aspiraban a que se les adjudicase el contrato de concesión. Esta motivación adicional ha de valorarse positivamente por la seguridad jurídica que aporta y porque facilita un eventual recurso no solo a las partes procesales sino también al propio Tribunal Supremo.

Respecto al TACPM, entiende que sus resoluciones parten de un presupuesto que, ni existía cuando se dictaron o se aprobaron los pliegos del contrato de concesión ni tampoco tenía porqué existir como es la supuesta resolución del contrato celebrado por Campus de la Justicia en 2007.

Ni el contrato se había resuelto, ni el contratista había prestado su consentimiento a tal resolución ni se había indemnizado al contratista, sin que baste a ello la mera intención de la Administración de proceder a tal resolución de tal forma que «no se puede sostener con un mínimo de seriedad y rigor» que las infracciones cometidas en la preparación del contrato pudieran subsanarse con una eventual resolución del contrato ya existente.

Tampoco considera aplicable el principio *rebus sic stantibus* por cuanto exigiría dar por supuesto que la infracción no subsanable no concurría en 2015 lo cual no es cierto y, además, un licitador al que no se le adjudicó el contrato no puede ampararse en el principio de confianza legítima. Igualmente rechaza aplicar el principio de proporcionalidad ya que, además de que es un principio pensado para el ámbito sancionador, no puede minusvalorarse la importancia del contrato del año 2007 tanto por su cuantía económica como por la importancia de la obra a ejecutar.

Respecto a las alegaciones de las mercantiles demandadas rechaza que proceda equiparar el concepto de infracción no subsanable a la nulidad de pleno derecho y frente a la invocación de un Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón de 20 de febrero de 2014 que defiende esa equiparación opone una Resolución de 14 de julio de 2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que considera lo contrario.

Tampoco considera que la Comunidad de Madrid incurriese en fraude de ley y abuso de poder (*sic*) y rechaza que se vulnerasen los principios de seguridad legítima, confianza legítima e imposibilidad de ir contra los propios actos ya que la primera resolución del TACPM reconoció que había habido una infracción de las normas preparadoras y, pese a indicar que la Administración debía resolver el primer contrato, dejó abierta la posibilidad de optar por otras formas de restablecimiento de la legalidad, entre las que cabía el desistimiento a lo que se ha de sumar que tales principios se aplican siempre que no impliquen una vulneración de la legalidad.

## **VI. Interés casacional y desistimiento precontractual. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2020**

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fue recurrida en casación por las demandadas siendo admitido el recurso por el Auto del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2018 (rec. 407/2018) al entender que exista interés casacional en determinar si, en los casos en los que previamente a la licitación de un contrato existen otros con objeto parcialmente coincidente, debe procederse a resolver estos y, en caso contrario, ello es una infracción o vicio insubsanable de la preparación del contrato que justifica el desistimiento. Las normas objeto de interpretación serían el artículo 155.4 del TRLCSP y el actual artículo 152.4 de la LCSP/17.

Finalmente, la Sentencia de 10 de marzo de 2020 resuelve el recurso y confirma la del Tribunal Superior de Justicia. En la misma, el Tribunal Supremo considera necesario recordar algo tan evidente como que la celebración de un contrato administrativo exige actuaciones previas en las que uno de los elementos jurídicos a fijar es el objeto del contrato que ha de ser idóneo y determinado, considerando la Sala, de forma un tanto benévola, que «no es imposible afirmar que las propias administraciones deberían solventar los problemas existentes y que afecten al objeto del contrato antes de proceder a su licitación».

Es por ello por lo que el desistimiento precontractual aparece como un mecanismo para evitar actuaciones incorrectas de la Administración

contrarias a la eficacia exigida por el artículo 103 de la Constitución Española sin tener la condición de prerrogativa, que quedan así limitadas a las contempladas específicamente como tales en el actual 190 de la LCSP/17, de tal forma que se trata de una potestad reglada y debe basarse en razones objetivas.

La Sala considera que el artículo 155.4 del TRLCSP (actual artículo 152.4 de la LCSP/17) no impone la necesidad de resolver los contratos anteriores incompatibles con el que se pretende licitar, sino que concede la posibilidad de desistir de la adjudicación del nuevo contrato. Asimismo, añade que la incompatibilidad de los objetos entre un contrato existente y el que se pretende licitar «puede» suponer un vicio insubsanable. De esta forma se responden las cuestiones planteadas en el Auto por el que se admitía el recurso de casación.

La sentencia aborda las cuestiones planteadas por las empresas recurrentes como son un supuesto desistimiento tácito respecto del contrato existente por parte de la Administración, lo que es rechazado puesto que las recurrentes no son parte de ese contrato y, además, el caso resuelto en la sentencia invocada (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2012 (rec. 2247/2011) era distinto<sup>(27)</sup> puesto que en ese caso el segundo contrato ya había sido adjudicado.

También rechaza la Sala la afirmación de las recurrentes en cuanto a que los vicios insubsanables serían aquellos que impiden la valoración de las ofertas presentadas ya que considera que un contrato anterior con objeto incompatible impide tener en cuenta esas ofertas, siendo evidente la concurrencia de los objetos del contrato adjudicado y del que se pretendía adjudicar. La posible subsanación ha de depender exclusivamente de la Administración y no depender de las partes del inicial contrato que, además, no había sido resuelto.

Tampoco se acepta otra tesis de las recurrentes como es que la Administración tuviese una obligación de resolver el primer contrato al haber generado en las mismas una expectativa de resultar adjudicatarias del contrato máxime cuando el TACPM, aunque apuntase a la resolución, tampoco la impuso al indicar que el órgano de contratación podría adoptar otras soluciones legalmente previstas. Por último, la sentencia recuerda que las expectativas no son indemnizables y los licitadores no adquieren derechos hasta la adjudicación definitiva.

---

(27) Se trataba de un contrato de dirección de obras que estaba condicionado lógicamente a la adjudicación de estas. Sin embargo, posteriormente, la Administración decide ejecutar la obra mediante un contrato de concesión que es adjudicado por lo que el contratista del primero formula de forma confusa varias pretensiones, entre ellas una indemnización. Es por ello por lo que la Sala considera que está pidiendo los daños derivados de la resolución contractual unilateral y tácita por parte de la Administración.



## VII. Conclusión. El desistimiento como otra «anti-prerrogativa» de la Administración en su contratación

Toda decisión jurídica ha de partir de la previa depuración de los hechos y, en este caso, era palmario que el objeto del contrato de concesión que se estaba licitando coincidía parcialmente con el del contrato licitado por la extinta Campus de la Justicia S.A. en el que se había subrogado la Comunidad de Madrid. Ante esta situación resultaba imposible mantener ambos contratos y solo cabía bien la resolución del primer contrato o bien desistir del procedimiento de adjudicación del segundo.

El objeto del contrato es un elemento esencial del mismo, tal y como se recoge en el propio Código Civil, de tal forma que un objeto jurídicamente imposible determina la nulidad del contrato. Esa situación supone el que nos hallemos ante un vicio en la formación de la voluntad contractual que justifica el desistimiento del procedimiento de contratación, no solo desde una perspectiva estrictamente contractual sino también desde los principios constitucionales de eficacia del artículo 103 de la Constitución Española y, en concreto, la eficacia en el gasto público de su artículo 31.2. Así lo considera el Tribunal Supremo que admite que esta coincidencia de objetos contractuales supone un vicio insubsanable a los efectos del desistimiento.

Evidentemente la Administración podía intentar resolver el contrato anterior, pero, además de ser una decisión de la Administración que ha de basarse en el interés público, ha de convenirse en que un contrato formalizado resulta siempre de mejor derecho que una mera expectativa contractual.

Ha de rechazarse que exista un «derecho» al contrato como parece inferirse de la postura de las licitadoras. En ocasiones, la extrema importancia que la doctrina y legislación más recientes han concedido a la preparación y adjudicación del contrato hacen que parezca que nos hallamos ante una suerte de «derecho fundamental» de los contratistas, cuando lo esencial del contrato público es precisamente el fin público por razón del cual se celebra. Ese interés público es la base del contrato y el procedimiento ha de servir a su realización y no al revés.

Si partimos de esa premisa y la aplicamos al presente supuesto, resultaba evidente que era inviable, tanto económica como jurídicamente, la existencia de dos contratos con un objeto parcialmente coincidente. Su ejecución simultánea resultaba imposible por lo que la existencia de un procedimiento de licitación en el que no existían derechos adquiridos carecía de sentido y el desistimiento era algo lógico.

Sin embargo, esa decisión administrativa fue obstaculizada por la decisión del TACPM que, a raíz de la opción que tomó en su Acuerdo de 2015 respecto a la resolución del contrato existente dando vía libre a la

adjudicación del contrato de concesión, consideró en su Acuerdo de 2016 que no procedía el desistimiento sin duda condicionado por su primera decisión. Esto nos obliga a cuestionarnos el papel de estos órganos que ha de ser estrictamente revisor de la actuación de los órganos de contratación sin poder suplantarlos ni asumir funciones de asesoramiento jurídico a los mismos. Esta asepsia de las resoluciones de los tribunales de contratos, perfectamente descrita por el Tribunal Catalán de Contratos, no solo evita que se puedan plantear problemas como el que nos ocupa, sino que refuerza su necesaria independencia basada en el alejamiento de la toma de decisiones que corresponden exclusivamente a los órganos de contratación.

Otra idea que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2020 es que el desistimiento precontractual no es una prerrogativa de la Administración sino una potestad reglada que la LCSP/17 vinculada a la existencia de un defecto no subsanable en la contratación. De esta forma, no es ya que no estemos ante una prerrogativa de la Administración en el sentido de privilegio, sino que estamos ante una restricción de la libertad contractual de la Administración puesto que se restringe su posibilidad de actuación frente a la que ostentaría un contratista privado que puede desistir libremente de la celebración de un contrato sin otro riesgo que el que le reclamen una indemnización por daños.

Es cierto que las prerrogativas contractuales aparecen recogidas en el artículo 190 de la LCSP/17 y están vinculadas a la ejecución contractual tanto desde un punto de vista conceptual como histórico. Por ello calificar el desistimiento precontractual como una prerrogativa es claramente erróneo y así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo.

En el caso que analiza la sentencia ciertamente no se trata de una prerrogativa de la Administración sino de la facultad que, en principio, tiene toda persona que desea contratar de apartarse de las negociaciones contractuales antes del nacimiento del vínculo contractual.

Parece evidente que la intención del legislador ha sido evitar corruptelas tales como desistir de una licitación cuando se han presentado licitadores a quienes no se desea adjudicar el contrato o si el desarrollo del procedimiento permite entender que el licitador que se deseaba no va a lograr el contrato. No hay nada que objetar a que se pretendan evitar esas actuaciones, pero la cuestión es si el legislador no ha ido demasiado lejos restringiendo la actuación de la Administración al exigir una infracción insubsanable de las normas de adjudicación.

Se trata de una manifestación más de la evolución de la contratación pública en la que, de una situación en la que la Administración gozaba de una posición preeminente, se ha pasado en un efecto péndulo a otra en la que ve limitadas sus posibilidades de actuación respecto de las propias de una empresa privada.

Estamos ante una muestra más de las disfunciones introducidas en la moderna legislación de contratos. No es solo que se hayan limitado los poderes de la Administración sino que la excesiva utilización de conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, el de «defecto insubsanable»), el abuso de las remisiones normativas o la ausencia de un desarrollo reglamentario completo que sustituya al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2001 hacen que el gestor de contratos públicos se encuentre con enormes dificultades para sacar adelante los contratos que, no olvidemos, tan solo son un medio para lograr la satisfacción de necesidades públicas y dar servicios a la ciudadanía.

No obstante, haciendo de la necesidad virtud, la enseñanza que cabe extraer de esta sentencia es que la formación de la voluntad contractual de la Administración debe ser especialmente estricta sin que obedezca a «ocurrencias» más o menos felices de la dirección política de la Administración. También nos recuerda que la famosa «huida del Derecho Administrativo» ocasiona con frecuencia problemas mucho más graves que la supuesta lentitud de los cauces del derecho público.

Parece ser que el proyecto del Campus de la Justicia se va a retomar. Esperemos que esta vez llegue a buen puerto y la Justicia, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, disponga en Madrid de unas instalaciones adecuadas y dignas.

## VIII. Bibliografía

- ARIÑO, Gaspar. *Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*. Iustel. Madrid, 2011. Pág.494.
- CARRASCO PERERA, Ángel. *Derecho de Contratos*. 2.ª edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2017.
- COLÁS TENA, Jesús. «Comentario al artículo 152» en, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, BOCOS REDONDO, Pedro (dirs.). *Contratación del Sector Público Local*. Tomo I. 4.ª edición. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018. Pág. 814.
- CONSEJO DE ESTADO. *Memoria del año 2000*. Madrid, 2001.
- DELGADO Y MARTÍN, Eleuterio, ARRIAGA Y DEL ARCO, Federico. *Contratos Administrativos*. Tomo I. 2.ª edición. Tipografía de los hijos de M.G. Hernández. Madrid, 1899. págs. 104-107
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo I, 5.ª edición. Civitas. Madrid, 1996. págs. 272-280.
- DÍEZ SASTRE, Silvia. *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons. Madrid, 2012. págs. 280-282.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. *Los contratos administrativos*, 2.ª edición. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1945

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5.ª edición. Civitas. Madrid, 1989. Pág. 659.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Manual de Contratación Pública*. Editorial Comares. Granada, 2011. págs. 355-356
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. *La resolución del contrato administrativo de obra*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1996. págs. 176-179.
- HORCAJUELO, Víctor, «¿Y si la contratación pública huyera del Derecho Administrativo?», *Cinco Días*, 21-2-2020.
- MEILÁN GIL, José Luis. «Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: Propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública*, núm.191, mayo-agosto 2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIII, 2.ª edición. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2018, pág.23.
- NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. «La motivación de las decisiones en la preparación y adjudicación del contrato» en, GAMERO CASADO, Eduardo, GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. Pág. 1542
- OREIRO ROMAR, José Ángel. «Comentario al artículo 41», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 2018.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús, «El desistimiento de la administración de acuerdo con el artículo 155 del TRLCSP», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152, noviembre-diciembre 2017.

# **Jurisprudencia**





## **Declaraciones responsables y comunicaciones: efectos y tramitación. Especial referencia al ámbito urbanístico. Análisis jurisprudencial**

Responsible declarations and communications: effects and procedure. Special reference to the urban area. A jurisprudential analysis

SONIA GAVIEIRO-GONZÁLEZ

T.A.E. del Ayuntamiento de Santurtzi  
Doctoranda en la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea  
soniagavieiro@santurtzi.eus  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8015-8657>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.05>

**LABURPENA:** Lan honek sortu berri den jurisprudentzia txikia aztertzen du, jakinarazpenak eta aitopen arduratsuak, herritarren jardueran Administrazioaren esku-hartzeko bitarteko arrunt gisa, ondo ezagutzeko; bereziki, hirigintzako arlora begiratuko dugu. Zalantza guztiak konpondu nahi dira, adibidez, mota honetako teknikak aurkeztutakoan edo, hala badagokio, aurkezpenik egin ezean. Halaber, aztertzen da jurisprudentzia baketsua ekintza *irregularrak* gelditzeko behin behineko neurriarekin lotuta.

**HITZ GAKOAK:** Bolkestsein. Jakinarazpenak. Aitorpen arduratsuak. Jurisprudentzia. Hirigintza.

**ABSTRACT:** This work analyzes the most recent minor jurisprudence in the field of responsible communications and declarations, as an ordinary means of administrative intervention in civic activity and especially with regard to urban planning. The aim is to clarify some doubts raised regarding the procedure to follow in the case of the submission of this type of techniques or, as the case may be, in the case of no submission; we also analyze the peaceful jurisprudence in relation to the precautionary measure to stay of the *irregular* action.

**KEYWORDS:** Bolkestein. Communication. Responsible declaration. Jurisprudence. Town planning.

**RESUMEN:** Este trabajo analiza la jurisprudencia menor más reciente en el ámbito de las comunicaciones y declaraciones responsables, como medio ordinario de intervención administrativa en la actividad ciudadana y especialmente en lo

que respecta al ámbito urbanístico. Se busca despejar algunas dudas surgidas en relación con la tramitación a seguir ante la presentación de este tipo de técnicas o, en su caso, ante su falta de presentación, así como analizar la jurisprudencia pacífica en relación con la medida cautelar de paralización de la actuación *irregular*.

**PALABRAS CLAVE:** Bolkestein. Comunicación. Declaración responsable. Urbanismo. Jurisprudencia.

Trabajo recibido el 3 de agosto de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020



**Sumario:** I. Introducción.—II. Efectos y tramitación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones: especial referencia a la jurisprudencia más reciente en el ámbito urbanístico. 1. Efectos de la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones. 2. Facultades de comprobación, control e inspección de la Administración Pública: comprobación vs. inspección. 3. Tramitación administrativa ante la presentación de declaraciones responsables o de comunicaciones o ante su falta de presentación. 3.1. Casuística posible ante la presentación o ausencia de declaración responsable o de comunicación. 3.2. Rasgos relevantes de la resolución administrativa declarando, en su caso, la circunstancia concurrente que imposibilita continuar con la actuación deseada por la persona promotora. 3.3. Análisis jurisprudencial en caso de adoptarse la medida cautelar de suspensión ante una declaración responsable o comunicación defectuosa presentada o con motivo de su falta de presentación.—III. Comentario conclusivo.—IV. Bibliografía.

## I. Introducción

El 28 de diciembre de 2006 entró en vigor la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior(1). Dicha Directiva ha sido objeto de transposición a la normativa estatal(2), principalmente y en lo que respecta al ámbito de las actividades y del urbanismo, mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio(3), y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio(4).

---

(1) Podemos acceder al contenido de dicha Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (en adelante, *DOUE*) de 27 de diciembre de 2006.

(2) Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 70/2018, de 21 de junio, el Estado regulará estas técnicas de control *ex post* con base en sus competencias para la ordenación general de la economía por perseguirse simplificar el régimen administrativo de control previo (artículo 149.1.13 de la Constitución, en relación con la STC n.º 79/2017, de 22 de junio) y para el aseguramiento de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de un derecho (artículo 149.1.1 de la Constitución, en relación con la STC 54/2017, de 11 de mayo).

(3) La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se encuentra íntegramente en vigor desde el 27 de diciembre de 2009, se encuentra publicada en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, *BOE*) de 24 de noviembre de 2009. Hablamos de una entrada en vigor en su totalidad puesto que los apartados 2 a 4 del artículo 17, los artículos 18 y 19 y el Capítulo VI entraron en vigor el 27 de diciembre de 2009, mientras que el resto de la ley lo había hecho «en el plazo de treinta días a partir del día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”» (Disposición final sexta).

(4) La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que entró en vigor el 27 de diciembre de 2009, está publicada en el *BOE* de 23 de diciembre de 2009.

De la primera norma estatal citada resaltamos la transposición prácticamente literal de la Directiva antedicha. De la última ley, por su parte, destacamos la introducción del artículo 71 bis, sobre declaraciones responsables y comunicaciones previas, en la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; si bien, dicha regulación hoy en día la encontramos prácticamente reproducida en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al cual nos referiremos por ser el precepto en vigor en estos momentos(5).

No obstante, el proceso de transposición de la citada Directiva, también llamada *Directiva Bolkestein* en referencia al comisario europeo que la propuso(6), no finalizó aquí, sino que también provocó diversas modificaciones normativas. Entre ellas destacaremos a nivel estatal, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el reglamento de servicios de las corporaciones locales(7), el Real Decreto-Ley 8/2011 de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa(8), o la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios(9); incluso, en lo que respecta

---

(5) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, derogó la Ley 30/1992 citada (apartado segundo de la disposición derogatoria única). Se puede acceder al contenido de dicha Ley 39/2015 en el *BOE* de fecha 2 de octubre de 2015, si bien en estos momentos únicamente citaremos de su artículo 69, relativo a las declaraciones responsables y comunicaciones, que ha eliminado el adjetivo de «previas» a dichas comunicaciones. Analizaremos más en detalle este precepto a lo largo de dicho trabajo.

(6) La Directiva 2006/123/CE fue propuesta por el comisario europeo para el mercado interno, Frits Bolkestein.

(7) El Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el reglamento de servicios de las corporaciones locales, publicado en el *BOE* del día 29 de diciembre de 2009 y en vigor desde el día siguiente a dicha publicación, supone la supresión de los artículos 8 y 15.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado este último por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL). A su vez, conlleva la modificación de los artículos 5 y 22.1 del RSCL en aras a permitir la posibilidad de las nuevas técnicas de intervención *ex post* reconocidas en la Ley 17/2009 (es el caso de las comunicaciones y de las declaraciones responsables citadas en el artículo 7 de dicha Ley 17/2009).

(8) De este Real Decreto-Ley 8/2011, publicado en el *BOE* de 7 de julio de 2011 y en vigor desde ese mismo día (con la excepción del artículo 21 sobre inspección técnica de edificios que, según la Disposición Final 3.ª, entró en vigor el 7 de julio de 2012), nos interesa citar en lo que respecta al presente trabajo el artículo 26 que modificó el sentido del silencio entonces previsto en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(9) En cuanto a esta Ley 12/2012, publicada en el *BOE* de 27 de diciembre de 2012 y en vigor desde el día siguiente de su publicación, resaltaremos su Título I (concretando los supuestos de inexigibi-

a la cuestión tributaria con motivo de la presentación de una comunicación o declaración responsable, debe mencionarse la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española (10). En este punto debemos indicar que las modificaciones normativas en el ámbito de las actividades comerciales y de servicios y del urbanismo han sido tan numerosas, que doctrina y jurisprudencia han llegado a calificar la situación de «vuelco sustancial del tradicional sistema de intervención diseñado por el Derecho administrativo basado en un control preventivo mediante licencia previa (prohibición de ejercicio), que se sustituye por un control ulterior (libertad de ejercicio), pasando a ser la declaración responsable» (y debemos añadir también la comunicación, exigiéndose una u otra según la normativa aplicable) «el medio de intervención utilizado con carácter general, en tanto que la licencia tiene un carácter residual, lo que conlleva una alteración del sistema de comprobación y control tradicional, pasando de un control *ex ante* a un control *ex post*, una vez que ya se está desarrollando la actividad económica» (11).

En lo que respecta a las otras Administraciones públicas territoriales, también puede afirmarse que prácticamente todas las Comunidades y Ciudades Autónomas (12) han transpuesto la *Directiva Bolkestein*; para ello han utilizado bien normas específicas aprobadas en este momento, bien normas al estilo de la Ley 25/2009, también denominada *omnibus* ya que, mediante la misma, se modifican todas las leyes que precisan adap-

---

lidad de licencia y de sujeción a declaración responsable o a comunicación previa), su disposición adicional tercera (sobre la aplicación de las técnicas de intervención *ex post* a las instalaciones de redes públicas de comunicaciones electrónicas), su Anexo (enumerando las actividades generales para cuya apertura se exigía la presentación de esas técnicas de intervención *ex post*) y su disposición final primera modificativa del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (con el fin de mantener la exigibilidad tributaria ante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa).

(10) En lo relativo a este trabajo, destacaremos la disposición final cuarta de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, publicada en el *BOE* de 31 de marzo de 2015 y en vigor desde el día siguiente al de su publicación, ya que modifica el artículo 25 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, *TRLRHL*), recordando la necesidad de informes técnico-económicos previos a la imposición de tasas.

(11) Por todas, citaremos las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, 146/2019, de 27 de febrero, Fundamento Jurídico 3.º, y n.º 53/2020, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 4.º. En cuanto a la doctrina, destacaremos a GRACIA HERRERO, Francisco Javier, «El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, pág. 86.

(12) Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2018, de 21 de junio, las Comunidades Autónomas pueden sustituir la exigencia de licencia (técnica administrativa de control *ex ante*) por los medios de intervención administrativa *ex post* (declaración responsable o comunicación) con base en su competencia sobre planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico, así como a sus competencias medioambientales. En el caso concreto, relativo a la Región de Murcia, con base en los artículos 10.1.11 y 11.3 de su Estatuto (FJ 11.º).

tarse a la Directiva 2006/123/CE. La misma estrategia y resultado debe reconocerse respecto a la mayoría de Ayuntamientos.

En consecuencia, habiendo transcurrido un tiempo prudencial desde la entrada en vigor de la Directiva 2006/123/CE y de la normativa de transposición citada, podemos considerar en estos momentos que disponemos de una jurisprudencia abundante y aclaratoria de ciertas dudas que se reiteraban en relación con las figuras de la declaración responsable y de la comunicación previa (hoy comunicación). Dicha jurisprudencia más reciente será el objeto del presente trabajo, especialmente en lo que respecta a los efectos de estas técnicas de intervención *ex post*, a la tramitación y opciones de que dispone la Administración Pública ante defectos en lo presentado y a la posible medida cautelar de suspensión de la ejecución de la paralización de la obra o actividad, ya que precisamente éstos son los aspectos más relevantes y que más incertidumbre han generado entre juristas y aplicadores prácticos del Derecho.

## **II. Efectos y tramitación de las declaraciones responsables y de las comunicaciones: especial referencia a la jurisprudencia más reciente en el ámbito urbanístico**

El artículo 69, apartados 1 y 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) establece los conceptos de declaración responsable y de comunicación, respectivamente. Por su parte, el apartado 5 del mismo precepto exige a las Administraciones Públicas la publicación y actualización de los respectivos modelos normalizados, así como su fácil accesibilidad a la ciudadanía; mientras que el apartado sexto exige únicamente la sujeción a una de estas técnicas (o bien a declaración responsable, o bien a comunicación) para el reconocimiento de un derecho o para facultar a su ejercicio. Como se ha descrito en la introducción, no es objeto de este trabajo profundizar en dichas cuestiones ya que han generado abundante debate en la doctrina (13).

---

(13) A pesar de no profundizar en el análisis de las figuras de declaración responsable y de comunicación, ni en su contraposición con el régimen de autorización o intervención administrativa *ex ante*, sí recomendamos a MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV: La actividad regulatoria de la Administración*, Agencia estatal *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2015, págs. 210-238; o. más recientemente, DORRONSORO ALBERDI, María y RODRÍGUEZ DE LA RÚA PUIG, Juan, «Comunicaciones previas y declaraciones responsables como técnicas de intervención administrativa», en *Actualidad Administrativa* 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 52-59.

## 1. Efectos de la presentación de declaraciones responsables o comunicaciones

Atendiendo al artículo 69.3 de la LPACAP, cuando quien desee realizar una obra o ejercer una actividad o cualquier otro derecho posible presente la declaración responsable o la comunicación preceptiva al respecto, se le reconocerá el derecho o podrá comenzar dicha actividad/obra desde el mismo día de la citada presentación. En consecuencia, tiene plenos efectos desde que se produce su presentación en uno de los registros(14) u oficinas de las enumeradas en el artículo 16.4 de la LPACAP(15); no se esperará a la adopción de resolución municipal alguna. Hemos calificado dicho documento de preceptivo lógicamente entendiendo que se cumplirá la normativa sectorial que lo exija, sea norma estatal, autonómica u ordenanza municipal. De hecho, es conveniente que la misma establezca de forma clara y precisa los requisitos a cumplir, la documentación a adjuntar y cualquier otra autorización sectorial exigible, todo ello en aras a poder concluir si la declaración responsable o la comunicación presentada es completa, correcta y veraz (supuesto en que se producirá el efecto que hemos señalado en este párrafo de reconocer o permitir el ejercicio del derecho desde el mismo día de su presentación)(16).

En este punto, traeremos a colación una infraestructura concreta por las dudas y debates que genera; es el caso de las estaciones base de telefonía móvil y similares infraestructuras de telecomunicaciones. La regulación municipal que se apruebe al respecto se limitará a establecer condiciones y requisitos para la instalación de las mismas cuya finalidad sea preservar los intereses municipales en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, así como en materia de patrimonio histórico-artístico (artículos 25.2.d) y e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local, en su redacción actualmente vigente), sin limitaciones desproporcionadas, ni restricciones absolutas y respetando siempre los parámetros y requerimientos técnicos estatales(17).

---

(14) Así se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 680/2019, de 4 de noviembre, Fundamento Jurídico 8.º. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2018, de 21 de junio, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 649/2019, de 1 de julio, o la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 53/2020, de 13 de febrero.

(15) Nos referimos, entre otros, al registro electrónico de la Administración u organismo al que se dirija el escrito, a oficinas de Correos o a oficinas consulares o de representaciones diplomáticas de España en el extranjero.

(16) Así lo he defendido en GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia, «El control de la actividad ciudadana por la administración local: licencias, declaraciones responsables y comunicaciones», *Actualidad Administrativa* 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 171.

(17) Es la conclusión de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 142/2020, de 13 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico 9.º, además otorga al Estado las funciones de inspección y comprobación técnica y la competencia sanitaria» en

El efecto inmediato aquí citado es el caso más habitual. No obstante, si la legislación correspondiente lo prevé expresamente, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad (art. 69.3 LPACAP). De hecho, aquí reside el motivo de que la actual LPA-CAP haya eliminado el adjetivo calificativo de «previa» respecto a la técnica de la comunicación, a diferencia del anteriormente vigente artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Incluso, existe una tercera opción, si bien la misma se califica como de no oportuna por cierto sector doctrinal al considerar su complicación (18). Es el caso de la presentación con preaviso apuntada por el artículo 28.1.b del Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Este precepto permite sujetar la primera ocupación de edificaciones al régimen de comunicación o declaración responsable; de manera que, si la normativa autonómica ejercita dicha posibilidad, se exigiría que, al realizar la escritura de declaración de obra nueva terminada, se presente la documentación que acredite haber presentado dicha comunicación o declaración responsable «y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna».

En cuanto a la actuación del interesado/a, la presentación de la documentación no prejuzgará nunca la situación y efectivo acomodo de las condiciones de la infraestructura u obra, según el caso, a la normativa aplicable. De hecho, tampoco limitará el ejercicio de las potestades administrativas de comprobación, inspección, sanción y, en general, de control que a la Administración Pública le estén atribuidas por el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso (19).

---

materia de telecomunicaciones; si bien es en el siguiente Fundamento Jurídico in fine donde desarrolla los criterios de la concurrencia de títulos competenciales en esta materia, con cita de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo núm. 100/2017, de 25 de enero. A este respecto, la STSJ citada considera conformes a Derecho los preceptos de la ordenanza impugnada que regulan la instalación de este tipo de infraestructuras de telecomunicaciones en las cubiertas de edificios no residenciales o la colocación de contenedores vinculados a la obra de construcción de una estación base de telefonía (FJ 11.º) o la protección especial de los edificios y elementos catalogados prohibiendo su instalación en los mismos salvo que «la solución propuesta justifique la anulación de impacto visual desfavorable» y así lo consideren los servicios y órganos municipales competentes (FJ 12.º) ya que considera que dichas condiciones no son restricciones absolutas, ni desproporcionadas; suerte contraria han sufrido los preceptos de la ordenanza impugnada fijando distancias de seguridad y alturas o la prohibición de instalar antenas de telefonía móvil en suelo urbanizable ya que, en este último caso, defiende la concesión de una licencia provisional o en precario (FJ 11.º).

(18) Así lo ha defendido REBOLLO PUIG, Manuel, «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», en *REALA*, núm. 11, 2019, pág. 26.

(19) En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 142/2020, de 13 de marzo, en su Fundamento Jurídico 7.º.

## 2. Facultades de comprobación, control e inspección de la Administración Pública: comprobación vs. inspección

El artículo 69.3 de la LPACAP reconoce la posibilidad de la Administración Pública de ejercer sus facultades de comprobación, control e inspección. Debemos citar en este punto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de febrero de 2020 en cuyo Fundamento Jurídico 8.º se distinguen las facultades de **comprobación** y de inspección. Se considera la primera de ellas como la intervención administrativa *a posteriori* sobre la actividad ciudadana; de manera que se «comprueba que el efectivo ejercicio del derecho (por ejemplo, realización de una actividad empresarial, profesional o de servicio) se acomoda al ordenamiento jurídico aplicable a efectos de consentirla o, de no ajustarse, paralizarla, exigir adaptaciones o, incluso, restituir la situación jurídica al momento previo al inicio de la actividad» (20). En consecuencia, cuando se presenta la comunicación (supuesto de la sentencia aquí comentada, si bien cabe asimilar esta cuestión al momento en que se presenta una declaración responsable si fuese otro el supuesto), la Administración deberá realizar el control de la concurrencia de todos los presupuestos exigidos por la correspondiente normativa para la realización de esa actuación. A efectos de este control y como sugerencia de procedimiento a seguir, recomendamos, al menos, la emisión de informe técnico y de informe jurídico en relación con la documentación presentada (21).

Ante la presentación de la comunicación o declaración responsable, podemos encontrarnos con varias posibilidades. Por un lado, que sea completo, correcto y veraz lo presentado. En ese caso, no se precisa adoptar acto administrativo alguno por parte de la Administración Pública competente (22). No obstante, si en este momento se observase la

---

(20) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 18/2020, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 8.º.

(21) GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia e IÑARRA GARCÍA, Izaskun, «Ordenación e instrucción de procedimientos administrativos», en *Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2019, pág. 507. Debemos clarificar en este punto que estos informes no son preceptivos atendiendo a la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni a la más específica Ley de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma Vasca; así como que no supondrán ningún requisito previo a que el ciudadano/a que presentó la comunicación pueda iniciar su obra/actividad (éste/a podrán comenzar a realizar la actuación comunicada desde el mismo día de su presentación).

(22) Hemos tratado el comportamiento silente de la Administración y la posibilidad de otras actuaciones administrativas (que no constituyen actos administrativos) tales como «toma de razón de la comunicación/declaración responsable presentada» o similares en GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia, «Análisis de la jurisprudencia sobre las Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables de actividades comerciales o de servicios», en *RAP*, núm. 205, 2018, págs. 204-205.

falta de alguna documentación(23), se requerirá la misma(24). Lógicamente, debemos entender que, para poder realizar dicho requerimiento, la Administración correspondiente sí emitirá la correspondiente resolución y ésta será recurrible en vía administrativa y contenciosa siguiendo las reglas de la normativa procedimental. El tercer y último supuesto se correspondería con una inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación(25), o bien con su no presentación(26); en tal caso, la resolución judicial aquí citada concluye que la Administración competente prohibirá la actuación deseada. La resolución administrativa que declare las circunstancias concretas existentes y, en su caso, la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada, podrá determinar la obligación de la persona interesada de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actuación correspondiente e, incluso, si la norma sectorial concreta aplicable así lo prevé, imposibilitarle a instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante el período de tiempo que determine la ley; todo ello sin perjuicio de las posibles responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar (art. 69.4 de la LPACAP). En los dos últimos casos aquí descritos, en los que sí existirá resolución administrativa, trataremos la casuística específica más adelante, en el epígrafe correspondiente de cada uno de ellos: entre otras cuestiones, la recomendación de concesión previa de un trámite de audiencia o la imposibilidad de subsanación (prevista sólo ante solicitudes de iniciación de procedimiento atendiendo al artículo 68 de la LPACAP, lo que no sucede en el caso de las técnicas aquí tratadas).

En contraposición a la labor de comprobación, la misma Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de febrero de 2020 antedicha establece que la funcionalidad de la **inspección** es «la de vigilancia de esa actividad cuando ya se ejerce, y que culmina, en su caso, con

---

(23) Entendemos que hablamos aquí de omisión no esencial, *a sensu contrario* del artículo 69.4 de la LPACAP, puesto que, en otro caso (en el supuesto de omisión esencial) entrará este precepto en juego y conllevará «la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar».

(24) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 18/2020, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 8.º.

(25) Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de febrero de 2020 antes citada, en su FJ 8.º, «En caso de estimar la Administración que el transporte turístico» (supuesto concreto acontecido en dicho caso) o, en términos generales, que la actuación a realizar «no reúne las condiciones requeridas» por la normativa aplicable.

(26) En palabras de la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de febrero de 2020, en su FJ 8.º, estaríamos en el supuesto de «que las mismas» (las condiciones requeridas por la normativa aplicable para dicha actuación) «no resultan acreditadas».



actos sancionadores. Esto es, a través de las facultades de inspección la Administración procede a constatar si el ejercicio de la concreta actividad se corresponde o no con la descripción realizada en la comunicación previa, procediendo en caso contrario a la imposición de la correspondiente sanción o incluso a revocar la licencia que a través de la comunicación se entienda otorgada» (27). Remarcamos en este punto la importancia de un servicio de inspección ágil, con los medios necesarios y cada vez más técnico en el momento actual puesto que, gracias al mismo, se podrá constatar si realmente se está ante un local en lugar de ante tres por no estar los mismos habilitados de forma separada e independiente (si, por ejemplo, se accede a un local por la puerta de otro, si el local denominado restaurante-espectáculo no dispone de cocina y las comidas se elaboran en «el otro» que se afirma destinado a sala de fiestas) o si todas las puertas se encuentran reflejadas en los planos presentados (28).

Como consecuencia de la inspección, es posible que la actuación que se está realizando coincida con lo comunicado o declarado responsablemente (29); en ese caso, reiteramos, no se precisará emitir resolución alguna por la Administración competente (30). No obstante, puede suceder que la declaración responsable o la comunicación presentada sea inicialmente conforme a Derecho o «legal»; pero que la actuación que realmente se está desarrollando no se adecúe a lo presentado, por ejemplo, si se está ejecutando una obra distinta a la declarada o comunicada. En ese caso, la Administración Pública ostenta las prerrogativas para reaccionar contra dicha actuación; de

---

(27) *Ibid.* Conviene aclarar, en este caso concreto, que cabe considerar la última coletilla un *lapsus* ya que, ante una comunicación incorrecta, no se entiende otorgada ninguna licencia y no cabe, en consecuencia, su revocación (que entendemos que nos está remitiendo a las reglas de la revisión de oficio hoy previstas en los artículos 106 a 110 de la LPACAP), sino que procedería la declaración de su ineficacia, según defenderemos seguidamente en el presente trabajo. Si bien adelantaremos uno de los argumentos al respecto: la comunicación no es un acto administrativo, sino un acto privado o de persona interesada con efectos públicos o jurídico-administrativos (así se expresa MORA RUIZ, Manuela, «Principios de intervención de las Administraciones Públicas y títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad», en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 2.001).

(28) Dichas cuestiones relevantes y cada vez más habituales en la práctica local figuran descritas en el Fundamento Jurídico 5.º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 707/2018, de 24 de octubre, como observadas «por los técnicos del Ayuntamiento de Madrid tras efectuar la correspondiente visita de inspección».

(29) Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2018, de 21 de junio, quien promueva la actuación comunicada o declarada deberá detallar los requisitos normativos en la misma, de manera que «tales requisitos “deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa” en la correspondiente declaración responsable» (FJ 12.º).

(30) Traigamos a colación aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2018, de 21 de junio, la cual nos recuerda en su Fundamento Jurídico 11.º que el artículo 21.1.1 de la LPACAP excluye de la obligación de resolución expresa los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.

manera que se levantaría acta de las infracciones o cuestiones relevantes observadas(31) y se declararía la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada(32) y/o, incluso, se incoaría el correspondiente procedimiento sancionador(33). Estas dos actuaciones administrativas posibles serán adoptadas mediante el correspondiente acto administrativo(34). A su vez, la resolución administrativa que declare las circunstancias concretas existentes y la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada, podrá determinar la obligación de la persona interesada de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente e, incluso, si la norma sectorial concreta aplicable así lo prevé, imposibilitarle a instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante el período de tiempo que determine la ley(35) (art. 69.4 de la LPACAP). Por lo demás, simplemente

---

(31) Recordemos aquí que, si las deficiencias detectadas constituyen inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial, ello determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos (art. 69.4 de la LPACAP). Es importante la motivación de la existencia de alguno/s de estos conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto que nos pudiera atañer: inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial. Por lo demás, simplemente añadir que en el caso enjuiciado en la sentencia de 6 de febrero de 2020 aquí citada realmente se emite un informe por la policía municipal explicitando «las condiciones en que efectivamente se está realizando la actividad de transporte turístico en cuestión, y que difieren en relación con la actuación comunicada» (FJ 1.º).

(32) Atendiendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 680/2019, de 4 de noviembre, esa resolución administrativa también ordenará la paralización de las obras o el cese de la actividad/actuación, según el caso concreto (FJ 9.º).

(33) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de febrero de 2020, en su FJ 8.º. De hecho, en este sentido de declarar la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada es como entendemos que debe interpretarse la afirmación de dicha resolución judicial de que se procederá a «revocar la licencia que a través de la comunicación se entienda otorgada», ya señalada en la nota anterior. Dicha resolución judicial es determinante respecto a la reacción administrativa contra la actividad que se esté desarrollando en disconformidad con lo comunicado o declarado: «no existiendo por tanto título habilitante que ampare el ejercicio de la actividad concreta que está siendo desarrollada».

(34) En el caso de iniciarse un procedimiento sancionador, el acto administrativo recurrible será, lógicamente, la resolución final que se adopte ya que ante la incoación de dicho procedimiento y la propuesta de sanción únicamente cabe mostrar oposición mediante la presentación de alegaciones por ser meros actos de trámite (art. 112.1 de la LPACAP, a sensu contrario). Siguiendo el tenor del artículo 112.1 de la LPACAP, el acto por medio del cual se declaren las circunstancias concretas concurrentes en cada caso y la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada si constituirá una resolución final recurrible tanto en vía administrativa, como contenciosa.

(35) A modo de ejemplo, así lo determina la resolución de 23 de diciembre de 2015 de la Gerente de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid ante una actividad de «café espectáculo» que en visita de inspección se determina que no reúne los requisitos de carácter esencial ya que realmente se está ante un local (no ante tres, según se indicó en las tres declaraciones responsables presentadas), con aforo incorrectamente calculado y con una actividad que realmente se estaba ejerciendo distinta de la declarada. Dicha resolución administrativa, que prohibió a la mercantil ejerciente presentar nueva declaración responsable por un período máximo de un año y que fue im-

mencionemos la posibilidad de exigir responsabilidad penal o civil, en su caso, ante este tipo de situaciones que supongan inexactitudes, falsedades u omisiones de carácter esencial (art. 69.4 de la LPACAP).

### **3. Tramitación administrativa ante la presentación de declaraciones responsables o de comunicaciones o ante su falta de presentación**

#### **3.1 CASUÍSTICA POSIBLE ANTE LA PRESENTACIÓN O AUSENCIA DE DECLARACIÓN RESPONSABLE O DE COMUNICACIÓN**

Ejerza la Administración pública facultades de comprobación, control o de inspección, diversos pronunciamientos judiciales han destacado la importancia de seguir el procedimiento legalmente previsto y de cumplir todas las garantías acordes a la naturaleza del mismo. Así, en caso de constatarse la existencia de inexactitud, falsedad u omisión no esenciales(36), la Administración procederá a adoptar la correspondiente resolución requiriendo la presentación de la documentación que falte o que permita considerar correcta la comunicación o declaración responsable presentada(37), y concediendo un plazo a tal efecto. Ante dicho requerimiento, podemos encontrarnos con dos situaciones: bien que se corrijan los aspectos señalados, en cuyo caso no se precisa de resolución municipal al respecto, si bien es conveniente lógicamente la emisión de informes (técnico y/o jurídico) y su notificación a la persona promotora de la actuación, para su conocimiento; o bien que continúe teniendo fallos lo presentado. En este último caso, la jurisprudencia habilita a la Administración Pública competente para adoptar resolución

---

pugnada en vía contenciosa, fue confirmada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sentencia núm. 707/2018, de 24 de octubre; léase en este punto el Antecedente de Hecho 1.<sup>o</sup> y el Fundamento Jurídico 2.<sup>o</sup>.

(36) Si atendemos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, núm. 680/2019, de 4 de noviembre, un ejemplo lo encontraríamos, en el caso de un bar especial (bar de copas sin actuaciones musicales, en el supuesto concreto), cuando se requiere de un cálculo correcto del aforo en zona de público sentado. En concreto, la resolución municipal citada en el Fundamento Jurídico 6.<sup>o</sup> de dicho pronunciamiento judicial indicaba como deficiencia «Aforo de cálculo en zona de público sentado incorrecto, siendo el real según DI3 DBSI CTE superior al permitido por la Norma Zonal». Por lo demás, en el mismo sentido de requerir documentación ante una omisión normativa detectada se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 70/2018, de 21 de junio, en su Fundamento Jurídico 13.<sup>o</sup>.

(37) No nos estamos refiriendo a un requerimiento de subsanación de deficiencias, atendiendo a las previsiones del artículo 68 de la LPACAP, puesto que ésta está sólo prevista ante fallos de una solicitud de iniciación de procedimiento y puesto que una comunicación o declaración responsable no constituye solicitud alguna, sino que por sí misma habilita para realizar una actuación al ciudadano/a sin necesidad de procedimiento administrativo alguno. En relación con este «comportamiento silente» de la Administración, me remito a la nota 22 de este artículo.

determinando la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada por adolecer de *defecto no subsanado*(38); por supuesto, para ello la persona interesada ha debido tener conocimiento de los extremos concretos en los que discrepaba la Administración (de los requerimientos realizados y de los fallos detectados), incluyendo al respecto la posibilidad de realizar argumentos escuetos completados con explicaciones verbales, por ejemplo, en el momento de realizarse la inspección (39).

Por su parte, en el supuesto de existir inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial (40), con carácter previo a emitir resolución administrativa declarando las circunstancias concurrentes y, en su caso, la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada, una jurisprudencia menor mayoritaria ha considerado la necesidad de evacuar

(38) Éste es el supuesto, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 680/2019, de 4 de noviembre, la cual considera «ajustada a Derecho la declaración de ineficacia de la declaración administrativa por adolecer de defecto no subsanado, como es el de exceder la ocupación del aforo resultante de la Norma Zonal aplicable, siendo a tales efectos irrelevante que la capacidad de evacuación fuera o no superior al aforo ya que, como hemos dicho, lo que no puede darse es el supuesto inverso, esto es, el de ser la capacidad teórica y/o el aforo del local superiores a la capacidad de evacuación» (F.J. 6.º in fine).

El procedimiento aquí descrito también es defendido por CUBERO MARCOS, José Ignacio, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi Thompson Reuters, Cizur menor, 2013.

(39) *Ibid.* Si bien no lo exige la normativa, con carácter previo a emitir esta resolución administrativa declarando la ineficacia de la comunicación o declaración responsable presentada por no haber subsanado el defecto señalado, consideramos conveniente la concesión previa de un plazo de audiencia a la persona promotora de dicha comunicación o declaración responsable, con el fin de que conozca los argumentos municipales y pueda alegar lo que considere conveniente (art. 82 LPACAP); incluso, podría darse el caso de que durante ese trámite pudiesen llegar a subsanarse las cuestiones detectadas con lo que en ese supuesto ya no cabría adoptar el acto administrativo de declaración de ineficacia del documento correspondiente presentado.

(40) Un ejemplo de defecto u omisión de carácter esencial lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 707/2018, de 24 de octubre, la cual califica como tal la presentación de declaración responsable para ejercer la actividad de sala de fiestas sin presentarse Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos, lo «que no admite subsanación, en la medida que pues es uno de los documentos a presentar al formularse la declaración responsable según establece la Disposición adicional novena 2.b) de la Ley Territorial de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas (...) es equiparable a la declaración de impacto ambiental o de la resolución sobre la innecesariedad de sometimiento del proyecto a evaluación de impacto ambiental (...) Si un instrumento normativo dictado previamente a la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y vigente en dicho momento establecía el requisito previo a la obtención de la licencia de actividad la aprobación de un Plan Especial de Control Urbanístico Ambiental de Usos, este será exigible previamente a la presentación del mecanismo de intervención correspondiente, la declaración responsable» (FJ 3.º).

Asimismo, también podemos citar la inexactitud esencial declarada por la Resolución núm. 76/2018, de 11 de junio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, ante un supuesto en el que se sustituyó «la declaración inicial de no integración de la solvencia por una posterior en sentido contrario (...) ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 32.b) TRLCSP)» (FJ 10.º).

un trámite de audiencia a la persona interesada(41). Esta última podría solicitar la aportación de documentación durante dicho trámite de audiencia o, incluso, la realización de otra serie de pruebas; en ese caso, de no considerarse como ciertos los hechos alegados por quien sea interesado/a, se abrirá la apertura de un período de prueba en los términos del artículo 77 de la LPACAP, todo ello para posibilitarle acreditar los hechos y circunstancias que alega(42). Sin embargo, no podemos negar la existencia de ciertas voces discordantes respecto a la necesidad de audiencia previa, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de febrero de 2020(43). Lo que en ningún caso formará parte del procedimiento administrativo en estos supuestos es el requerimiento de subsanación de deficiencias, tal y como establece la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 707/2018, de 24 de octubre, en su Fundamento Jurídico 3.º.

En aras a la seguridad jurídica de las personas interesadas, la jurisprudencia recomienda que reglamentariamente se fijen y establezcan los elementos de la comunicación o declaración responsable que tengan el citado carácter esencial. Destacamos a modo de ejemplo en este punto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 142/2020, de 13 de marzo(44). En el ámbito territorial municipal, la norma reglamenta-

---

(41) Igual que en supuesto anteriormente analizado, si durante el trámite de audiencia la persona promotora de la comunicación o declaración responsable corrigiese la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial detectada, no cabrá por parte de la Administración la adopción de resolución declarando la ineficacia de la actuación comunicada o declarada.

(42) Respecto a todas las cuestiones planteadas en dicho párrafo citaremos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 18/2020, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 9.º. Atendiendo a dicha resolución judicial, en caso de no abrirse dicho período de prueba tras la solicitud de diversos medios probatorios por la persona interesada, se considera que se ha causado «flagrante indefensión» a dicha persona y que «la resolución administrativa impugnada incurre en las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1.a) —“Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”— y e) —“Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”» (FJ 9.º *in fine*).

(43) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 53/2020, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 4.º *in fine*: «Resta por significar que la circunstancia de producirse los efectos a que hemos hecho mención en el presente fundamento de derecho *ex lege* o *ministerio legis* nos ha llevado, incluso, a concluir en la innecesidad de trámite de audiencia previo a la declaración de ineficacia de la declaración responsable [por todas Sentencia de 26 de septiembre de 2018 (apelación 741/2017)].» Llama la atención que dichas resoluciones judiciales contradictorias hayan sido dictadas por el mismo TSJ y misma Sección, con apenas 7 días de diferencia (sentencia de 6 de febrero de 2020 citada en la nota anterior y sentencia de 13 de febrero de 2020, aquí mencionada). Podríamos resolver la contradicción considerando la necesidad de audiencia previa cuando la resolución de la Administración declarase la ineficacia del documento presentado (comunicación o declaración responsable) y ordenase la paralización o cese de la actuación; en cambio, si únicamente se declarase la citada ineficacia, pero se dejase para otra resolución posterior el resto de cuestiones, esa primera resolución no precisaría de audiencia previa.

(44) Fundamento Jurídico 7.º.

ria de la que se habla entendemos que será una ordenanza o el Plan General de Ordenación Urbana, según el caso. Por su parte, la doctrina también se muestra partidaria de dicha concreción con el fin de facilitar la interpretación de dicho concepto jurídico indeterminado y de evitar, en consecuencia, una excesiva litigiosidad (45).

Por otro lado, debemos citar el supuesto de no presentación de ninguno de los documentos de intervención administrativa *ex post* aquí analizados; es decir, la realización de una actuación sujeta a comunicación o declaración responsable (obra, actividad...) sin haber comunicado o declarado la misma, valga la redundancia. Tomando como base la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 548/2019, de 24 de julio (46), ante una obra se estará al plazo para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística que en la normativa urbanística autonómica se establezca; de manera que, si ha tenido lugar su caducidad, debe reconocerse al propietario de la obra la facultad de mantenimiento de la situación creada, no pudiendo demolerse lo construido irregularmente (47). Sin embargo, si no ha transcurrido el plazo de caducidad ante una obra irregular o si está en juego el uso de dicha edificación [el cual nunca se puede adquirir por prescripción (48)], se pasará a analizar su posible legalización. En este último supuesto consideramos la adopción del correspondiente acuerdo administrativo requiriendo la presentación de solicitud de legalización de la actuación clandestina que se está desarrollando y la documentación correspondiente al respecto; de manera que posteriormente la Administración analizará lo presentado, todo ello siguiendo el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística de la pertinente normativa autonómica (49). Si bien en este ejemplo se analizaba la normativa urbanís-

---

(45) En tal sentido se expresa GRACIA HERRERO, Francisco Javier, «El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, pág. 88: «el carácter esencial de la inexactitud u omisión obliga a una labor hermenéutica que no está desarrollada en la normativa sectorial. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que plantea hasta qué nivel o cota la incorrección o falsedad de los datos es esencial, y a partir de qué momento empieza a serlo, lo que complica su interpretación y aplicación, so pena de que cualquier respuesta administrativa frente a la inexactitud de los datos pueda ser fácilmente vencida por los tribunales si no se atiende a esa esencialidad».

(46) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 548/2019, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 2.º.

(47) La sentencia mencionada de 24 de julio de 2019 cita en este punto literalmente otra sentencia del mismo órgano judicial de 12 de diciembre de 2016, Fundamento Jurídico 2.º también.

(48) En este caso, la sentencia de 24 de julio de 2019 antedicha se ampara en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000.

(49) Habitualmente dicho procedimiento desgrana los pasos siguientes: requerimiento de documentación necesaria para la legalización de la actuación y simultáneamente orden de paralización cautelar de las obras que se estén realizando (si es el caso), análisis por los servicios técnicos y jurídicos municipales de lo presentado y adopción de resolución final declarando legalizable o no la ac-

tica y la acción de restauración de la legalidad urbanística, la propuesta de resolución requiriendo documentación u ordenando el cese, según la actuación clandestina en ejecución tenga visos de ser legalizada o no respectivamente, es la tónica habitual seguida por toda norma sectorial. Por el contrario, si estamos ante un uso contrario a planeamiento o se observa por los servicios municipales claramente el carácter ilegalizable de la obra/uso *clandestino*, la Administración Pública adoptará acto administrativo especificando las circunstancias del caso y ordenando el cese de la actuación en cuestión; incluso, en caso de falta de cumplimiento voluntario de la resolución, se adoptará resolución ordenando el precinto de las instalaciones y que el mismo mantenga efectos hasta que se acredite la obtención del pertinente título municipal que ampare el funcionamiento de la actividad (50). En todo caso, se legalice la actuación urbanística clandestina o no, es posible incoar procedimiento sancionador con motivo de la infracción urbanística de realización de actos sin haberse presentado la comunicación o declaración responsable preceptiva (51).

Más aún, en todos los casos que hemos tratado en este apartado, estamos ante inexactitudes, falsedades u omisiones esenciales o no, o se esté realizando la actuación sujeta a comunicación o a declaración responsable sin que se haya presentado este documento, sabemos que resulta posible incoar un procedimiento sancionador puesto que esta circunstancia está normalmente tipificada en la normativa sectorial correspondiente; es decir, prácticamente en toda norma uno de los supuestos de infracción lo encontramos en la realización de una actuación sin presentar la documentación preceptiva para ello. Pues bien, en caso

---

tuación. En caso de que no se presente documento alguno tras su requerimiento, la resolución final ordenará la clausura de la actividad o el cese del uso, la demolición de lo construido irregularmente o la reconstrucción de lo demolido irregularmente, a modo de ejemplo. Podemos citar, por todos, el artículo 221 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco; o los artículos 193 a 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, todos ellos en su redacción actualmente vigente.

Por el contrario, si se presenta documentación tras el requerimiento y ésta es considerada correcta tras el análisis técnico y jurídico de los servicios de la Administración Pública, ésta adoptará resolución declarando dicha circunstancia y levantando la medida cautelar de paralización de la actuación que, en su caso, había adoptado. La resolución que ponga fin al procedimiento de legalización indicará, además, las indemnizaciones que procedan derivadas de la realización del acto o actuación clandestina y de su legalización (art. 221.9 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco).

En todo caso, las resoluciones aquí citadas, por ser actos definitivos, son recurribles en vía administrativa y contencioso-administrativa (artículo 112.1 de la LPACAP).

(50) Así se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 548/2019, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 2.º.

(51) A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 221.8 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

de decidirse por la Administración la incoación de este tipo de procedimiento sancionador, no podemos olvidar tampoco que la suspensión temporal o cautelar de dicha actividad o el cierre temporal del establecimiento son posibles medidas provisionales a adoptar. Atendiendo al artículo 56 de la LPACAP, este tipo de acuerdo podrá ser adoptado tanto antes de la iniciación del procedimiento administrativo correspondiente, «en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados» (art. 56.2), como una vez incoado el mismo procedimiento «para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello» y «de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad» (art. 56.1 LPACAP).

Por último, hemos de citar otra posible irregularidad observada en la práctica administrativa y de la que se ha hecho eco la doctrina(52). Nos referimos al supuesto de que la actuación promovida por el interesado/a comience una vez que ha transcurrido el plazo de validez fijado por la normativa sectorial; el supuesto habitual sería el de realización de una obra puesto que suelen tener un plazo para su finalización. Descrita la problemática, cierto sector doctrinal defiende que el instituto de la caducidad no está prevista respecto de las declaraciones responsables y comunicaciones; de manera que para estos casos plantea la necesidad de que la Administración Pública en primer lugar conceda un plazo de audiencia con base en el artículo 82 de la LPACAP y, con posterioridad, adopte resolución formal expresa declarando la ineficacia del documento presentado(53) al haber transcurrido el plazo previsto para realizar la actuación señalada en el mismo. En cambio, otro sector doctrinal defiende la posibilidad de caducidad, si bien en cualquier caso el procedimiento sería el mismo: audiencia previa y resolución formal expresa posterior declarando, en su caso, la caducidad de la declaración responsable o comunicación presentada(54) .

---

(52) GRACIA HERRERO, Francisco Javier, «El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, pág. 89.

(53) Dentro de este sector doctrinal situamos a GRACIA HERRERO, Francisco Javier, «El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, pág. 89.

(54) Así lo ha defendido REBOLLO PUIG, Manuel, «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», en *REALA*, núm. 11, 2019, pág. 27.



### 3.2. RASGOS RELEVANTES DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA DECLARANDO, EN SU CASO, LA CIRCUNSTANCIA CONCURRENTE QUE IMPOSIBILITA CONTINUAR CON LA ACTUACIÓN DESEADA POR LA PERSONA PROMOTORA

Por su parte, la resolución de la Administración Pública que declare las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto de inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial o la no presentación de declaración responsable, de documentación o de comunicación, o la falta de presentación de lo requerido para corregir *fallos no esenciales*(55) y, en su caso, la ineficacia de la comunicación o declaración responsable, deberá explicitar la circunstancia concreta concurrente en el supuesto en cuestión y motivarla adecuadamente. La necesidad de motivación deriva de los artículos 35.1.a y 88.3 de la LPACAP, ya que estamos ante una resolución que limitaría derechos subjetivos o intereses legítimos; además, deberá expresarse los recursos que contra dicha decisión administrativa procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos(56). En caso contrario, la declaración de ineficacia de lo presentado «resulta ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico» al considerarse que no acredita la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados a tal efecto por el artículo 69.4 de la LPACAP(57).

---

(55) Añadimos aquí este último supuesto, atendiendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 680/2019, de 4 de noviembre.

(56) Así lo considera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 680/2019, de 4 de noviembre, en cuyo Fundamento Jurídico 7.º se remite, a este respecto a resoluciones como las Sentencias del Tribunal Constitucional núm. 26/1982, de 17 de julio, o 72/1986, de 2 de junio, y las del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017, 18 de junio de 2018 o 31 de enero de 2019. Con base en dicha jurisprudencia y, especialmente, en la STS de 5 de abril de 2017 (Recurso de Casación núm. 1717/2015), el TSJ se apoya en un criterio material «en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos, es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa»; de manera que en el supuesto concreto concluye en sentido negativo al considerar que «la resolución impugnada posibilita a la interesada un perfecto conocimiento de las razones tomadas en consideración por la Administración apelada para adoptar semejante decisión, por cuanto contiene una específica mención a las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican en el caso concreto la declaración de ineficacia, sin ser óbice a lo anterior el hecho de que la motivación se integre por las razones expuestas en el informe técnico cuando son, precisamente, tales razones las que sustentan la decisión administrativa combatida en la instancia» (FJ 7.º *in fine*).

(57) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 18/2020, de 6 de febrero, Fundamento Jurídico 9.º. Dicha resolución judicial anula el acto impugnado porque, entre otros motivos y a pesar de afirmar que «se adopta en aplicación de los artículos 69.4 de la Ley 39/2015 y 130 del RLOOT y, sin embargo, la misma no se sustenta, como tampoco se precisa la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se hubiese acompañado o incorporado a todas o alguna de las comunicaciones previas presentadas el 29 de abril de 2015. Obviamente, tampoco se sustenta la reso-

En cuanto a los efectos de la resolución administrativa por la que se declara la ineficacia del documento presentado ante dicha Administración, cierta jurisprudencia menor ha considerado que produce efectos similares a la denegación de una licencia urbanística (58).

En el supuesto de que la documentación presentada cuente con el certificado de conformidad de una entidad colaboradora, cuando esta opción sea posible en virtud de la norma aplicable, nada obsta a la validez del acto administrativo declarando la ineficacia de la comunicación o declaración responsable efectuada (59). Las circunstancias que concurren serán base para dictar la correspondiente orden de clausura y cese. No cabe oponer tampoco en este punto el transcurso del tiempo desde que se conoció la realización de la actuación clandestinamente, es decir, en contraposición con los términos de la documentación presentada o sin haber presentado comunicación o declaración responsable alguna; el mismo éxito deben sufrir argumentos como el pago de tributos o la tolerancia municipal ya que en cualquier momento puede acordarse la paralización o cese de dicha actuación (60). Más aún, no puede empezarse a computarse plazo prescriptivo alguno mientras se esté ejercitando la actuación *irregular* (61).

Si bien las falsedades y omisiones serán achacables en todos los casos a la persona promotora de la actuación deseada, nada se especifica en la normativa sobre las inexactitudes. En este punto, existe jurisprudencia menor que ha considerado conforme a Derecho la declaración de ineficacia de una comunicación o declaración responsable presentada

---

lución, ni podría sustentarse, en la no presentación ante la Administración competente de la comunicación previa. Precisamente, la resolución parte de su existencia. (...)

Tampoco se dice en la resolución que con las condiciones previas presentadas no hubiese quedado suficientemente justificado el cumplimiento de las condiciones exigibles (...) por lo que tampoco resulta de aplicación el ya citado artículo 130 RLOOT». Traigamos aquí a colación, por su interés, que la resolución impugnada «Como única concreción de dichos eventuales incumplimientos se especifica el siguiente: «Pago por asiento no facilitando al viajero billete o expedirlo sin menciones genéricas» (FJ 9.º).

(58) Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 53/2020, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 4.º.

(59) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 53/2020, de 13 de febrero, Fundamento Jurídico 4.º.

(60) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 843/2015, de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico 4.º.

(61) En este punto, la STSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2015 citada concluye que «no se ha producido adquisición de derecho alguno por parte del recurrente ni puede entenderse que la actividad municipal se aparte de lo establecido en el ordenamiento jurídico, ni que tenga carácter discrecional o se aparte del principio de buena fe» (FJ 4.º *in fine*). Recordemos en este punto que, al tratar la adquisición de derecho por parte de la persona promotora de la actividad, nos estamos refiriendo al transcurso del plazo para la restauración de la legalidad urbanística concretado en la respectiva normativa urbanística de suelo.

cuando la imprecisión cometida fue inducida por la Administración Pública; no obstante, abre la puerta acertadamente en estos casos a la exigibilidad de responsabilidad patrimonial. En concreto,

«La circunstancia de que la inexactitud cometida fuera eventualmente inducida por el propio Ayuntamiento de Madrid, tal como postula la recurrente, resulta irrelevante en relación con la procedencia de la declaración de ineficacia aquí impugnada puesto que el citado artículo 71 bis.4(62) no hace distinción alguna en cuanto a quien deba atribuirse la inexactitud de la información facilitada. Una vez que ha sido constatada una inexactitud esencial, resulta procedente declarar la ineficacia de la declaración responsable que se fundamentó en ella» (63).

### 3.3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN CASO DE ADOPTARSE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN ANTE UNA DECLARACIÓN RESPONSABLE O COMUNICACIÓN DEFECTUOSA PRESENTADA O CON MOTIVO DE SU FALTA DE PRESENTACIÓN

En el supuesto de que no se presente el modelo correspondiente de la pertinente técnica de intervención *ex post* que estamos aquí analizando (declaración responsable o comunicación, según sea exigible por la normativa sectorial) o en caso de que lo presentado adolezca de algún defecto, la Administración Pública puede emitir la pertinente resolución adoptando la medida cautelar de paralización de la actuación deseada por el administrado/a (obra, actividad...). A día de hoy disponemos en este punto de una jurisprudencia menor pacífica(64), de acuerdo con la cual, ese acto administrativo debe motivarse suficientemente y respe-

---

(62) La sentencia citada se está refiriendo en este punto al artículo 71 bis.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Lógicamente, hoy nos remitiremos al artículo 69.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; en todo caso, ante la similitud de ambos preceptos, las conclusiones jurisprudenciales siguen siendo válidas hoy en día.

(63) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, núm. 146/2019, de 27 de febrero, Fundamento Jurídico 6.º. En el caso en cuestión, tras una comunicación previa de cambio de titularidad de una actividad de restaurante, se advirtió la existencia de una licencia posterior a la de apertura del restaurante citado para pastelería, repostería y confitería con obrador y barra de degustación; este hecho fue el argumento para considerar la inexactitud esencial por la que se estimó conforme a Derecho la resolución administrativa declarando la ineficacia de la comunicación presentada.

(64) Entre otras, sentencias del TSJ de Madrid de 3 de julio de 2015, de 22 de diciembre de 2015, de 2 de marzo de 2016, de 18 de julio de 2016 o de 25 de abril de 2018, o sentencia del mismo órgano judicial de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 2016.

tar el principio de proporcionalidad, adoptando la medida menos gravosa para dicha persona interesada, siempre sin prejuzgar el fondo y previa ponderación de todos los intereses en juego y, especialmente, teniendo en consideración la mayor perturbación que una medida cautelar como ésta pueda causar al interés general o de terceros/as. Respecto a la ponderación a realizar mencionada, jurisprudencialmente se ha considerado que ante el ejercicio de actuaciones sin presentar declaración responsable o comunicación, sin licencia y/o sin control inicial, la única medida que se puede adoptar es la de suspensión, cese o paralización de la misma, con el fin de poder llevar a cabo el control inicial de la misma evitando perjuicios a la ciudadanía (terceras personas que podrían sufrir riesgos...derivados de dicha actividad u obra); en consecuencia, se respetaría tanto el principio de proporcionalidad, como los de buena fe y equidad (65).

Respecto al procedimiento, sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 138/2011, de 25 de febrero (66), consideran preciso un trámite de audiencia con carácter previo a ordenar el cese o paralización cautelar de la actuación que se está desarrollando de forma irregular. Se defiende dicha tramitación con base en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, entonces vigente; hoy acudiremos al artículo 82 de la LPACAP.

Por otra parte, la misma jurisprudencia menor antes citada (67), al haberse opuesto la persona promotora de la actuación a dicha medida cautelar en vía contencioso-administrativa, ha concluido también que no procede suspender la ejecutividad de la misma puesto que, en caso contrario, se estaría realizando una declaración de naturaleza positiva considerándose que estaría autorizando temporalmente esa actividad con la suspensión. No se han admitido en esta vía judicial argumentos contrarios aducidos por la recurrente, tales como el transcurso del tiempo, el pago de tributos o la posible tolerancia municipal, concluyéndose que en cualquier momento se puede ordenar el cese, además de la imposibilidad

---

(65) A estos efectos, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 138/2011, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 6.º: «El principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que, aun existiendo en principio un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

(66) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 138/2011, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 5.º.

(67) Sentencias del TSJ de Madrid de 3 de julio de 2015, de 22 de diciembre de 2015, de 2 de marzo de 2016, de 18 de julio de 2016 o de 25 de abril de 2018, o sentencia del mismo órgano judicial de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria de 8 de julio de 2016.

de aceptar la apariencia de buen Derecho ante una actividad clandestina. Por lo demás, aunque con posterioridad a adoptarse el acto recurrido se haya presentado declaración responsable o comunicación y se hayan emitido informes declarando su corrección, no incide en la conformidad o no a Derecho de dicha resolución administrativa impugnada, por supuesto, sin perjuicio de que su otorgamiento alcance a la orden de cese de la actividad que estaría vigente hasta el control inicial (68). En nuestra modesta opinión, en ese caso de que posteriormente se presente la documentación correcta y preceptiva para poder realizar esa actuación comunicada o declarada, defendemos la necesidad de que se emita resolución administrativa levantando la orden de cese o paralización cautelar inicialmente adoptada.

Por último, realizaremos una advertencia motivada por un caso de suspensión específico. Habitualmente, al tramitar un Plan General de Ordenación Urbana, resulta posible la suspensión del otorgamiento de aprobaciones y autorizaciones, entre otros. Pues bien, si en el caso concreto se declara la suspensión de la presentación de comunicaciones previas, pero nada se menciona respecto a las declaraciones responsables que se pudieran presentar, la jurisprudencia ha concluido que dichos supuestos son *numerus clausus* y que no cabe traspasar la relación de casos a suspender; de manera que, ante la presentación de una declaración responsable en ese caso concreto con posterioridad al acuerdo de suspensión de comunicaciones previas, el TSJ de Cataluña concluyó que dicho documento presentado produce sus efectos legales (69).

### III. Comentario conclusivo

Las declaraciones responsables y comunicaciones, que provienen de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y que son consideradas mecanismos ordinarios de intervención administrativa en la actividad ciudadana, atendiendo al artículo 84.1.c de la LRBRL, han comenzado a ser tema de discusión en nuestros tribunales del orden contencioso-administrativo. En concreto, en el presente trabajo hemos podido analizar diversas resoluciones judiciales para concluir que la presentación de este tipo de documentos no sólo supone el inicio de efectos o de la posi-

---

(68) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 138/2011, de 25 de febrero, Fundamento Jurídico 6.º.

(69) Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. 649/2019, de 1 de julio, Fundamento Jurídico 3.º: «lo que no cabe es traspasar la relación de supuesto a suspender como si nos hallásemos ante un «numerus apertus» o que se pudiera obstar la doctrina establecida con otras interpretaciones forzadas al respecto».

bilidad de comenzar la actuación comunicada o declarada desde ese mismo momento, sino también el inicio del control *ex post* de la Administración correspondiente. No se prejuzga con ello el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de la persona promotora de dicha actuación, ni se limitan las potestades administrativas de comprobación, control, inspección e, incluso, llegado el caso, de sanción; de manera que únicamente se exigirá resolución municipal cuando se considere no correcto lo comunicado o declarado. Si no se ajusta la actividad ciudadana al ordenamiento jurídico por una inexactitud, falsedad u omisión no esencial, se requerirá la presentación de documentación o su adaptación, según cada supuesto, pudiendo paralizarse dicha actuación o, incluso, restituir la situación jurídica al momento previo a su inicio. En caso de que el *desajuste* detectado (inexactitud, falsedad u omisión) sea de carácter esencial, la Administración competente prohibirá la obra o actividad objeto de comunicación o declaración responsable, previo trámite de audiencia a la persona promotora.

Para poder realizar este control la jurisprudencia exige que quien promueva la actuación comunicada o declarada detalle los requisitos exigidos por la normativa aplicable y los recoja de manera expresa, clara y precisa; pero, además, también recomienda que reglamentariamente se fijen y establezcan los elementos de la comunicación o declaración responsable que tengan el citado carácter esencial. Debemos decir que la primera de estas cuestiones, en un momento temporal como el actual con abundancia de normas sectoriales aprobadas por las distintas Administraciones territoriales competentes, resulta de gran complejidad, con lo que la responsabilidad que asume la ciudadanía promotora que presenta este tipo de documentos resulta ser de gran tamaño. Respecto al segundo supuesto, en caso de falta de su definición normativa, echamos en falta una concreción jurisprudencial que nos permita compilar los elementos con carácter esencial o no en caso de su inexactitud, falsedad u omisión.

Por otra parte, la Administración a la que le atribuye competencias el ordenamiento sectorial aplicable en cada caso según la actuación ciudadana promovida, obviamente, también puede inspeccionar actividades para las que no se ha presentado comunicación o declaración responsable alguna. En su caso, si no ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la acción de restauración de la legalidad urbanística correspondiente, requerirá a la persona responsable la legalización de las obras/actuaciones realizadas que hubieran precisado la presentación de este tipo de documentos, ordenando cautelarmente su paralización o cese. Como es lógico, este cese o paralización cautelar deberá motivarse de forma suficiente, respetando el principio de proporcionalidad y previa ponderación de todos los intereses en juego; no cabrá oponer por la persona promotora la apariencia de buen Derecho de su actividad clandestina, ni la posible tolerancia municipal, entre otros argumentos.

Por último, urge el nacimiento de una jurisprudencia que clarifique pacíficamente la posibilidad o no del instituto de la caducidad en el caso de declaraciones responsables o comunicaciones presentadas en su momento, pero respecto de las que ya habría finalizado el plazo de validez fijado por la normativa sectorial. A modo de ejemplo, esto habitualmente sucede cuando estamos ante obras sujetas a uno de estos regímenes de intervención aquí citados ya que la normativa suele detallar un plazo específico para su finalización.

#### IV. Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, Concepción, *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2017.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi Thompson Reuters, Cizur menor, 2013.
- DORRONSORO ALBERDI, María y RODRÍGUEZ DE LA RÚA PUIG, Juan, «Comunicaciones previas y declaraciones responsables como técnicas de intervención administrativa», en *Actualidad Administrativa 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 47-66.
- ESTEVE PARDO, José, «La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización», en *RVAP*, núm. 99-100, 2014, págs. 1231-1239.
- ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia, «El control de la actividad ciudadana por la administración local: licencias, declaraciones responsables y comunicaciones», en *Actualidad Administrativa 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 151-178.
- GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia e IÑARRA GARCÍA, Izaskun, «Ordenación e instrucción de procedimientos administrativos», en *Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2019, págs. 471-509.
- GAVIEIRO GONZÁLEZ, Sonia, «Análisis de la jurisprudencia sobre las Comunicaciones Previas y Declaraciones Responsables de actividades comerciales o de servicios», en *RAP*, núm. 205, 2018, págs. 195-220.
- GIFREU FONT, Judith, «La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: la Ley de garantía de la unidad de mercado», en *RVAP*, núm. 98, 2014, págs. 169-213.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «Formas de la actividad administrativa», en *Lecciones de derecho administrativo con ejemplos*, Tecnos, Madrid, 2014.

- GRACIA HERRERO, Francisco Javier, «El uso de las Declaraciones Responsables para simular el cumplimiento de la legalidad urbanística», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, 2018, págs. 86-89.
- LINDE PANIAGUA, Enrique, «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, págs. 83-101.
- MORA RUIZ, Manuela, «Principios de intervención de las Administraciones Públicas y títulos habilitantes para el desarrollo de una actividad», en *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del sector público*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XIV, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- PENSADO SEIJAS, Alberto, «Diversas cuestiones prácticas sobre el nuevo Reglamento de la Ley del Suelo de Galicia y el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos», en *Práctica Urbanística*, núm. 145, 2017.
- REBOLLO PUIG, Manuel, «De las licencias urbanísticas a las declaraciones responsables», en *REALA*, núm. 11, 2019, págs. 6-28.
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola, «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local», en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.
- ROSELLÓ VILA, Andrea, *Las licencias urbanísticas en el ámbito municipal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SOCIAS CAMACHO, Joana María, «El nuevo modelo de intervención administrativa en el ámbito local», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, págs. 207-240.
- TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, «La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 23, 2010, págs. 61-77.





## ¿A quién afecta el descrédito, sobre todo?

Who is affected by the discredit, above all?

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

UPV/EHU

juan.igartua@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.06>

**LABURPENA:** Auzitegi Gorenaren 3. Salak BJKNk izendapen diskrezionalen gainean egindako kontrolak kritika ugari eragin ditu XXI. mende honetako bi hamarkadetan, kaltetuen eta doktrina-sektore batzuen partetik. Baina, azkenaldian, aipatutako Salako magistratuen artean ere gertatzen dira desadostasunak. Ikuspuntu horretatik, pentsa liteke hemen aipatutako epaia enegarren desadostasuna dela, horrelako ebazpen bat ebazten duten magistratuen (oraingoa Seigarren Sekziokoak) arteko beste bat. Baina bada zerbait garrantzitsuagoa eta larriagoa. Larriena ez da ebazpena gehiengo estuz eman izana (3-2), baizik eta zer argudio erabili duen gehiengo txiki horrek ebazpena justifikatzeko; izan ere, inoiz ez dira hain baxu erori.

**HITZ GAKOAK:** Diskrezionalitatea eta hautaketa-irizpideak. Merezimenduak baloratzea eta balorazioak justifikatzea. Baterako balorazio arrazoitua. Balorazio selektiboa eta tratu-berdintasuna. Konparaziozko judizioa konparazioarekin eta justifikazioarekin. Erabaki arrazoitu baten elementuak.

**ABSTRACT:** The review of discretionary appointments made by the General Council of the Judiciary operated by the Third Chamber of the Supreme Court has been generating for the last decades of this XXI Century hefty criticism from those directly concerned and from certain doctrinal sectors. But, in recent times, disagreements among the same judges of the aforementioned Chamber are occurring rather often. From that point of view, one might think that the judgment here discussed just shows an umpteenth disagreement among the judges (this time of the sixth section) who solved an appeal of this kind. But there is something else more important and particularly serious. And it is not the tight decision three to two of the ruling but the unusual argumentation (it had never before sank any lower) used by the narrow majority in order to justify it.

**KEYWORDS:** Discretionality and selection criteria. Assess merits and justify assessments. Joint reasoned assessment. Selective assessment and equal treatment. Comparative judgement with comparison and justification. Elements for a reasoned decision.

**RESUMEN:** El control de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS sobre los nombramientos discrecionales efectuados por el CGPJ viene suscitando, en las dos décadas de este siglo XXI, cuantiosas críticas provenientes de los afectados y de ciertos sectores doctrinales. Pero, en los últimos tiempos, los desacuerdos menudean entre los propios magistrados de la Sala mencionada. Desde ese punto de vista, se podría pensar que la sentencia aquí comentada sólo mostraría un enésimo desencuentro entre los magistrados (esta vez, de la Sección Sexta) que resuelven un recurso de esa naturaleza. Pero hay algo más importante y de particular gravedad. No es el apretado 3 a 2 de la resolución sino la insólita argumentación (nunca había caído tan bajo) con la que tan exigua mayoría ha pretendido justificarla.

**PALABRAS CLAVE:** Discrecionalidad y criterios de selección. Valorar méritos y justificar valoraciones. Valoración conjunta razonada. Valoración selectiva e igualdad de trato. Juicio comparativo con comparación y justificación. Elementos de una decisión motivada.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. Introducción.—II. El acuerdo del CGPJ.—III. El fundamento de la controversia.—IV. Puntualizaciones sobre los elementos a valorar.—V. El valor de la «antigüedad» en discusión.—VI. Valorar los méritos y justificar las valoraciones.—VII. ¿A quién corresponde valorar los méritos?—VIII. Una valoración «conjunta» y/o «selectiva».—IX. La indispensable valoración «comparativa».—X. Una motivación fallida.—XI. Referencias bibliográficas.

## I. Introducción

1. Una sonada resolución de la Sala 3.<sup>a</sup> (STS 737/2020) ha vuelto a remover las ya de por sí agitadas aguas de los nombramientos discrecionales a cargo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (1).

Estaba en liza, esta vez, la cobertura de una vacante de Magistrado en la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo, para la que había sido propuesto (y nombrado después) el candidato don Dimitry, con el respaldo de 9 votos (sobre un total de 21) en el correspondiente Pleno del CGPJ.

Impugnado el Real Decreto de nombramiento (y también el previo e indispensable acuerdo del Pleno) por uno de los solicitantes preteridos, don Jesús M.<sup>a</sup>, el examen del recurso recayó en la Sección Sexta de la Sala 3.<sup>a</sup> (compuesta por cinco Magistrados, los señores: Díez-Picazo —Presidente de la Sala 3.<sup>a</sup>—, Rodríguez-Zapata, Menéndez, Maurandi y Espín). La ponencia, asignada inicialmente al señor Maurandi, fue asumida al final por el señor Rodríguez-Zapata por disconformidad del primero con el sentido del fallo (circunstancia que, contra lo acostumbrado, no provocó sin embargo la esperada avocación al Pleno de la Sala). La sentencia resultante se saldó con la desestimación del recurso por un apretado 3 a 2 (con un voto particular formulado por el señor Maurandi al cual se adhirió el señor Menéndez).

2. Precisamente, en el aludido voto particular (VP) —creo que comparable de punta a cabo— hay sin embargo una consideración que pide ser complementada; ésta que dice: «La actuación que sobre nombramientos judiciales discrecionales ha seguido el Consejo General del Poder Judicial es una de las cuestiones que más polémica social ha suscitado en torno a dicho órgano constitucional, y es uno de los principales factores de la deslegitimación que ante la opinión pública ha presentado nuestro sistema judicial»; y así «lo evidencia alguno de los informes que fueron emitidos a principios de la actual década por el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)» (pág. 26).

---

(1) De «Cisma en la (Sala de lo) Contencioso Administrativo» hablaba al respecto el «amarillista» *Confilegal* el 24 de febrero de este año 2020.

En este *monitum*, no obstante, se pasa por alto la incidencia de un factor —nada casual ni ocasional— que explica el descrédito que, sobre este particular, aflige al CGPJ; cual es: el complaciente *laissez-faire* de la propia Sala 3.<sup>a</sup> que se manifiesta en una larguísima ristra de resoluciones que, penosamente argumentadas la mayoría, han terminado convalidando (a la primera, a la segunda, incluso a la tercera) acuerdos del CGPJ indefendibles *prima facie* (y *secunda facie* también). Cárguese pues en el *debe* de la Sala 3.<sup>a</sup> la parte de responsabilidad que le toca en tan lastimosa imagen de nuestro Consejo.

Y lo más importante: sin olvidar que es la suya propia —la imagen de la Sala— la directamente afectada por el desdoro; el cual no se produce por *pasiva* (como mero reflejo de una censurable actuación del órgano *controlado*) sino fundamentalmente por *activa* (en cuanto consecuencia intrínseca de un calamitoso *control* a cargo de la Sala misma).

Por ello, del discurso entero del VP me interesa ahora enfatizar su reproche no al CGPJ sino a la sentencia mayoritaria por cuanto ésta —según parece— «efectúa un análisis muy incompleto, como también tributario en exceso de planteamientos de puro nominalismo legalista» (p.23)(2). Censura de hondo calado; puesto que, lejos de detenerse en detalles de apreciación doctrinal opinable, implica una descalificación global no sólo de la sentencia (por muy incompleta), también de la desnutrida cultura jurídico-procesal (nominalista-legalista) que ésta deja traslucir (y que es, en definitiva, la de la mayoría de ese concreto Tribunal). Tal indigencia cultural, cuyo señalamiento se deja caer de pasada en el VP, se torna crónica si pasa inadvertida para quien la padece —como suele(3)— y por eso pesa más que los conscientes pero coyunturales «cabildeos» (4) que hoy (quizás mañana no) corrompen —según el GRECO— significativos nombramientos del Consejo.

Por tanto, no voy a centrarme en el acuerdo del Consejo, o sea en analizar si éste *hizo* algo que estuvo *mal* (hecho), sino en discutir la sentencia de la Sala donde ésta *dijo* que estaba *bien* (justificado) el controvertido acuerdo del Consejo.

(2) O también: «La sentencia mayoritaria se sitúa en un abstracto y formal legalismo que es contrario al esquema axiológico y conceptual que el constituyente asumió en materia jurídica» (pág. 25). Reprobación sustancialmente coincidente, y no por casualidad, con la expresada por un magistrado emérito de la Sala 2.<sup>a</sup> quien descalifica la sentencia por «su hiperformalismo vacío y su extremada pobreza argumental, (que) se agota en un voluntarioso ejercicio de justificación» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos: ¿discrecionalidad o *libertinaje*?», ahora en la sección «Apuntes» de la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2020, núm. 98; pág. 147).

(3) Y así lo ha puesto oportunamente de relieve EZQUIAGA GANUZAS, F.J., «Del formalismo a la argumentación: la formación judicial en el Estado constitucional», en *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Sobre las buenas prácticas para la impartición de la justicia*, Instituto de Justicia Federal, México, 2018.

(4) En expresión de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 147.

Para ello, y en contra de una avariciosa práctica prevalente (pues, curiosamente, en las sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> no se estila transcribir en su totalidad y al pie de la letra el texto del acuerdo devenido en objeto del contencioso), comenzaré justamente por ahí.

## II. El acuerdo del CGPJ

Se comprobará al final —eso espero— que no ha sido dispendioso copiar *in extenso* la kilométrica redacción del acuerdo que el Pleno del CGPJ adoptara en su sesión de 24 de julio de 2018; si no es más, porque permite visualizar cuál es la *estructura* de la motivación con que el Consejo suele acompañar esa clase de nombramientos (es decir: primero, se reconoce la excelencia de todos los candidatos propuestos, sin ningún tipo de distinción ni de justificación; luego, se enumeran los méritos y capacidades del candidato elegido, exclusivamente los suyos; para finalmente concluir que éste, de conformidad con una valoración conjunta —sólo mencionada pero no descrita— de los méritos y capacidad referidos, resulta tener méritos que en ningún otro candidato concurren conjuntamente). ¡Asombroso!

Pues, precisamente, para que la certeza desplace a la incredulidad de quien esto lea, ahí adjunto la muestra(5) (tal cual aparece escrita en el Acta de los Acuerdos adoptados por el CGPJ en aquel Pleno).

«Examinada y debatida la propuesta de la Comisión Permanente (1.1.1. de la sesión de 17 de julio de 2018), para la provisión de una plaza de magistrado/a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo correspondiente al turno de especialistas, previsto en los artículos 343 y 344 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vacante por jubilación de Manuel Vicente Garzón Herrero, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial acuerda promover a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo a Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda, magistrado, especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, destinado en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y actualmente en la situación administrativa de servicios especiales como director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

---

(5) Que, como ya he dicho, no es *rara avis*. Algún otro ejemplo, del que se calca el de ahora, puede verse en el comentario que, publicado en esta misma revista, titulé «La motivación en los nombramientos para magistrados por el 5.º turno», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, núm. 113.

El presente nombramiento se fundamenta en los méritos y en la capacidad del candidato nombrado. Sin dejar de reconocer la valía profesional y la excelencia de los restantes candidatos de la propuesta, la trayectoria profesional de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita sobradamente su aptitud e idoneidad para ser promovido a la máxima categoría de magistrado del Tribunal Supremo.

El candidato designado ingresó en la Carrera Judicial en el año 1996, y tras servir en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Villena (Alicante) y número 3 de Xátiva (Valencia), superó en 1999 las pruebas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pasando a formar parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hasta la actualidad.

En el año 2007 fue nombrado Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo), adscrito al Abogado General español, función que desempeñó hasta 2010.

Tras regresar a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el año 2014 fue nombrado Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, responsabilidad que asume actualmente.

En la designación del candidato nombrado, el Pleno ha valorado, de manera muy especial, el alto grado de conocimiento y experiencia en las materias propias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, adquiridos a lo largo de su trayectoria profesional mediante el ejercicio de la jurisdicción.

Así lo revela la alta calidad técnica de algunas conocidas resoluciones de las que ha sido ponente, en los ámbitos tributario (como la cuestión prejudicial relativa al denominado «céntimo sanitario», que ha permitido que miles de afectados vean restablecida su situación jurídica vulnerada por la infracción del derecho de la Unión Europea, o las sentencias sobre el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales), urbanístico (como las sentencias relativas al Plan General de Lérida, sobre los límites del *ius variandi* o a la garantía de la autonomía local) o en el contexto del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (como la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que permitió delimitar «régimen local» y «régimen electoral general» a los efectos del acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos, artículo 23.2 CE), resoluciones demostrativas

de su cualificada preparación técnica y de su excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha estado adscrito a sus secciones 4.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 1.<sup>a</sup>, lo que testimonia su amplia experiencia jurisdiccional sobre diversos aspectos del derecho administrativo, derivada del enjuiciamiento de recursos contenciosos en materias tales como función pública (como magistrado de su sección 4.<sup>a</sup>), procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, urbanismo, medio ambiente, expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, trabajo/sanidad/seguridad social (como magistrado de su sección 2.<sup>a</sup>) y derecho tributario estatal, autonómico y local (como magistrado de su sección 1.<sup>a</sup>).

Especialmente destacable es que algunas de estas materias, únicamente tras la reforma de 2015 del recurso de casación, han visto abierta la vía de acceso a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, en este momento, hace altamente conveniente la incorporación al Tribunal Supremo de magistrados con sólidos conocimientos prácticos sobre algunas de las materias que trasciendan el régimen de la casación anterior a 2015.

Desde la perspectiva de la experiencia jurisdiccional, Dimi-try Teodoro Berberoff Ayuda acredita haber dictado más de 3.300 sentencias, lo que supone una ratio de sentencias por año en activo de las más altas entre los distintos candidatos incluidos en la propuesta e, incluso superior —en términos totales—, a la que candidatos con mayor antigüedad en la carrera judicial, acreditan haber dictado.

Su experiencia jurisdiccional es también expresiva de un conocimiento práctico de la técnica casacional al haber formado parte, durante los años 2002, 2003 y 2004, de la sección de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Destaca, asimismo, la proyección que sobre la jurisdicción contencioso-administrativa ha proyectado su conocimiento práctico del derecho de la Unión Europea, tras el desempeño de su cargo como letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, desde el 17 de septiembre de 2007 al 18 de octubre de 2010, asistiendo en su labor jurisdiccional al Abogado General español.

En este sentido, el Pleno no solo valora el específico desempeño de sus funciones como letrado en el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea sino, además y muy destacadamente, la circunstancia de que sus conocimientos y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea hayan tenido una proyección objetiva y constatable sobre su labor en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En efecto, por un lado, su conocimiento práctico del derecho de la Unión aparece reflejado en varias resoluciones en las que ha intervenido como ponente en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, tanto a la hora de plantear cuestiones prejudiciales (por ejemplo, la ya citada, sobre el «céntimo sanitario») como también para descartar una eventual remisión prejudicial, como acredita la memoria presentada sobre sus resoluciones judiciales.

Por otro lado, esa proyección práctica sobre la jurisdicción contenciosa de sus conocimientos sobre el derecho de la Unión se manifiesta también por la incorporación de Dimi-try Teodoro Berberoff Ayuda, en marzo de 2012, a la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) del Consejo General del Poder Judicial, en la división administrativa y fiscal, lo que le ha llevado a compartir su experiencia con quienes se encuentran destinados en la jurisdicción contencioso-administrativa, como acreditan las memorias anuales presentadas y remitidas al servicio de relaciones internacionales.

Junto con lo anterior, el Pleno del CGPJ ha valorado, además, el excelente trabajo que el candidato nombrado ha realizado como Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, debiéndose constatar que para cuyo desempeño, el artículo 61 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige acreditar los mismos requisitos que para acceder a la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo. En este sentido, el actual CGPJ y todos los anteriores han valorado como mérito destacable para promocionar a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo el desempeño de la dirección de su Gabinete Técnico, como lo demuestra el hecho de que todos los magistrados que lo han precedido en el cargo de director del Gabinete Técnico, desde su constitución por Real Decreto 489/1985, de 2 de abril, hayan alcanzado, sin excepción, la condición de magistrados del Tribunal Supremo.

Cabe destacar que su responsabilidad al frente del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo le ha permitido alcanzar un global y exhaustivo conocimiento de la mecánica y metodología del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, que



entró en vigor el 22 de julio de 2016, esto es, coetáneamente al desempeño de su función como Director del Gabinete Técnico, destacando la colaboración prestada por Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda, para la puesta en funcionamiento de la nueva casación.

Además, en su condición de Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ha desarrollado un papel muy relevante en la dirección efectiva de la asistencia a sus Magistrados en la tramitación de procedimientos y en la preparación de resoluciones jurisdiccionales, habiendo coordinado los trabajos de elaboración anual de la Crónica de jurisprudencia del Tribunal Supremo y el análisis y supervisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para su publicación por el CENDOJ.

También ha impulsado el análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como su difusión mensual entre todos los magistrados del Tribunal Supremo y los letrados del Gabinete Técnico.

En su condición de Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo ha asumido la coordinación de las respuestas e informes exigidos por las herramientas fórum y jurifast, de la Asociación de Cortes Administrativas Supremas (ACA), a la que se encuentra integrada la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Asimismo, tras la incorporación del Tribunal Supremo a la denominada Réseau Judiciaire de l'Union européenne creada y gestionada por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en 2017, ha desarrollado funciones de enlace que garantizan una interacción y reciprocidad en el tratamiento y difusión de la información a nivel supranacional.

Adicionalmente, ha llevado a cabo una destacable labor docente, científica y divulgativa participando como ponente en decenas de cursos, congresos y seminarios jurídicos sobre derecho administrativo y procesal contencioso-administrativo, resultando especialmente reseñables sus numerosas ponencias sobre el nuevo recurso de casación, así como aquellas en las que el candidato nombrado pone al servicio de la jurisdicción contencioso-administrativa su conocimiento práctico y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea, especialmente, en los ámbitos de la fiscalidad, de la contratación pública o de la tutela ambiental, o en sucesivas ediciones de actividades de formación del CGPJ como el *Curso Virtual*

*del Derecho de la Unión Europea o el Curso de Aplicación del Derecho Comunitario Europeo.*

Autor de numerosas publicaciones, destaca el libro del que es coautor «Fundamentos dogmáticos de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia» (Dimitry Berberoff Ayuda y Francisco José Sospedra Navas. CGPJ y Fundación Wellington. 2006), así como su participación en revistas jurídicas y numerosas obras colectivas, entre otras recientes, *La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo* en «Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Aranzadi. 2017), o la autoría del prólogo del libro «Las políticas de la Unión Europea en el siglo. XXI». Ed. Bosch, 2016 y 2017. Marta Ortega Gómez (1.ª y 2.ª Ed.)

En el plano de su actividad docente ha sido profesor asociado del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña y profesor en el máster de la Abogacía organizado por el Centro Universitario Cardenal Cisneros adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

Asimismo, ha sido profesor invitado en el Master en Diplomacia y Función Pública Internacional organizado en Barcelona por CEI International Affairs y en el módulo Jean Monnet de la Universidad de Cantabria, destacando su asistencia al Steering Committee de ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law) para la elaboración del Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la UE, con expresa mención a su contribución en la publicación del CÓDIGO ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea. Madrid Instituto Nacional de Administración Pública, 2015 (Monografías).

Por la novedad del proyecto y por su específica proyección sobre el Tribunal Supremo, el Pleno valora destacadamente su participación en el Proyecto de la Comisión Europea JUST/2015/JACC/AG/QUAL/8484 y que ha dado lugar a la publicación *Best practice guide for managing Supreme Courts. Supreme Courts guarantee for effectiveness of judicial systems* que, en síntesis, constituye un manual de buenas prácticas sobre la adecuada gestión de los tribunales supremos, como garantía de eficacia del sistema judicial.

Ha sido vocal del Tribunal Calificador de las pruebas de especialización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo convocadas por Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 11 de mayo de 2017, y director del curso teóri-

co-práctico para la provisión de plazas de magistrado especialista en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo convocadas por acuerdo del Pleno del CGPJ de 20 de diciembre de 2012.

En definitiva, sin dejar de reconocer la indudable valía y cualificación de todos los candidatos, tanto los incluidos en la terna como los propuestos por los distintos vocales, el Pleno ha considerado que Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda reúne al mismo tiempo una serie de méritos que, si bien otros candidatos pueden acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente en ningún otro, resultando, en consecuencia, como el más idóneo y destacado para el desempeño de la plaza convocada:

Además de su ejercicio jurisdiccional en órganos colegiados, basado en la excelencia que revela la alta calidad técnica de las resoluciones aportadas en las que ha sido ponente, concurren en el designado, singularmente, el meritorio desempeño llevado a cabo durante más de cuatro años como Director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, y el conocimiento de la jurisprudencia y el funcionamiento del Tribunal que le ha proporcionado dicha condición, especialmente, el acreditado y destacado conocimiento del nuevo recurso de casación contencioso administrativo, a cuya correcta implementación y desarrollo ha contribuido, así como el específico desempeño de sus funciones como letrado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y muy destacadamente, la circunstancia de que sus conocimientos y experiencia sobre el derecho de la Unión Europea hayan tenido una proyección objetiva y constatable sobre su labor en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo lo expuesto hace de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda el magistrado más idóneo, de entre todos los solicitantes, para el desempeño de la plaza convocada».

### III. El fundamento de la controversia

1. Una vez reflejado hasta en sus pormenores el *objeto* controvertido, por lógica se impone ahora identificar el núcleo de la *controversia*; discusión que radica en si se respetó o no lo dispuesto en la base quinta de la convocatoria (atinente a los criterios de valoración) y donde textualmente se establecía que:

«Para la provisión de la plaza anunciada serán objeto de VALORACIÓN PREFERENTE los méritos reveladores del grado de excelencia alcanzado en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo serán OBJETO DE PONDERACIÓN el tiempo de servicio activo en la Carrera Judicial, el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el tiempo de servicio en órganos judiciales colegiados. Como MÉRITOS COMPLEMENTARIOS a los anteriores se tendrán en cuenta el ejercicio de profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales de análoga relevancia» (mayúsculas más).

2. En la impugnación se solicitaba que la Sala declare la «nulidad» del nombramiento efectuado; y «existiendo base para ello en las presentes actuaciones al tratarse de una potestad discrecional impropia que se ejerce con carácter de potestad reglada», declare igualmente que «la decisión ajustada a Derecho es la de promover a la categoría de Magistrado del TS (...) al Magistrado recurrente». Subsidiariamente y en defecto de lo anterior, que «se acuerde la retroacción de actuaciones para que el CGPJ decida lo que corresponda, respetando siempre lo resuelto en la Sentencia».

(Anticipadamente señalaré que el TS desestimó ambas pretensiones del recurrente, siendo la segunda la que centrará el análisis que sigue)

A. En el recurso se sostiene —narra la STS (Antecedente 3.º)— que «se han vulnerado los principios de igualdad, mérito y capacidad y el mandato de interdicción de arbitrariedad». También se critica el nombramiento «porque el CGPJ se atribuye un margen de apreciación tan amplio que alcanza a convertirse en una suerte de libre designación». Y a ese respecto —continúa la STS— el recurrente «en concreto aduce que el magistrado elegido NO SUPERA al recurrente en el *tiempo* de servicio activo en la *carrera judicial*, en el tiempo de ejercicio en órganos correspondientes al *orden jurisdiccional contencioso-administrativo* o en el de servicio en *órganos judiciales colegiados*» (mayúsculas (6) y cursivas (7) más).

(6) Uso las MAYÚSCULAS para llamar la atención sobre una inexactitud del TS. En el pasaje transcrito se dice que, según la demanda, el magistrado nombrado «no supera» al recurrente en tales o cuales méritos. Sin embargo, más adelante se afirmará que el recurrente sostiene que «es superior» al nombrado en lo referido a esos méritos. Y no se está diciendo lo mismo aunque con distintas palabras; porque para no ser superado basta una *paridad* de méritos y, sin embargo, el recurrente no ha alegado que tiene *tantos* méritos como el nombrado sino *muchos más*.

(7) Con las *cursivas* persigo destacar una omisión en la que después seguirá incurriendo el Tribunal. En la demanda, y con fundamento en la base quinta de la convocatoria, se aduce —como se ve— que el recurrente supera al magistrado nombrado en *tres* modalidades de antigüedad; sin em-

En la pretensión del recurrente —continúa la STS— por reafirmar que «el magistrado elegido ostenta objetivamente menos méritos» que los suyos, y aun reconociendo «una alta calidad técnica» en aquél, sin embargo contraponen en su favor que él «ha sido ponente en la Audiencia Nacional de sentencias que son habitualmente citadas por la doctrina y han sido objeto de estudios en publicaciones especializadas» (y «otro tanto cabe con sus votos particulares»). Y aun declinando «entrar en el detalle de su bibliografía, cursos y actividad docente» por constar ya en el expediente administrativo, «considera que la comparación es abrumadora y claramente favorable» para sí.

B. En segundo lugar, y en evidente conexión con lo ya expuesto, el recurrente —continúa el TS— achaca «falta de motivación al acuerdo que impugna, porque omite cualquier comparación de los méritos objetivos e individualizados de otros candidatos presentados» (de hecho «el seleccionado es el último en el escalafón de los magistrados aspirantes —el 22 entre 22— y tan sólo se encuentra por delante de uno en su condición de magistrado especialista»; y «otro tanto aduce respecto de los años de experiencia en la jurisdicción y en órganos colegiados», sin que el acuerdo del CGPJ ofrezca «el más mínimo contraste curricular con los demás candidatos»). Por lo que el recurrente «cree que esta ausencia de valoración de los méritos de los demás Magistrados que compiten a la plaza arroja una sospecha de arbitrariedad y subraya que los medios adelantaron el nombramiento de quien iba a resultar elegido antes de que se votara la decisión por el Pleno»; de donde «concluye que el CGPJ debe volver a razonar su propuesta explicando las razones que llevan a su decisión».

#### IV. Puntualizaciones sobre los elementos a valorar

Me será oportuno solicitar una pausa aclaratoria para, antes de entrar en la contienda, desembarar de posibles equívocos algunos puntos que obstaculizan el itinerario a seguir.

1. Transcribí, en el apartado anterior, la base quinta de la convocatoria para la provisión de la plaza y que establecía las tres clases de méritos a valorar, ordenadas además jerárquicamente: la primera sería objeto de *valoración preferente* (la referida al *grado de excelencia* alcanzado en el ejercicio de la función jurisdiccional); la segunda, objeto de *ponderación*

---

bargo, en los distintos FFD de la sentencia, el TS sistemáticamente omitirá mencionar una de ellas (tiempo en órganos jurisdiccionales colegiados). Tal vez no sea importante, pero apuntado queda.

(la atinente a los *tiempos* de servicio: en la carrera, en órganos correspondientes al mismo orden jurisdiccional de la plaza a proveer, en órganos judiciales colegiados); en la tercera se encuadraban los considerados como *méritos complementarios* a los anteriores ( es decir, profesiones o actividades jurídicas no jurisdiccionales). Habría, por tanto, tres clases de méritos de valor desigual y por este orden: los *prioritarios*, los *ordinarios* y los *complementarios*.

De modo que tal ordenación adquiere el estatus de un inicial *método reglado*, vinculante por tanto, aunque no determine del todo (ni mucho menos) la valoración de los méritos alegados por los distintos candidatos.

2. Alguna vacilación podría afectar al significado de la expresión «grado de excelencia», pese a que su desnuda literalidad deja presuponer que —dentro de la *excelencia*— existen *grados*. Ni una palabra al respecto en la STS que comento (y creo que en ninguna otra).

Sin embargo, en el FD 4.º de la de ahora, hay un remite a «la doctrina de esta Sala» (en concreto a la STS de 1/06/2012) que establece:

«una vez justificada que existe esa *cota de elevada profesionalidad* en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado» (cursivas mías).

Tómese nota de que estamos, entonces, ante dos maneras distintas de concebir el sentido del criterio valorativo de la «excelencia». Para entendernos mejor, recurriré al simil del alpinismo. Está la *cota* de los ocho mil, superada hasta por 14 picos; pero, entre los 14 ochomiles, algunos son más altos que otros, unos de escalada más difícil que otros, unos más peligrosos que otros, unos ascendidos con ayuda de oxígeno y otros a pleno pulmón, etcétera. ¿Debe contar todo ello o vale hacer tabla rasa de cuantas diferencias haya una vez que el montañero alcanza una cima de ocho mil metros?

Volviendo a lo nuestro: ¿a qué se refiere la base quinta de la convocatoria? ¿al «*grado de excelencia*» que determinará comparativamente quién es más excelente entre los candidatos o bien a una «*cota de elevada profesionalidad*» superable —sin necesidad de comparación— con bastante normalidad por varios candidatos y, por tanto, criterio en definitiva inoperante a la hora de elegir entre estos últimos?

3. ¿A qué carta jugar? El CGPJ juega a la segunda. Parece que el TS a las dos, según convenga (y en una misma STS, como en la presente).

A. Ya en los primeros renglones del Acuerdo del CGPJ se anunciaba el nombramiento de don Dmitry «sin dejar de reconocer la valía profesional y la excelencia de los restantes candidatos de la propuesta». El CGPJ no dedicaba siquiera una línea a ocuparse de si don Dmitry era o no el más excelente «en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional». De entrada, pues, todos los candidatos propuestos eran excelentes. Ocurrir sin embargo —como dirá el Acuerdo al final— que pese a «la indudable valía y cualificación de todos los candidatos, tanto los incluidos en la terna como los propuestos por los distintos vocales, el Pleno ha considerado que Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda reúne al mismo tiempo una serie de méritos que, si bien otros candidatos pueden acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente en ningún otro».

Nada dice el Acuerdo sobre la incidencia (no parece que tuviera alguna) del prioritario criterio de la «excelencia en el estricto ejercicio de la jurisdicción» como factor de discriminación entre las candidaturas que el Pleno consideró. La razón del nombramiento residía finalmente en una «serie de méritos» que «al mismo tiempo» (luego eran otros distintos) reunía don Dmitry y que sólo en él «concurrían conjuntamente».

Esta opción por interpretar la «excelencia» en clave de *cota* (evaluable en términos de «todo o nada», se tiene o no se tiene) y no en clave de *grado* (formulable en términos de «más o menos») le reporta al CGPJ evidentes ventajas. Como las siguientes:

- a) El ahorro de complicaciones y de bagaje jurídico (del que —a lo peor— no todos los miembros del Consejo están provistos, si bien votan todos) que inevitablemente se precisa para determinar cuál, de entre candidaturas tan altamente cualificadas, es la más excelente.
- b) Súmese a ello que, no existiendo ninguna convención (a diferencia de los «ochomiles») que marca el umbral desde donde comienza la *cota* de la «excelencia», se presume que compete a la discrecionalidad del Consejo estimar (y sin argumentar) que tal o cual candidato ha superado una supuesta cota de profesionalidad (8).

---

(8) Hasta el extremo de que p.ej. —como así sucedió en otra ocasión— estando en liza la presidencia de un Tribunal Superior, el aspirante nombrado jamás hubiera participado con anterioridad en ningún órgano jurisdiccional colegiado frente a una oponente con 20 años de ejercicio en tribunales colegiados. A juicio del CGPJ, ambos habían superado la cota de profesionalidad exigible. Y con eso bastaba para igualarlos a ese respecto. Caso del que me ocupé en mi comentario «¿"Avasalla" la Sala 3.ª del Tribunal Supremo al Consejo General del Poder Judicial? (De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, núm. 106.

- c) Encima, se soslaya el —por muchos motivos— engorroso trámite de la comparación, que en principio limitaría mucho la libertad del Consejo. La «excelencia» se tiene o no se tiene, sin necesidad de medirse con los del derredor. Sobra la comparación, por tanto.
- d) Una vez reconocida la cota de la «excelencia» a todos los contendientes, la «excelencia» jurisdiccional —que era el criterio preferente para proceder a la elección— acaba desactivada. En el trance decisivo ya no servirá para nada. Lo cual deja al CGPJ con las manos más libres todavía (9).

B. Nuestro Tribunal, como se ha visto párrafos atrás, rinde homenaje al planteamiento del CGPJ cuando reconoce que éste, una vez apreciada «esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos», «en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos» y «acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de la profesionalidad quién es el que finalmente debe ser nombrado» (FD 4.º, citando una STS de 01/06/2012).

Pero tropieza con un escollo imprevisto. Porque, neutralizada la eficacia discriminatoria del criterio preeminente (que es el de la «excelencia» en el ejercicio de la jurisdicción), es preciso entonces ensayar la aplicación de algún otro criterio. Y, tirando de lista (elemento reglado en la base quinta de la convocatoria y, previamente, en el art. 5 del Reglamento 1/2010), ¿cuál es el siguiente? El de *más tiempo* de servicio activo (en la carrera judicial, en órganos contencioso-administrativos y en órganos judiciales colegiados). Y sobre eso, precisamente, pone el acento el discurso del recurrente.

Y ¿cómo responde esta vez el TS? Achacando a la demanda haber incurrido en el error de interpretar la base quinta de la convocatoria «pretiriendo su primer inciso (que es un apartado independiente y distinto en el art. 5 del Reglamento 1/2010, bajo el número 1) y que se refiere a la existencia de “méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional”» y de haberlos confundido «en una valoración singular, con méritos que la base de la convocatoria considera en segundo lugar» (FD 3.º). Saldré al paso del TS.

Primero, ¿qué otra solución cabe si el propio Acuerdo del CGPJ consiste de marcar diferencias en los «méritos reveladores del grado de excelencia» que nutren los *curricula* de todos los candidatos propuestos,

(9) O dicho de otro modo: «a partir de un umbral de profesionalidad que el propio Consejo fija a grosso modo se abre para él un relajado y cómodo espacio de *discrecionalidad-libertad* en el que moverse a su antojo» (ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 147).



por cuanto en todos reconoce el CGPJ que concurre —sin ninguna distinción— la «excelencia» jurisdiccional?

Segundo, el razonamiento del demandante nada *confunde*; ya que no altera la prelación de los méritos desplazando a los méritos que en primer lugar debieran figurar a favor de los catalogados en segundo lugar (pues la fuerza discriminatoria de los primeros ha quedado ya amortizada por obra y gracia del propio CGPJ), ni mezcla unos con otros (puesto que también «las resoluciones judiciales de especial relevancia y significativa calidad técnica», sobre las que insiste el recurrente, se inscriben entre los segundos méritos —no entre los primeros— a tenor de lo expresamente dispuesto en la letra *d*) del art. 5.2 del Reglamento —aunque la base quinta de la convocatoria no las mencione—. Por lo que, aunque vuelva a toparme con esta terca cantinela del Tribunal, de momento me olvidaré de ella.

Lo cual no impide que nuestro Tribunal, al margen y por encima de lo dicho, persista arremetiendo contra la pretensión de que la *antigüedad* se constituya en factor decisorio de un nombramiento discrecional. Y eso me obliga a reincorporarme al campo de batalla.

## V. El valor de la «antigüedad» en discusión

1. Comienza el TS depreciando los méritos atinentes al tiempo de servicio (en la carrera, en la jurisdicción contenciosa, en órganos colegiados) al decir de ellos «que, en la base quinta, se contemplan como meros *elementos de ponderación*» (FD 3.º) (cursivas en la STS).

¿*Meros* —los ha llamado—? ¿Son, acaso, elementos cualesquiera reueltos con otros del mismo pelaje en una indiferenciada *melée*? De ningún modo. Por lo pronto, ni en el Reglamento ni en la convocatoria de la plaza les acompaña la palabra «meros». Es más, aparecen *expresamente* identificados (y *únicamente* ellos). Y encima son de ponderación *obligada* («*serán* objeto de ponderación», no es lo mismo que «podrán ser ponderados»). Mucha importancia se les otorga para ser «meros» nada más.

2. Continúa la STS: «La demanda *destaca* entre ellos (“los meros elementos de ponderación”), y nos trae a colación, el mérito de los tiempos prestados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales» (cursivas mías).

Puntualicemos: la demanda no *destaca* (no selecciona) unos méritos (sólo los favorables) *entre* otros; *agota* todos los contemplados en la base correspondiente de la convocatoria.

3. Llega al colmo este remate de la STS: «Todo ello porque el recurrente sostiene que es superior, en su *valoración subjetiva de esos mé-*

*ritos*, a los que ostenta el señor Berberoff, esgrimiendo, en ese análisis comparativo, la posición preferente del demandante en el escalafón de la carrera judicial (número 78 del escalafón general y número 6 en el de especialistas) con el puesto inferior del señor Berberoff (escalafón general núm. 2078 y número 58 del de especialistas)» (cursivas mías).

Al margen de que el TS omite la referencia al también distinto tiempo de servicio en órganos colegiados (26 años de don Jesús M.<sup>a</sup> frente a los 12 de don Dimitry, si he calculado bien en mis pesquisas), se hace irreprimible preguntar: ¿qué tiene de *subjetivo* valorar que 37 años en la carrera son más que 21, que 26 años en tribunales de lo contencioso superan a los 12, y que otros 26 años en órganos judiciales colegiados suman más que los susodichos 12?

4. Es cierto que, tras tres párrafos dedicados a otras consideraciones y cuando esta cuestión parecía finiquitada, el Tribunal retornará a la misma objetando que la menor *antigüedad* de don Dimitry podría compensarse con su mayor *productividad*. Estas son sus palabras: «(...) sin dejar de apreciar, además, el resultado de la prueba practicada en autos en la que el señor Berberoff enerva, si necesario fuera, el valor que la demanda quiere atribuir a la antigüedad en el escalafón como valor esencial singular, al demostrar que en su periodo de ejercicio jurisdiccional, aunque sea más breve, ha dictado más sentencias que la parte demandante y que el recurrente ha desempeñado también funciones por las que no ha estado en la situación de servicio activo en la carrera judicial» (FD 3.º).

Objeción cuya primera parte, vista desde una perspectiva *sustancial*, bien merecería un examen (si bien aderezado con informaciones que faltan), pero no desde un punto de vista *formal* (al que tanto apego tiene —como luego se verá— nuestro Tribunal). En efecto, bajo la rúbrica de «elementos que serán ponderados» (de la convocatoria y del Reglamento) no existe la más mínima mención al *número* de sentencias dictadas (sí, y por tres veces, al *tiempo* de servicio); y si alguna alusión se hace a las sentencias —como acontece en el art. 5.2 d) del Reglamento— ésta se circunscribe a las que son de «especial relevancia y significativa calidad técnica». Cuenta la *calidad*, no la *cantidad*(10).

En lo que toca a la segunda parte de la objeción, bastará decir que una rotunda desestimación debe acompañarla. Porque los méritos referidos a destinos y trabajos no jurisdiccionales, que además no suelen ser impuestos ni de fuerza mayor sino libre y gozosamente asumidos, ya tienen

(10) No sabría interpretar hasta dónde es sintomático que en el *Anexo II (Relación de méritos)*, a cumplimentar por quienes aspiran a plazas del TS, no haya un espacio reservado a la productividad cuantitativa de resoluciones; de manera que quien desee consignarla deberá aprovechar el apartado destinado a la genérica «Información adicional».

un expreso acomodo y reconocimiento en el tercer apartado (el de los «méritos complementarios»).

5. La verdad es que el TS no pone especial empeño en esta porfía. Por la cuenta que le trae. Entrar a fondo en ella implicaría avalar un «razonamiento contrario a nuestra doctrina» —en expresión del mismo TS—.

Iré desgranando uno por uno los motivos (FD 3.º).

A. «Porque pretende imponer el principio, ajeno al Reglamento y a la base quinta de la convocatoria, de que el nombramiento se decida por antigüedad en el escalafón o el escalafón de especialistas» (11); y así «se alteraría el sentido de la base que parte, por el contrario, del principio fundamental (que por eso se destaca en el Reglamento en el artículo 5.1) del mérito consistente en el *grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional*» (cursivas en la STS).

- a) Sin necesidad de ninguna exploración, a simple vista resaltan las zonas débiles del motivo. Pues justamente, de conformidad con el Reglamento y la base quinta, *también* por «antigüedad» puede decidirse el nombramiento; aunque —de primeras— no *exclusiva* ni *principalmente* por ella. Pero cuando el primero de los criterios no resulta dirimente ¿qué otra alternativa cabe?
- b) Está, de otro lado, el equívoco de la expresión «principio fundamental». Una cosa es que sea principio fundamental la *preferencia* del «grado de excelencia» y otra distinta que el «grado de excelencia» sea el *criterio fundamental* para decidir un concreto nombramiento. Si fuera lo mismo, debería anularse el nombramiento de don Dimitry, puesto que el «grado de excelencia», lejos de ser *fundamental* (o sea: que sirviera de fundamento para decidirse por la candidatura de don Dimitry) quedó marginado por el Pleno casi desde los primeros compases. La lectura del Acuerdo del Pleno no deja lugar a dudas.

B. Abundando un poco en lo ya dicho, sigue explayándose el TS: «Si el criterio fuese el de estricta antigüedad, que defiende la demanda, estaríamos ante un ámbito casi reglado de competencias (...) en las que el Consejo tendría un margen muy escaso de apreciación. No estamos ante un concurso de méritos ni existe una baremación de los mismos. El único elemento reglado que se refiere a la antigüedad es el que establece la base 1.ª, que la parte recurrente no discute que se cumpla en el caso del

---

(11) Obsérvese que —según antes advertí— el TS vuelve a pasar por alto la antigüedad en órganos colegiados. Seguramente importa poco, pero dejo constancia de ello.

codemandado, y que, una vez cumplido, nos lleva al artículo 5, cuyo criterio esencial es el de los “méritos reveladores del grado de excelencia en el estricto ejercicio de la función jurisdiccional”. La demanda pretende imponer, en fin, un criterio, el de la antigüedad, al margen del artículo del Reglamento y de las bases».

- a) ¡Que no, que el criterio no es el de la *estricta* antigüedad! Sería más ajustado decir que la «antigüedad» funciona en la demanda como un criterio originariamente *segundón*, pero —tras quedar orillado el criterio de la «excelencia» jurisdiccional— convertido en *primero* y hasta *determinante* (por extenuación del anterior cabeza de lista).
- b) No es el recurrente quien persigue transformar en «ámbito casi reglado» un espacio naturalmente discrecional. Partió de la iniciativa del mismo CGPJ «condicionar» su propia «libertad de apreciación» mediante «unos límites», «especialmente el límite que representan los principios de mérito y capacidad» (como se lee en los párrafos introductorios del Reglamento). Y en cuanto proyección de esta «idea básica» (así la denomina el Reglamento), se disponen en el art. 5 cuáles habrán de ser los «Méritos para la provisión de plazas reservadas a los miembros de la Carrera Judicial». Y en esa relación de méritos, la «excelencia» jurisdiccional se constituye en criterio *preferente* (no en «criterio *esencial*», como dice la STS en formulación que se presta a evidentes equívocos), por tanto en *prevalente* hasta allí donde *alcance*. Algo similar (no igual del todo ¡atención!) al mundo del fútbol. El número de puntos conseguidos es, en una liga, el criterio preferente. Pero si dos equipos terminan el campeonato empatados a puntos, serán de aplicación escalonada otros criterios: el *average* particular, diferencia de goles a favor y en contra, etcétera. Al final, el ganador de la liga puede no tener más puntos que el segundo clasificado (tampoco menos, claro está). Por lo mismo que el finalmente nombrado por el CGPJ tampoco ha de tener necesariamente mayor excelencia jurisdiccional (tampoco menor) que los solicitantes preteridos (siguiendo la lógica y la práctica del CGPJ). En una competición, no es el mérito a priori *más importante* el que determina quién vence, sino el mérito que a posteriori *marca la diferencia*.
- c) Ahora bien, si introducimos el criterio de la antigüedad ¿no estamos, entonces, «ante un concurso de méritos» y con «una baremación de los mismos» —según recela el TS—? Francamente, estamos donde el CGPJ nos ha colocado. Si, acaso, cúlpese al Reglamento, no al demandante, de haber metamorfoseado un nombramiento discrecional en un concurso de méritos baremados.

Pero es que el Pleno tampoco se encuentra tan atado de pies y manos. De su discrecionalidad dependerá apreciar comparativamente (si así lo estima y razona) el *grado* de excelencia que acreditan los candidatos o contentarse con fijar una *cota* de excelencia (y a qué *altura* fijarla) para hacer una selección de los mejores y dar paso después a otros criterios; a su discrecionalidad se confiará igualmente ponderar si ha de ser indistinto o no el valor atribuible a la antigüedad en la carrera, en la especialidad y en órganos colegiados; o si valorar por igual o diversamente el tiempo de desempeño jurisdiccional en órganos de ámbito provincial, autonómico o estatal; como también proceder a una valoración individualizada de cada una de las tres temporalidades o valorarlas combinadamente; etcétera. Es decir, que haya o no baremación de méritos, y cuál sea ésta, quedará en manos de la discrecionalidad del Pleno. Y eso sin contar con la incidencia que, sobre las tres vertientes de la antigüedad —una por una o en conjunto—, pueda atribuirse a los méritos de la letra *d*) («resoluciones judiciales de especial relevancia y significativa calidad técnica») clasificados por el Reglamento en la misma escala que la antigüedad (es decir, también en su art. 5.2)

- d) En su indisimulado propósito por desfondar el criterio de la antigüedad, el TS se mete en la aventura de una afirmación precipitada y, a la postre, falsa. La que dice: «El único elemento reglado que se refiere a la antigüedad es el que establece la base 1.<sup>a</sup> (12), que la parte recurrente no discute que se cumpla en el caso del co-demandado». Evidentemente, esto no lo discute. Pero discute otra cosa. Porque el criterio de la antigüedad, como elemento reglado, comparece en dos escenarios distintos. El primero, y señalado por el TS (o sea el de la base 1.<sup>o</sup>), en el que la antigüedad (con un mínimo de 5 años de magistrado y 15 en la carrera) funciona como *requisito* para la *admisión* de candidaturas; el segundo (el de la base 5.<sup>a</sup>) en el que la antigüedad (una vez satisfechos los mínimos de admisión, obviamente) funciona como *mérito* de *ponderación* obligatoria, y con relevancia superior a la de los subordinados méritos *complementarios*. ¿Acaso no son aspectos vinculantes los recién señalados y, por tanto, reglados? ¿Por qué les niega el TS ese carácter?

Todo invita a pensar que asistimos a la segunda y definitiva fase de una operación de acoso y derribo mediante la cual el CGPJ (con la inestimable complicidad del TS) liquida la autolimitación, que tan enfática y

---

(12) Esto es: «haber prestado, al menos cinco años de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera Judicial» —Base 1.<sup>a</sup> b)—.

solemnemente él mismo se impusiera en su Reglamento, con la loable finalidad de velar por «los principios de método y capacidad». Primero fue —como vimos páginas atrás— dejando en clamoroso fuera de juego al preferente «grado de excelencia» en el ejercicio de la jurisdicción. Y ahora llega la puntilla, con el pretexto de que el criterio de «antigüedad» pervierte la naturaleza discrecional típica de esta clase de nombramientos; porque, de lo contrario, ¿en qué quedarían las «amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional» (FD 2.º)? ¡Por fin, de nuevo libres!

De la infantería de los «méritos complementarios» no hay por qué preocuparse; es tropa dócil y maleable.

Ahora sí que luce en toda su magnitud el botín conseguido: Es doctrina de esta Sala que «una vez justificada que existe esa *cota de elevada profesionalidad* (que tiene múltiples manifestaciones) en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad, puede efectivamente *ponderar una amplia variedad de elementos*, todos ellos legítimos, y *acoger cualquiera de ellos* para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad *quién* es el que finalmente *debe ser nombrado*» (FD 4.º, cursivas mías).

## VI. Valorar los méritos y justificar las valoraciones

1. Llegados aquí, la STS desplaza el foco de la discusión hacia otro terreno. La respuesta del TS se centra ahora, no en *qué méritos valorar*, sino en *cómo valorarlos* y, finalmente, en *cómo justificar esa valoración* (13). O —en términos de la STS— en «el segundo motivo de impugnación, que achaca al nombramiento un déficit de motivación» (FD 4.º),

Si bien debe adjuntarse una precisión al respecto. Porque, al margen de con qué palabras expresara su queja el recurrente (no las conozco de primera mano), el problema real a encarar no es el de si —como relata la STS— ha habido o no «*ausencia de motivación de los méritos de los candidatos no elegidos*» (FD 5.º, cursivas mías) (14), por la aplastante razón de que los *méritos* no se *motivan* (los *méritos* se *valoran* y, luego, se *justifica* la *valoración* de los méritos, que no es lo mismo). Corrección no dictada aquí por altanera petulancia sino por la necesidad de evitar la

(13) Aun siendo operaciones lógicamente diferentes *describir* cómo se valora y *justificar* por qué se valora así, ambas suelen ir trenzadas compartiendo el espacio que las resoluciones reservan a la *motivación*.

(14) Curiosamente, la STS también coloca esa misma formulación («*motivación de los méritos de los candidatos no elegidos*») en la contestación a la demanda por parte del Abogado del Estado (Antecedente de Hecho 6.º).

equivalencia entre «motivar» y «valorar», que se desliza varias veces en distintos pasajes (y por parlantes distintos) de esta misma STS.

2. Haré un alto para dejar anotada una observación bastante crítica del Tribunal que (pese a figurar en los albores del FD 1.º) bien pudiera tener —*ratione materiae* del actual art. 362.2 LOPJ (15)— alguna incidencia sobre lo que precisamente ahora toca considerar. En efecto, puntualiza la STS: «También es irrelevante la reforma del artículo 326.2 de la LOPJ producida por la Ley orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, a la que se refiere la demanda, que es inaplicable a este recurso como posterior en el tiempo». Es todo lo que da a conocer la Sala. Punto y aparte.

3. Y sin más preámbulos retomo el discurso de la STS allí donde lo dejé. Discurso que se reanuda con el recordatorio de que: «La doctrina de la sentencia del Pleno 1136/2017 sienta el criterio de que la *comparación aislada de méritos* no puede negar al Consejo una facultad razonable de *valoración del conjunto de todos ellos* o establecer la *preferencia* de uno o de *alguno* respecto de los demás» (FD 3.º, cursivas mías).

No conozco a nadie que disienta de esa postura doctrinal. Pero dejando bien atados algunos cabos. a) Primero, que «la razonable valoración de conjunto» (que completa «la comparación aislada de méritos») debe ser *explicitada* (mostrando conforme a qué método se procede en esa valoración conjunta) y —al igual que «la comparación aislada de méritos»— también *comparada* (con los méritos conjuntamente valorados de los otros candidatos). b) Segundo, que si se otorga preferencia a algún mérito particularizado, éste deberá ser explícitamente *identificado* y, después, debidamente *justificada* la razón de su preferencia.

Condiciones, sin embargo, cuya exigibilidad el Tribunal soslayará o minimizará o abiertamente rechazará cuando la estime desprovista de expreso sustento legal.

En mi respuesta, deslindaré —cuando proceda— las cuestiones relativas a la *valoración* (de los méritos) y las concernientes a la *justificación* (de las valoraciones), pese a que vayan entreveradas en el tejido argumental de la sentencia.

---

(15) Fijándome en los siguientes párrafos del mismo: «La provisión de (...) y Magistrados del Tribunal Supremo se basará en una convocatoria (...) cuyas bases aprobadas por el Pleno establecerán de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes de los específicos para determinado puesto. La convocatoria señalará pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato». «Toda propuesta que se haya de elevar al Pleno deberá estar motivada y consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria. En todo caso, se formulará una evaluación del conjunto de los méritos, capacidad e idoneidad del candidato».

## VII. ¿A quién corresponde valorar los méritos?

Lo primero de todo: ¿a cuenta de quién corre la valoración de la que corresponde hablar? Aclaración necesaria, puesto que nos encontramos ante una cuestión enturbiada por triquiñuelas legalistas, a las que tampoco es ajeno nuestro Tribunal. Como la siguiente.

1. Se quejaba el recurrente —refiere el TS— de que la valoración de sus méritos (como los del resto de candidatos no elegidos) no se reflejara en el Acuerdo del Pleno. A lo cual replica el Tribunal que: «la misma consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente sin que las normas reguladoras ni la convocatoria exijan que deban figurar también en el acuerdo del Pleno». Y ciñéndose a la valoración del tiempo de servicio activo (sobre el que pivotaba el núcleo de la reclamación), el Tribunal se remite a un pasaje del acuerdo de la Comisión Permanente (donde se puntualiza que «otro/as candidatos/as, además de los propuestos por la Comisión podrían haber sido incluidos en la terna, incluso con una buena o incluso mejor situación en el escalafón») para, de ahí, concluir triunfante que «esa circunstancia revela que el Consejo valoró el tiempo de ejercicio de cada uno de los aspirantes» (FD 5.º). ¡Lo que nos faltaba!

En tan tortuosa y desafortunada argumentación del TS resalta de por sí —obviamente— lo que aparece escrito, pero será más revelador lo que se omite.

A. De entrada, se hace evidente el expeditivo *escamotage* con el que el TS elude el inicial y frontal ataque de la demanda; porque, a las claras está, que el recurrente no cifra su queja en que la valoración del *Pleno* sobre sus méritos no aparezca *precisamente* en el Acuerdo de nombramiento, sino en que la susodicha valoración no figure *en ninguna parte* (cuando, por imperativo legal y reglamentario, en algún lado debería constar).

B. De salida, reluce también el intento del Tribunal por difuminar la diferencia entre el Pleno y la Comisión Permanente con el uso de una genérica y englobante denominación («el Consejo») como si fuera lo mismo el Pleno que la Comisión porque, a fin de cuentas, todo queda en casa y, por tanto, todo es de la casa. Con el agravante añadido de tomar por *valoración* de la antigüedad de *todos* los candidatos («el Consejo valoró el tiempo de ejercicio de cada uno de los aspirantes») una explicación (¿?) destinada a excusar (que no a justificar, porque no aporta razón alguna) haber incluido en la «terna» al más novel de los competidores, dejando fuera de la propuesta nada menos que a 15 de los 22 aspirantes. Y en



cualquier caso, no bastaría con que la Comisión *diga* haber valorado tales o cuales méritos; debe *mostrar* que lo ha hecho, cómo lo ha hecho y con qué resultados. No hay rastro de nada.

C. ¿Y entremedias? Alguien preguntará con extrañeza: ¿pero qué necesidad tenía el TS de coger por los pelos el explicativo (¿?) apunte recién comentado de la Comisión si fuera cierto que —según el propio Tribunal— la valoración («motivación» la llama él) «de los méritos de los candidatos no elegidos(...) consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente»? Justamente ahí radica el enclave de un dato omitido y que, a la postre, desvela la miseria argumentativa de la STS.

No vayamos de ingenuos creyendo que otros lo son o andan mal informados. Estando en juego la cobertura de una plaza que corresponde a la misma Sala que el Tribunal juzgador (a la que, dicho sea de paso, pertenece también el afectado don Dimitry) y con tiras y aflojas previos por determinar cómo quedará conformado el Tribunal para ese caso concreto, doy por descontado que a nadie se le escapaba nada dentro de aquella Sala 3.<sup>a</sup>

Y creo que tampoco a nadie la (¿deliberada?) ambigüedad que entraña decir (como el TS): «la motivación (valoración) de los méritos de los *candidatos no elegidos* (...) consta en las propuestas elevadas al Pleno por la Comisión Permanente» (cursivas mías); puesto que por «candidatos no elegidos» cabe entender dos cosas diferentes: los candidatos *no incluidos* en la *propuesta* de la Comisión o los candidatos incluidos en la propuesta pero finalmente *no nombrados* por el Pleno. De los segundos, podría concederse que la relevancia de sus méritos constaba en la propuesta de la Comisión (consistente mayormente en un *volcado* de lo que el candidato propuesto ha consignado en su «relación de méritos»). De los primeros, en cambio, no; de ninguna manera. Nada suyo se acostumbra a mencionar en la propuesta; y ni siquiera ellos mismos suelen aparecer identificados.

Me apresuraré a señalar que el recurrente pertenece al grupo de los no propuestos por la Comisión. La candidatura de don Jesús M.<sup>a</sup> fue «rescaída» por una vocal del Consejo y adjuntada con posterioridad a la «terna» (de siete solicitantes) que la Comisión había seleccionado. Por ende, de sus méritos no había reflejo en la propuesta que la Comisión elevara al Pleno. ¿Será por ello que el TS se viera forzado a buscar, a la desesperada, siquiera un mínimo y lejano e indirecto enganche en la propuesta de la Comisión al que uncir una presunta valoración de los méritos alegados por el impugnante?

2. De cualquier modo, y por explícita y suficiente que sobre el particular hubiera sido la Comisión, téngase presente que el recurso de don Je-

sús M.<sup>a</sup> atacaba el *nombramiento* efectuado por el *Pleno*, no la *propuesta* elevada al Pleno por la *Comisión Permanente*. Y las deficiencias imputables a lo primero no se compensan con las suficiencias (aun si fuera el caso) acreditadas en lo segundo. Por al menos tres razones en cadena:

A. Porque eso «supone una transferencia de responsabilidades» del Pleno a la Comisión Permanente; y siendo el Pleno a quien incumbe el *nombramiento*, la valoración de los méritos «no puede ser objeto de cesión a otro órgano no llamado a tomar la decisión» (16).

B. Y menos, todavía, si la Comisión Permanente (al asumir funciones de la extinta Comisión de Calificación) debe actuar —según dispone la LO 4/2013,V.— conforme a «una lógica de selección por criterios *meritocráticos*» (cursivas mías), es decir «con arreglo a los *mismos criterios* que rigen en *cualquier otra materia*» (cursivas mías); en tanto que el Pleno —como remacha nuestro Tribunal— no queda «limitado a convertirse en una mera comisión calificadora de automática y objetiva computación de méritos, excluyéndolo de hacer *valoraciones de conveniencia institucional*, a él confiadas precisamente por razón de su origen, rango y *compleja composición*» (FD 2.º, citando las SSTS de 4 y 7 de febrero de 2011 —cursivas mías—).

C. Precisamente, la diferente complejidad (en su composición) de la Comisión y del Pleno hace que «las condiciones de calidad deliberativa de uno y otro órgano sean muy diferentes»; y que, por ello, sea «el Pleno el que por mandato legal ostenta mayor representatividad y garantiza de mejor manera el pluralismo del Consejo» (17).

En suma: sorprendemos de nuevo al TS entregado a un doble juego según convenga. Si hace falta liberar, a las valoraciones del Pleno, de los rigores de un control meritocrático, se invocan entonces las «amplísimas facultades de valoración y elección en los nombramientos de carácter discrecional que (aquél) efectúa» (FD 2.º). Y si las valoraciones del Pleno no comparecen por ningún lado, se intenta sustituirlas (¡de aquella manera!) mediante una remisión a las valoraciones de la Comisión Permanente (por mucho que meritocráticos en exclusiva hayan de ser los parámetros de su funcionamiento).

(16) Como, con su habitual clarividencia, apuntaba ya hace quince años HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramientos judiciales», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2006, núm. 57; pág. 77.

(17) HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma...», págs. 77-78.

### VIII. Una valoración «conjunta» y/o «selectiva»

Sin desmesurar las quejas del demandante, recordemos que en el recurso se achacaba al Acuerdo haber omitido la relación «de los méritos objetivables e *individualizados* de otros candidatos presentados», superiores a los del magistrado nombrado (Antecedente 5.º, cursivas mías).

1. El reproche comprendía dos asuntos diferenciados: en primer lugar, que en el Acuerdo no se enumeraban individualizadamente una serie de méritos objetivables del demandante; y, en segundo, que, respecto de éstos, el candidato nombrado «no resistía comparación alguna» con el recurrente.

De lo uno, nada tengo que agregar a lo ya dicho en el apartado precedente (y creo que no hay vuelta de hoja). De lo otro, en cambio, surgirá una contraofensiva que también se ha vindicado con mucho acopio de lúcidas páginas en otros escenarios proverbiales (los de valoración probatoria), es decir: la prolongación de la *valoración individualizada* (de los elementos de prueba) con una *valoración conjunta* (de aquellos elementos)(18). Entonces, aquí no valen mañas para no entrar en lo que tanto rendimiento promete.

A. Justamente, en dos páginas consecutivas de la STS se insiste en la misma idea. En una se escribe que, según doctrina sentada por la STS 1136/2017, «la *comparación aislada* de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de *valoración del conjunto* de todos ellos o *establecer la preferencia de uno o de alguno* respecto de los demás» (FD 3.º, cursivas mías). Postura en la que persevera el TS cuando, tras pasar página, recalca que «una *comparación aislada* de méritos, como la que se propone en la demanda, no niega al Consejo General del Poder Judicial una razonable facultad de *valoración del conjunto o una preferencia de uno o algunos* de los méritos alegados» (FD 4.º, cursivas mías).

Por si en estos pasajes transcritos hay a lo peor detalles de entendimiento impreciso, será oportuna alguna que otra puntualización.

- a) La valoración conjunta no sirve de burladero para eludir las desigualdades que depara la comparación individualizada. Y, sin embargo, tengo la sensación de que la STS se refiere a ésta última de una manera un tanto asordinada. Digámoslo alto y claro: allí donde una

---

(18) Aunque con una modalidad diferente a la aquí prospectada. Por ejemplo, en el ámbito penal, la dialéctica argumentativa funciona en términos de «*todo o nada*» (culpable/no culpable) y el método empleado es el de la *falsación*; en tanto que, en el terreno que ahora pisamos, la dialéctica argumentativa que impera es la del «*más o menos*» (más idóneo/menos idóneo), la cual tiene como eje el método de la *comparación*.

candidatura presente los mejores registros en todos y cada uno de los capítulos a considerar (conveniencia institucional, excelencia, antigüedad, méritos complementarios) se hace baldía una valoración de conjunto. De no ser así (lo más común), la valoración conjunta se convierte entonces en un método exigible (a modo de síntesis para superar la confrontación entre un candidato con méritos que un segundo no tiene, y éste con otros méritos de los que el primero carece).

- b) En situación tal, la valoración conjunta se convierte en la *segunda* (si bien la más decisiva) de dos etapas que *trasciende* a la comparación aislada, pero la supone y queda condicionada por ésta; no es una ruta *alternativa* a la comparación aislada y que por tanto pueda *desentenderse* totalmente de ella dejando sin resolver los problemas que en ésta han aflorado.
- c) Y, derivadamente, de ahí se sigue que el criterio-guía de la valoración conjunta es la *consistencia* (el vigor de los elementos, la proporcionalidad de los mismos, el mutuo refuerzo de unos con otros, la recíproca compensación entre ellos, etc.); no el de un heterogéneo *montón* (cuyo peso quedara a merced de la impresión).

B. Bien. Ahora ya estamos en disposición de aterrizar en la designación de don Dimitry y examinar el decisivo papel que en ella supuestamente desempeñó la «valoración conjunta» efectuada por el CGPJ; protagonismo que el propio TS remarca cuando dice: «La motivación (del CGPJ) pone de manifiesto en forma extensa y detallada el alto grado de excelencia que concurre en el candidato que, en una *valoración conjunta* determinó el nombramiento, lo que entra en el margen de valoración discrecional del Consejo» (FD 5.º).

¿De qué modo se llevó a cabo la tan determinante «valoración conjunta»? Es pregunta de obligada respuesta. Porque, aun si se concediera que el uso (y/o la abstención) de «una valoración conjunta» «entra en el margen de valoración discrecional del Consejo» (como pretende el TS), una vez puesta aquélla (la valoración conjunta) en marcha, bajo ningún concepto es ya discrecional si sacar a la luz cómo actúa ésta o si, a la inversa, jugar al escondite con ella. Explicitar y explicar el uso efectivo de una facultad discrecional no queda ya a merced de la discrecionalidad; es de cumplimiento obligatorio.

Y pareciendo que el TS está por la labor, hete aquí que nos sorprende con un monumental fiasco. En efecto, tras confirmar que «la motivación del acuerdo recurrido satisface de forma adecuada todas las exigencias que dimanen de nuestra jurisprudencia», reconoce que —en el Acuerdo— todos los méritos (de don Dimitry) que refrendan «el criterio de excelen-

cia en el ejercicio estricto de las funciones jurisdiccionales como en los aspectos complementarios, *se enumeran en forma prolija y separada*» (FD 5.º, cursivas mías). Efectivamente, eso es justo lo que se hace en el Acuerdo del Pleno. Pero ¿dónde queda, entonces, la «valoración conjunta»?

El TS ha confundido lastimosamente una (holista) *valoración conjunta* con el *conjunto de valoraciones* (atomistas) que el Acuerdo del CGPJ ejemplifica de manera insuperable. Y atrapado en esa espectacular equivocación (de la que no parece consciente), el TS piensa que la manera más fehaciente de verificar el valor de un «conjunto» consiste en el recuento, uno por uno («en forma prolija y separada»), de los elementos individuales que han ido configurando el montón. ¡Inaudito!

Y más, aún, si reparamos en que el TS no expresa la menor objeción a que la candidatura de don Dimitry haya sido, en exclusiva, la única beneficiaria de tan pintoresca «valoración conjunta». ¿Por qué no las demás? Ocasión habrá de volver sobre ello.

2. Hemos leído en la STS que la «doctrina» (no una intuición puntual) del TS abre la puerta a otra opción diversa de la «valoración conjunta»; a saber: que el CGPJ *prefiera uno (o unos) sobre otro (u otros)* entre los distintos tipos de méritos alegados por los solicitantes.

A. En su legítimo derecho está, creo. Pero a condición de:

- a) Que el Pleno identifique previamente de qué clase serán los méritos preferidos.
- b) Que la preferencia respete la prelación de méritos establecida en el Reglamento y en la convocatoria (p.ej. los que confirman la «excelencia» sobre los que certifican la «antigüedad», los jurisdiccionales antes que los complementarios, etc.).
- c) Que se exponga el porqué de la preferencia (aunque esto último sería más propio de la «justificación» que de la «valoración»).

B. Pues bien, el Pleno había atrapado al vuelo la ocasión que brindaba la doctrina del TS. Y en las postrimerías de su Acuerdo, tras azucararles la mala noticia a los postergados (o sea «sin dejar de reconocer la indudable valía y calificación de todos los candidatos»), leemos que «el Pleno ha considerado que (don) Dimitry(...) reúne al mismo tiempo *una serie de méritos* que, si bien *otros* candidatos pueden *acreditar aisladamente, no concurren conjuntamente* en ningún otro, resultando, en consecuencia, como el más idóneo y destacado para el desempeño de la plaza convocada» (cursivas mías).

Colofón que inevitablemente nos deja un regusto desdichado.

- a) Porque no se ha *predeterminado* de qué clase van a ser los méritos preferentes que han de concurrir en el candidato ganador y que, sin buscarlo, caerán después del lado de quien sea.
- b) Porque, ni siquiera después, se han *definido* los precisos méritos tenidos en cuenta ni su jerarquía.
- c) Porque, a lo que literalmente parece, son *flotantes* los méritos sobre los que pivota la comparación de don Dimitry con este, ese, aquel o el de más allá de los competidores (es decir a la carta: respecto de uno, quizás lo que presumiblemente haya aprendido don Dimitry siendo Letrado en el Tribunal de la UE; respecto de otro, a lo mejor la proximidad con la jurisprudencia del TS al haber dirigido su Gabinete Técnico; respecto de un tercero, tal vez haber sido ponente de tres mil y pico sentencias; y así sucesivamente). El denominador común de los variopintos méritos que marcan la diferencia entre don Dimitry y cualquier otro de los solicitantes, es que —con independencia de cuál sea el mérito— don Dimitry lo tenga y el otro no.
- d) Porque, por la misma regla, entonces cualquier otro de los candidatos superaría a don Dimitry. Seguro que todos y cada uno de ellos tiene algún mérito del que don Dimitry carece (o éste lo tiene en grado inferior).

¿Habría alguna salida para salvar siquiera la apariencia de imparcialidad en el nombramiento de don Dimitry? No, desde luego, la ensayada por el CGPJ (con la anuencia del TS). Veamos por qué.

3. El Pleno no toma como separados los dos senderos que ofertaba la doctrina del TS («valoración conjunta» o «preferencia por algún(os) mérito(s) sobre otro(s)») sino los dos de manera combinada. Estamos ante una estrategia bifásica.

La primera fase es *defensiva*. Se trata de mostrar que don Dimitry *no es menos* (idóneo) que otros candidatos por mucho que éstos posean algunos méritos aislados más (o en mayor grado) que aquél, puesto que los méritos, por encima de su comparación aislada, pueden (o han de) ser objeto de una *valoración conjunta*.

La segunda fase es *ofensiva*. Tiene por finalidad valorar que don Dimitry *es más* (idóneo) que cualquiera de sus oponentes porque, respecto de todos y cada uno de éstos, acredita algún mérito particular que el Pleno considera *preferente*.

Nótese que, según aproveche a los intereses de don Dimitry, el Pleno arrincona inicialmente la comparación aislada de los individualizados méritos (aportados por los solicitantes) en beneficio de su valoración conjunta, para después recuperarla con todos los honores en detrimento precisamente de la valoración conjunta. ¡Sorprendente viraje!

Eso sí, a la hora de la verdad no hay ni *valoración conjunta* (sino simple *enumeración* de méritos individualizados que *se juntan*), ni precisión de qué méritos individuales (ni por qué) van a ser destacados como *preferentes*. Todo ello permanece colgando de la indefinición.

Y, como cima de todas las empinaduras, el Pleno condena a los posibles recurrentes a la indefensión, a dar palos de ciego, pues éstos ignoran (y nada digamos la ciudadanía) cuáles de sus méritos han sido engullidos y cómo —para fusionarse en uniforme puré— por el túrmix de una presunta valoración conjunta; así como por qué son menores sus merecimientos en relación con los del candidato designado. En una palabra: el Pleno ha eludido la *comparación*.

## IX. La indispensable valoración «comparativa»

De eso se quejaba, perpendicularmente, el recurrente cuando denunciaba que «el acuerdo (del Pleno) no ofrece el más mínimo contraste curricular (de don Dimitry) con los demás candidatos» (según consta en el Antecedente 5.º).

1. Aunque la representación de don Dimitry replicará que: «*aun no siendo necesario*, el acuerdo evidencia una *mecánica comparativa* de los méritos del codemandado con los demás candidatos, como acontece con el número de sentencias dictadas». Y añadirá que «la motivación es exhaustiva con relación al candidato, no se fundamenta en un solo dato o circunstancia y, en el marco de la excelencia jurisdiccional, *detalla la valoración de méritos concretos* que además *analiza comparativamente* desde el momento que advierte que otros candidatos los “pueden acreditar aisladamente” pero que “no concurren conjuntamente en ningún otro”» (Antecedente 11.º, cursivas mías).

Si bien son colaterales, para los fines de mi comentario, las escaramuzas a que dan lugar los desahogos del Abogado del Estado y del codemandado respectivamente, sin embargo las contestaciones de este último adquieren un significativo valor añadido por cuanto, no sólo transpiran la cultura (nominalista y autocrática) del recién llegado a la Sala 3.<sup>a</sup> (y que contribuirá al afianzamiento de una línea doctrinal ya instalada dentro de ésta), sino también forman parte del argumentario que nuestro Tribunal opondrá (ya lo vimos) a las pretensiones del demandante. Por eso entro a discutir las.

A. Parece que bastaría al Pleno pronunciar (o escribir) el *nombre* de «comparación» (u otra expresión que lógicamente la implique) para tener por sentado que tal comparación ha sido *efectivamente realizada*; y para

presumir que la comparación —viniendo de una potestad discrecional ejercida por un órgano constitucional, nada menos— se ha efectuado con total *corrección* (y entonces no ha lugar a cuestionarla).

- a) Objetivamente, es indudable que la alusión al «número de sentencias dictadas» por el codemandado (respecto de otros aspirantes más veteranos) (19) supone alguna comparación previa. No obstante, juzgue quien haya leído el Acuerdo si de verdad estamos ante una comparación medianamente *rigurosa* (20) o, más bien, ante la estratagema de anticipar una objeción que se ve venir inevitable para recibirla con un capotazo taurino y luego no afrontarla en serio (como si ya hubiese sido toreada y vencida). Y si comparación hubo, ésta —además de genérica— se redujo, en plan defensivo, a un aspecto en el que, de primeras, la candidatura de don Dmitry llevaba ostensiblemente todas las de perder.
- b) Visto lo cual, llena de pasmo leer que, «como acontece con el número de sentencias dictadas», «el acuerdo evidencia una *mecánica comparativa* de los méritos del codemandado con los de los demás candidatos» (cursivas mías). Porque siendo la *reiteración* y la *regularidad* los connotandos de los procedimientos *mecánicos*, tropezamos aquí con una antagónica muestra caracterizada justo por lo contrario del automatismo: la *eventualidad* y la *excepcionalidad* (es decir: sólo se compara una vez y una sola cosa).

B. A un mensaje igualmente engañoso pueden inducir otros pasajes que he resaltado en cursiva. Por ejemplo:

- a) Si bien el Acuerdo «*detalla* la valoración de méritos concretos» (de don Dmitry), eso no implica que también los analice *comparativamente al detalle*. Porque los méritos de aquéllos con los que se compararían los de don Dmitry no sólo *no se detallan* en el Acuerdo, es que *ni se mencionan* siquiera.
- b) Por si algo faltara todavía, estaríamos ante una *comparación trucada* (en cuanto asimétrica), orientada sin ningún disimulo a retener en exclusiva qué méritos tiene don Dmitry que los competi-

(19) Me remito a la literalidad del Acuerdo que dice: «Desde la perspectiva de la experiencia jurisdiccional, Dmitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita haber dictado más de 3.300 sentencias, lo que supone una ratio de sentencias por año en activo de las más altas entre los distintos candidatos incluidos en la propuesta e, incluso superior —en términos totales—, a la que candidatos con mayor antigüedad en la carrera judicial, acreditan haber dictado».

(20) Es decir: *individualizada* —para cada aspirante— y lo bastante *precisa* —en orden a mostrar, desde la perspectiva de la «experiencia jurisdiccional», cómo y en qué proporción se compensa la menor antigüedad con un mayor número de sentencias dictadas—.



dores no tengan; omitiendo preguntar, a la recíproca, qué méritos tienen los otros competidores que don Dimitry no los tenga. Sólo es legítima la comparación en ambas direcciones. ¿Dónde queda, si no, el valor constitucional de la igualdad?

- c) Pero que sea, también, comparación de entidades de clase equivalente; o sea: bien entre *méritos individualizados* de unos y otros o bien entre *valoraciones conjuntas* de los méritos de unos y otros (de la que, por cierto, no hay el menor asomo en el Acuerdo).

A tenor de lo apuntado, resulta cómodo detectar cuáles son los vicios que han infamado en el Acuerdo (y con el respaldo del TS —no se nos olvide—) lo que debiera haber sido una comparación correcta.

2. Ahora bien, ¿por qué someter a torturas rigoristas a una operación (la comparación) que *no es necesaria*? Porque, en efecto, el párrafo que llevo criticando empezaba por ahí. Refiriéndose al codemandado decía la STS: «Cree que, *aun no siendo necesario*, el acuerdo *evidencia una mecánica comparativa*» (Antecedente 11.º, cursivas mías). ¿Qué no es necesario: la «mecánica comparativa» o ponerla en «evidencia»?

Algo próximo a esto, pero no idéntico, es lo que sostendrá el propio Tribunal cuando resuelve que «las normas reguladoras ni la convocatoria exigen que deban *figurar* también en el acuerdo del Pleno» «los méritos de los candidatos no elegidos» (FD 4.º, cursiva mía).

Por eso, para no dejar cabos sueltos, deberíamos advertir que el segmento «*aun no siendo necesario*» puede referirse hasta a tres cosas diversas: una, no es necesario que *haya* una mecánica comparativa; dos, no es necesario *evidenciar* que haya existido una mecánica comparativa; y, tres, no es necesario que la evidencia de la mecánica comparativa *figure* en el Acuerdo. Cada una de ellas comportará una consideración por separado.

A. La primera merece un categórico rechazo porque entraña una contradicción lógica. Una valoración comparativa (como la paladinamente expresada en el Acuerdo cuando se afirma que don Dimitry es «el candidato *más* idóneo y destacado») *necesariamente* ha de basarse en una comparación previa (21). De ésta jamás podrá decirse, por tanto, que no es necesaria.

Y la valoración comparativa que enuncia el Acuerdo no es un método que maneje *ad libitum* el Pleno, sino exigido —en cuanto el único compatible— por los parámetros constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (como oportunamente se insiste en el VP). ¿O alguien conoce algún otro?

(21) Luminoso, al respecto, el artículo de ATIENZA, M., «Discrecionalidad y juicios comparativos», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2008, núm. 61.

B. Malparada también queda la segunda, ahora por exclusivas razones garantistas. Cuando entran en juego intereses individuales constitucionalmente protegidos (como es el caso), las personas afectadas tienen derecho a *conocer* cuáles son «los criterios cualitativos de evaluación que han sido seguidos para comparar a los candidatos en una misma clase de mérito o capacidad y, tras esa comparación, apreciar el mayor nivel que concurre en cada uno de ellos» (como observa el VP) o de los méritos apreciados en su conjunto de todos los aspirantes (puntualizo yo).

Todo ello debe quedar manifiesto. De lo contrario, se deja abierta la puerta de par en par a una más que *posible* (e incontrollable) arbitrariedad del órgano decisor y a una *segura* indefensión de la parte contrariada (o al menos condenada a cargar inversamente con una especie de «*probatio diabolica*» (22)).

C. Concerniente a la tercera, la respuesta pide alguna matización. En efecto, en ningún precepto se prescribe que la comparación deba figurar en el texto del Acuerdo. Pero en algún lado deberá dejarse constancia documental de aquélla por ser de cumplimiento inexcusable; si no es en el Acuerdo, en algún anexo que se adjunte al mismo (al igual que la relación de hechos probados en una sentencia de Tribunal de Jurado remite al objeto del veredicto cumplimentado por los jueces legos, acta que se une a la sentencia). En cualquier caso, es asunto que corre de la cuenta del Pleno. O sea, cualquier solución menos el emboscado *quid pro quo* con el que nuestro Tribunal permite al Pleno zafarse de una tarea obligatoria.

## X. Una motivación fallida

1. Todas las *resoluciones motivadas* comprenden dos parcelas diferentes. Una destinada a la *decisión*; sea una decisión sectorial (como puede ser una decisión interpretativa o una decisión sobre hechos probados o una decisión sobre consecuencias jurídicas) o bien una decisión global (en la que confluyen las decisiones sectoriales). Y la segunda está reservada a la *motivación* de la respectiva decisión (de ahí que haya motivaciones sectoriales y motivaciones globales).

2. A su vez, la *motivación* (sea sectorial o global) se nutre de dos clases de ingredientes: de *datos* (p.ej. elementos de prueba) y de *razonamientos* (p.ej. inferencias probatorias). Por eso, en ella cabe distinguir

---

(22) Y casi siempre abocada al fracaso con el usual pretexto de «lo que usted pretende es sustituir la valoración del órgano decisor por la suya propia».

una parte *informativa* y otra parte *argumentativa*(23). La segunda es deudora de la primera: sin datos, los razonamientos quedarían suspendidos en el vacío.

A. De ahí que, ante todo, apremie verificar si en la parte informativa (de la motivación) se *consignan* todos los datos relevantes (a favor y en contra) o si, al revés, se *omiten* algunos o se *inventan* otros o se *tergiver-san* unos terceros.

B. Por lo que concierne a la parte argumentativa, ésta habrá de ofrecer los argumentos que *acreditan* el valor de los datos, los nexos racionales que *conectan* unos datos con otros, los que *confrontan* (o comparan) unos datos con otros (o unos conjuntos de datos con otros) y, finalmente, los que *justifican* todos los puntos de los que consta la parte decisional de la resolución.

3. Haciendo el recorrido a la inversa, y si pasamos lista a cuanto se nos ofrece en el Acuerdo del Pleno, se comprueba que su motivación es notoriamente fragmentaria.

A. Al punto de que justifica como mucho sólo la *mitad* (y la *menos importante*) de la decisión adoptada; la proclamada ya en los renglones iniciales del Acuerdo, a saber: que «la trayectoria profesional de Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda acredita sobradamente su *aptitud e idoneidad para ser promovido* a la máxima categoría de magistrado del Tribunal Supremo» (cursivas mías). Pero falta la *otra mitad* (la *más importante*), precisamente aquélla en la que se concentra el objeto del recurso, la relativa a que don Dimitry sea —como zanja el Pleno— «el magistrado *más idóneo* de entre todos los solicitantes para el desempeño de la plaza convocada» (cursivas mías).

Lo peor de todo está en la deferencia retórica (y reveladora de una cultura preconstitucional) con la que nuestro Tribunal avala la completitud de motivación tan manifiestamente mutilada cuando escribe: «La *motivación* pone de manifiesto en forma extensa y detallada *el alto grado de excelencia que concurre en el candidato* que, en una valoración conjunta determinó el nombramiento, lo que entra en el margen de valoración discrecional del Consejo, por lo que *no incurre en déficit alguno* de motivación» (FD 5.º, cursivas mías). No creo que, a estas alturas, sea necesario insistir en que el *resultado* de una *valoración conjunta* también ha de *jus-*

---

(23) Cfr. IACOVIELLO, F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013; págs. 344-348.

*tificarse*; lo mismo que el resultado de la *comparación* entre las valoraciones conjuntas de todas las candidaturas.

B. El discurso del Pleno aparece desequipado de un mínimo aparato *argumentativo*. Al margen de que no hay argumentos que expliquen qué valor preciso se confiere (y por qué) a los variados y desiguales méritos de don Dimitry, tampoco se aporta un solo razonamiento que muestre cómo se evalúan todos ellos de forma conjunta, ni cómo se confrontan todos ellos —tanto individual como conjuntamente— con los méritos alegados por todos y cada uno de los competidores, ni cuál haya podido ser la justificación racional de un juicio comparativo sin una adecuada comparación.

C. Carencias argumentativas imposibles de subsanar la mayoría si, como sucede en el Acuerdo, falta lo más básico: *las informaciones*. Sin ellas, no hay argumentaciones que valgan. Y ya se ha visto cómo los datos que reflejan los méritos y capacidades de los otros contendientes han sufrido el destierro del más ominoso silencio. De ahí que los criterios de mérito y capacidad no pasen de ser «una ritual fórmula ayuna de referente empírico susceptible de concreta determinación», «por lo que cualquiera de aquéllos *genéricamente idóneo*, puede ser travestido de *el más idóneo*, a conveniencia, en uso de tal descomprometido arte de birlibirloque» (24).

## XI. Referencias bibliográficas

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos: ¿discrecionalidad o *libertinaje*?», ahora en la sección «Apuntes» de la revista *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2020, núm. 98.
- ATIENZA, M., «Discrecionalidad y juicios comparativos», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2008, núm. 61.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J., «Del formalismo a la argumentación: la formación judicial en el Estado constitucional», en *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Sobre las buenas prácticas para la impartición de la justicia*, Instituto de Justicia Federal, Ciudad de México, 2018.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La inaplazable necesidad de reforma del sistema de nombramientos judiciales», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2006, núm. 57.
- IACOVIELLO, F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013.

(24) ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Política de nombramientos...», pág. 148.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., «¿“Avasalla” la Sala 3.ª del Tribunal Supremo al Consejo General del Poder Judicial? (De nuevo sobre el control judicial de la discrecionalidad)», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, núm. 106.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., «La motivación en los nombramientos para magistrados por el 5.º turno», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2019, núm. 113.



# Notas







## La política a favor de la cultura vasca en el País Vasco norte

### The policy in favour of the basque culture in the northern Basque Country

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco

eguzki.urteaga@ehu.eus

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0048-7352>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.07>

**LABURPENA:** 1990ean, Euskal Kultur Erakundearen sorrerak inflexio-puntu bat suposatu du Iparraldean gauzatu den euskal kulturaren aldeko politikan, batetik, harrezkero, lurralde horrek bere kultura propioa sustatzeaz arduratzen den politika berezi bat baitauka, eta, bestetik, Ipar Euskal Herria politika publiko hori osatzeaz, gauzatzeaz eta ebaluatzeaz arduratzen den erakunde batetaz hornitu baita. Bere sorreraz geroztik, kultur elkarten bultzadaren ondorioz eta lurraldeko administrazio publiko ezberdinen borondateari esker, EKEk lan egiten du euskal kulturaren babes, transmisio eta hedapenaren alde, arreta berezia jarriz euskarazko sorkuntzaren aldeko ekimenetan. Horretarako, egitarau eta gailu multzo batean egikaritu den norabide estrategikoetaz hornitu da.

Erakunde hori euskal kulturaren baliabide erakargune bat bezala ezagutua da eta rol garrantzitsu bat jokatzeko mugaz gaindiko harremanetan, batez ere Eusko Jaurlaritzarekin daukan harreman estuari esker. Horrez gain, Euskal Kultur Erakundeak, egunerokotasunean, arte eszeniko, ikus-entzun, ondare ala letren arloetan diharduten kultur erakundeak laguntzen ditu. Izan ere, bere lantaldeak egitasmoak garatzen ditu elkarte-kideekin lankidetzan jardunez, baita ere beste bazkide batzuekin, publikoak eta pribatuak izan daitezela. Batez ere frantses eta euskal administrazio publikoek diruztatzen dute, eta bere Administrazio kontseilua erakunde publiko zein lurraldeko kultur eragilez osaturik dago.

**HITZ GAKOAK:** Kultur politika. Ipar Euskal Herria. Euskal Kultur Erakundea.

**ABSTRACT:** The creation of the Basque Cultural Institute (BCI) in 1990 is a turning point in the policy in favour of the Basque culture in Iparralde, on the one hand, because since then the territory has a specific policy for the promotion of its own culture and, on the other, because the Northern Basque Country is equipped with an institution dedicated to elaborate, implement and assess this public policy. Since its creation, under the impetus of cultural associations and thanks to the political willingness of the different public administrations of the territory, the BCI works for the preservation, transmission and dissemination of the Basque culture, especially promoting the actions for the creation of the

Basque expression. For that purpose, it establishes certain strategic guidances that resulted in a series of programmes and devices.

This entity is acknowledged as a resource centre for the Basque culture and it plays a relevant role within the framework of transborder relationships, notably because of the privileged collaboration with the Basque government. The Basque Culture Institute in addition to promoting the cultural action attempts to accompany on a day-to-day level the cultural associations involved in the fields of scenic arts, audiovisual sector, patrimony and literature. Indeed, its professional team develops some projects with the close collaboration of their member-associations as well as with other partners, both public and private. It is essentially public-funded, both by French and Basque authorities, and its governing board is composed of public entities and cultural actors from the territory.

**KEYWORDS:** Cultural policy. Northern Basque Country, Basque Cultural Institute.

**RESUMEN:** La creación del Instituto Cultural Vasco (ICV) en 1990 marca un punto de inflexión en la política a favor de la cultura vasca en Iparralde, por un lado, porque, a partir de entonces, el territorio dispone de una política específica encargada de fomentar su propia cultura, y, por otro lado, dado que el País Vasco norte se dota de una institución encargada de elaborar, implementar y evaluar esta política pública. Desde su creación, bajo el impulso de las asociaciones culturales y gracias a la voluntad política de las diferentes administraciones públicas del territorio, el ICV trabaja para la conservación, transmisión y difusión de la cultura vasca, promoviendo especialmente las iniciativas a favor de la creación de expresión vasca. Para ello, fija unas orientaciones estratégicas que se han plasmado en una serie de programas y dispositivos.

Esta entidad es reconocida como un polo de recursos de la cultura vasca y juega un papel relevante en el marco de las relaciones transfronterizas, sobre todo gracias a una colaboración privilegiada con el Gobierno Vasco. El Instituto Cultural Vasco, además de promover la acción cultural, trata de acompañar, en el día a día, a las asociaciones culturales involucradas en los ámbitos de las artes escénicas, el sector audiovisual, el patrimonio y las letras. En efecto, su equipo profesional desarrolla unos proyectos en estrecha colaboración con sus asociaciones-miembros, así como con otros socios, tanto públicos como privados. Está básicamente financiado por las administraciones públicas, tanto galas como vascas, y su Consejo de administración está compuesto por entidades públicas y actores culturales del territorio.

**PALABRAS CLAVE:** Política cultural. País Vasco norte. Instituto Cultural Vasco.

Trabajo recibido el 30 de agosto de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 18 de septiembre de 2020

**Sumario:** I. Introducción.—II. Los antecedentes del Instituto Cultural Vasco. 1. Efervescencia y organización del movimiento cultural vasco e Informe Giordan. 2. La creación del Centro Cultural del País Vasco. 3. La federación Pizkundera y Deiadar.—III. La organización del Instituto Cultural Vasco. 1. Composición y misiones del ICV. 2. Instancias, funcionamiento y financiación del ICV.—IV. Las orientaciones estratégicas del ICV.—V. Programas y dispositivos del ICV. 1. Los programas implementados. 2. Los dispositivos puestos en marcha.—VI. Conclusión.—VII. Bibliografía.

## I. Introducción

La creación del Instituto Cultural Vasco (ICV) en 1990 marca un punto de inflexión en la política a favor de la cultura(1) vasca en Iparralde, por una parte, porque el territorio dispone, a partir de entonces, de una política específica encargada de fomentar su propia cultura, y, por otra parte, puesto que el País Vasco norte se dota de una institución encargada de elaborar, implementar y evaluar esta política pública. De hecho, hasta la fecha, la política cultural(2), en la cual la cultura vasca estaba marginada al ocupar un lugar residual(3), era concebida y llevada a cabo por el Estado galo, la Región Aquitania, el Departamento de los Pirineos-Atlánticos y los Ayuntamientos de Iparralde, agrupados o no en Sindicatos de cooperación intermunicipal (*Vie Publique*, 2016). Esta situación propició la constitución y la posterior movilización de un movimiento cultural vasco dinámico y de un movimiento nacionalista vasco vivaz (Ahedo, 2006; Urteaga, 2004a) para el cual la defensa y la

---

(1) Según la UNESCO, la cultura se define como «el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales, materiales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, creencias y tradiciones» (UNESCO, 2005).

(2) Para la UNESCO, la política cultural se refiere «a las políticas y medidas relativas a la cultura, ya sean éstas locales, nacionales, regionales o internacionales, que están centradas en la cultura como tal, o cuya finalidad es ejercer un efecto directo en las expresiones culturales de las personas, grupos o sociedades, en particular la creación, producción, difusión y distribución de las actividades y los bienes y servicios culturales, y el acceso a ellos» (UNESCO, 2005).

(3) Desde la Revolución francesa de 1789, la visión jacobina de la República ha considerado las lenguas y culturas minoritarias como un obstáculo para la construcción nacional gala (Urrutikoetxea, 2018). En efecto, los derechos históricos y las instituciones territoriales, las identidades locales y los cuerpos intermedios debían ser sustituidos por las instituciones republicanas de cara a realizar una integración óptima entre el ciudadano y la nación. A su vez, dado que el jacobinismo asimilaba lengua, cultura, nación y Estado, solo se toleraba una lengua y una cultura, dado que la aceptación de varias lenguas y culturas supondría el reconocimiento implícito de diversas naciones que podrían aspirar a dotarse de sus propios Estados. Como consecuencia de ello, hasta finales del siglo XX, el Estado galo ha mantenido una actitud hostil hacia las lenguas y culturas minoritarias. El sociolingüista Philippe Blanchet (2016) utiliza el concepto de «glottofobia» para designar esta actitud adversa que es extensible al ámbito cultural. En este sentido, podría hablarse de «culturfobia».

promoción de la identidad lingüística y cultural (4) vasca constituían aspectos esenciales (Urteaga, 2007).

En ese sentido, la formación de la ICV se produce en un contexto histórico marcado por un doble fenómeno.

- Por una parte, tras décadas de relaciones conflictivas entre las administraciones públicas y la sociedad civil organizada encarnada por las asociaciones culturales vascas que desean fomentar la lengua y la cultura propias (Oronos, 2002), las instituciones expresan el deseo de pasar de una lógica de confrontación a una lógica de cooperación (Urteaga, 2004b; Urteaga y Ahedo, 2004). Esa voluntad se plasma en la creación de instancias de concertación que reúnen a todos los actores implicados en la cultura para, de manera conjunta, elaborar un diagnóstico de la situación, fijar unos objetivos a medio y largo plazo, y diseñar unas medidas que permitan alcanzarlos. En este sentido, se trata de una nueva manera de concebir, implementar y evaluar las políticas culturales (Ahedo y Urteaga, 2005).
- Por otra parte, se recrudece el debate en torno a la diversidad cultural (5) y los derechos culturales que tendrán posteriormente un amparo internacional gracias a la Declaración de la UNESCO de 2001 y la Declaración de Friburgo de 2007. Así, en el artículo primero de su Declaración, la UNESCO afirma que la diversidad cultural «constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras» (Unesco, 2001). Añade, en su tercer artículo, que «la diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes del desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satis-

---

(4) El concepto de identidad cultural tiene «un sentido de pertenencia a un grupo social con el cual se comparten rasgos culturales, como costumbres, valores y creencias. La identidad no es un concepto fijo, sino que se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior» (Molano, 2007: 73). Más precisamente, «la identidad cultural de un pueblo viene definida históricamente a través de múltiples aspectos en los que se plasma su cultura, como la lengua, instrumento de comunicación entre los miembros de una comunidad, las relaciones sociales, ritos y ceremonias propias, o los comportamientos colectivos, esto es, los sistemas de valores y creencias. Un rasgo propio de estos elementos de identidad cultural es su carácter inmaterial y anónimo, pues son producto de la colectividad» (González Varas, 2000: 43 in Molano, 2007: 73).

(5) Según la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO, la diversidad cultural alude a «la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no sólo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados» (UNESCO, 2005).

factoria» (Unesco, 2001). De su parte, la Declaración de Friburgo subraya que los derechos culturales «son esenciales para la dignidad humana; por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia» (Déclaration de Fribourg, 2007).

De hecho, el advenimiento del ICV está precedido, a inicios de los años ochenta, por la efervescencia y la estructuración del movimiento cultural vasco, con la organización de las Jornadas para un estatus de la cultura y la lengua vascas y la publicación del Informe Giordan sobre la democracia cultural (Oronos, 2002). De hecho, la primera alternancia de la V República en 1981, tanto en la presidencia como en el gobierno, suscita ciertas esperanzas y abre nuevas perspectivas. La dinámica iniciada desemboca en la creación del Centro Cultural del País Vasco, por una parte, y, por otra parte, en la reunión de las asociaciones culturales vascas en la federación Pizkundea que lleva a cabo una serie de movilizaciones bajo el lema *Deiadar* para obligar los poderes públicos a elaborar e implementar políticas específicas de promoción de la cultura vasca (Urteaga, 2007: 78). El informe exhaustivo realizado por Daniel Landart sobre la situación de la cultura vasca en Iparralde, contribuye igualmente a una concienciación de las administraciones públicas sobre esta problemática (Landart, 1990).

Desde su creación, bajo el impulso de las asociaciones culturales y gracias a la voluntad política de las diferentes administraciones públicas, el Instituto Cultural Vasco, cuya sede se encuentra en el Castillo Lota de Uztaritze, trabaja para la conservación, transmisión y difusión de la cultura vasca, promoviendo especialmente las iniciativas a favor de la creación de expresión vasca (ICB, 2020b). Esta entidad «es reconocida como un polo de recursos de la cultura vasca y juega un papel importante en el marco de las relaciones transfronterizas, [sobre todo] gracias a una colaboración privilegiada con el Gobierno Vasco» (ICB, 2020b).

El ICV trata de acompañar, en el día a día, las asociaciones culturales (de las cuales 160 son miembros de la entidad) involucradas en los ámbitos de las artes escénicas, el sector audiovisual, el patrimonio y las letras. Promueve, asimismo, la acción cultural. En efecto, «su equipo profesional desarrolla unos proyectos en estrecha colaboración con sus asociaciones-miembros, así como con otros socios» (ICB, 2020b). Está básicamente financiado por las administraciones públicas, tanto galas como vascas (ICB, 2020c), y su Consejo de administración está compuesto por entidades públicas y actores culturales del territorio (ICB, 2020d).

Los estatutos confieren cuatro misiones principales al ICV: 1) «acompañar los decisores institucionales en la definición de las políticas [públicas] en materia de cultura vasca»; 2) «salvaguardar, transmitir y valorizar el pa-

trrimonio cultural vasco»; 3) «acompañar los actores culturales en los ámbitos de la creación, la formación y la difusión»; y, 4) «difundir todos los elementos de información [que conciernen] la cultura vasca, [a través de] las redes modernas de comunicación» (ICB, 2020e). Para llevar a cabo estas misiones, el Instituto Cultural Vasco marca unas orientaciones estratégicas que se han plasmado en un conjunto de programas y dispositivos.

## II. Los antecedentes del Instituto Cultural Vasco

La creación del Instituto Cultural Vasco a inicios de los años noventa está precedida por una serie de movimientos, organizaciones e iniciativas así como de informes que propician una concienciación de los actores culturales y de las administraciones públicas en cuanto a la necesidad de dotar el territorio de una entidad encargada de elaborar, implementar y evaluar una política pública a favor de la cultura vasca.

### 1. Efervescencia y organización del movimiento cultural vasco e Informe Giordan

Las Jornadas para un estatus de la cultura y la lengua vascas se desarrollan en el Museo Vasco de Baiona el 12 de septiembre de 1981, en un contexto marcado por la elección de François Mitterrand a la presidencia de la República francesa que suscita cierta esperanza. Respondiendo al llamamiento del Centro Pedagógico Vasco-Ikas y de la Academia de la Lengua Vasca-Euskaltzaindia, más de una veintena de asociaciones culturales, sindicatos docentes y medios de comunicación se reúnen a fin de debatir sobre el estatus que deberían tener la lengua y la cultura vascas (Urteaga, 2007: 77-78). Unos trabajos preparatorios son llevados a cabo, en el marco del proyecto de ley sobre Las lenguas y culturas de los pueblos de Francia, para recordar las iniciativas tomadas previamente, los proyectos elaborados anteriormente y, sobre todo, la Carta cultural que servirá de base de trabajo a las asociaciones (Oronos, 2002: 73).

«Cuatro comisiones son constituidas, cada una con su presidente, y el calendario de las reuniones está fijado: enseñanza, medios de comunicación, estructuras y estrategias, patrimonio y administración» (Oronos, 2002: 73).

El trabajo llevado a cabo por estas comisiones se desarrolla en un clima de consenso, excepto en la comisión Educación donde aparecen ciertas discrepancias, más allá del acuerdo genérico sobre los principios

inspirados en las declaraciones de la UNESCO (Oronos, 2002: 73). «La presentación y [la posterior aprobación] de los informes de las comisiones no plantean problemas mayores, [con la excepción] del informe sobre la enseñanza que provoca una viva discusión entre Seaska, Gau Eskola, Mende Berri y los sindicatos docentes», y que exige dos votaciones para ser ratificado (Oronos, 2002: 74). Finalmente, el documento resultante de dichas comisiones es aprobado en las Asambleas generales del 21 de octubre y del 28 de noviembre de 1981 (Oronos, 2002: 73-74). Este documento será la base programática de las reivindicaciones culturales vascas durante un largo periodo.

La tercera Asamblea general se desarrolla el 28 noviembre «en presencia de Dña Claverie, [en representación de] la Dirección de los asuntos culturales, y de Henri Giordan, a quién [el ministro de la Cultura, Jack] Lang, ha dirigido, el 6 de agosto, [un encargo solicitándole que establezca un diagnóstico] en materia cultural» (Oronos, 2002: 75). De hecho, «la puesta en marcha de una política cultural en las regiones pasa por el apoyo de las iniciativas locales y el florecimiento de las diferencias lingüísticas y culturales» (Laborde, 1997: 341). Henri Giordan entrega su Informe, titulado «Democracia cultural y derecho a la diferencia», en febrero de 1982. Este integra algunas de las propuestas formuladas en las Jornadas para un estatus de la cultura y la lengua vascas. Gira básicamente en torno a tres ejes: 1) «determinar el lugar de las culturas regionales en la acción cultural y la creación contemporáneas»; 2) «favorecer los intercambios entre las culturas regionales»; y, 3) «apoyar la creación artística regional» (Giordan, 1982).

En la primera parte del documento, el autor subraya la ausencia de una política a favor de las lenguas minoritarias y propone la instauración de una verdadera concertación. Sugiere el lanzamiento de «unos Estados generales de la lengua, e incluso [la creación de unos] Consejos regionales de la cultura y de lo audiovisual, y prosigue con la necesidad de [conceder] nuevas [competencias] a las Regiones, dotándolas de una política regional específica y de Agencias técnicas regionales [a fin de] acompañar los medios técnicos de producción y de difusión» (Occitanica, 2020). Para aproximarse a la realidad local, el autor estima que deberían contemplarse nuevos espacios a nivel infra-regional (Occitanica, 2020).

En la segunda parte, recomienda implementar «una política de reparación histórica para las lenguas y culturas minoritarias» a través de una perspectiva voluntarista (Occitanica, 2020).

«A fin de apoyar estas lenguas, su [presencia] en la escuela, en [el sector] audiovisual y en la creación artística debe ser fomentada, como debe serlo la investigación básica, a tra-

vés de la creación de una comisión de investigación sobre las lenguas y culturas minoritarias, o de un centro (...) de documentación, de investigación y de intercambio sobre las lenguas y culturas [minoritarias]» (Occitanica, 2020).

Giordan concluye su Informe abogando por una verdadera ciudadanía cultural (Giordan, 1982; Miller, 2001).

Este Informe desemboca en una visita ministerial de Jack Lang en noviembre de 1982, primero a Pau y luego a Baiona, durante la cual una serie de convenios son firmados (Urteaga, 2007: 78). El primer convenio, refrendado por el Estado galo y el Departamento de los Pirineos-Atlánticos, contempla la concesión de una subvención de 1.100.000 francos para la defensa y la promoción de las culturas vasca y bearnesa, el acceso a los recursos culturales, el desarrollo y la proyección cultural del territorio y la ayuda a la creación. Simultáneamente, el convenio ratificado por el Ayuntamiento de Baiona y el Estado francés prevé conceder 740.000 francos al consistorio labortano a fin de estudiar el advenimiento de nuevas estructuras para el desarrollo cultural del País Vasco norte y el fortalecimiento de la acción cultural local (Urteaga, 2007: 78).

El 18 de diciembre de 1982, las organizaciones implicadas en las Jornadas mencionadas se reúnen para hacer un balance de «los resultados obtenidos [con respecto a] las reivindicaciones consignadas en el documento Estatus de la lengua y la cultura vascas» entregado al presidente Mitterrand el 10 de marzo (Oronos, 2002: 81). Las comisiones educación, cultura-patrimonio y medios de comunicación estiman que «el proyecto de Centro Cultural Vasco, que englobaría el teatro, el bertsolarismo, la investigación musical y las artes plásticas, [es demasiado] impreciso» (Oronos, 2002: 81). En cuanto a la comisión estructuras y estrategias, incide en la necesidad de reunir a las asociaciones culturales vascas en una federación (Oronos, 2002: 81). Esta idea es ratificada en la Asamblea del 25 de febrero de 1984 (Oronos, 2002: 84).

Precisamente, en su Asamblea general del 7 de abril de 1984, que se desarrolla en el Museo Vasco de Baiona, las 25 asociaciones culturales integrantes de las Jornadas deciden, de manera prácticamente unánime, aprobar los estatutos de Pizkundea (Oronos, 2002: 85). La Asamblea general deliberativa del 5 de mayo elige los once miembros de su Mesa presidida por Jean Haritschelhar. Tal y como indican sus estatutos, el objeto social de la federación es «favorecer el florecimiento de la lengua y la cultura vascas por todos los medios, [así como] dar a conocer y [llevar a cabo] el programa titulado “Para un estatus de la lengua y la cultura vascas” aprobado el 28 de noviembre de 1981 como Carta del movimiento cultural vasco»; y, «representar el movimiento cultural vasco a nivel regional, [estatal] e internacional» (Oronos, 2002: 86). A corto plazo, Pizkun-



dea presiona las administraciones públicas para que procedan a la creación del Centro Cultural del País Vasco.

## 2. La creación del Centro Cultural del País Vasco

En respuesta a la demanda proveniente de las asociaciones culturales vascas y aunque la fase de concertación haya sido breve, en abril de 1984, la Mesa del Consejo regional aprueba los estatutos del Centro Cultural del País Vasco. El 6 de junio, Lionel Jospin anuncia la presentación, en breve, de una proposición de ley sobre la Promoción de las lenguas y culturas regionales de Francia (Oronos, 2002: 86). Pizkundea se muestra crítico hacia ella y hace un llamamiento a la movilización, que tiene lugar el 23 de junio, para que la proposición de ley incluya una enmienda que garantice «la financiación pública de las *Ikastola*; de las *Gau Eskola* y de las radios de [expresión] vasca; la legalización de la enseñanza en vasco (...); el apoyo a los medios de comunicación públicos; la presencia del *euskera* en la administración pública; [y, la creación de] unos servicios de la cultura vasca» (Oronos, 2002: 88).

En ese contexto, las administraciones públicas implicadas en el proyecto acceden a modificar cuatro artículos de los estatutos del futuro Centro Cultural del País Vasco (CCPV). De hecho, «los artículos IV (las finalidades de la asociación del Centro Cultural del País Vasco), V (la composición de la asociación), IX (el Consejo de orientación) [y] X (el presupuesto [y] la contratación)» son aprobados de manera prácticamente unánime (Oronos, 2002: 88). Una vez los estatutos ratificados, se procede a la elección del Consejo de administración del CCPV, compuesto por «3 representantes del Estado, 3 de la Región, 3 del Departamento, 3 del Ayuntamiento de Baiona y 3 de los sectores culturales» (Oronos, 2002: 88). Y, el 13 de agosto, el Consejo de administración elige a la Mesa presidida por Ramuntxo Camblong. El 19 de agosto de 1984, el CCPV es registrado en la subdelegación del Gobierno de Baiona como asociación (Oronos, 2002: 89). El 20 de agosto, la Asamblea general de la nueva estructura designa a los quince representantes del Consejo de orientación cuya misión consiste en «definir los contenidos de las animaciones culturales del Centro y presentar los candidatos al Consejo de administración, (...) el cual contrata al director del Centro» (Oronos, 2002: 90).

No en vano, desde su creación, tres asociaciones culturales relevantes de Iparralde, que son Seaska, AEK y Arroka, cuestionan este Centro.

«[Denuncian] la ofensiva de envergadura que padece el movimiento cultural vasco por parte del Partido Socialista [en

el poder], acusan [el] Centro Cultural de estar al margen de la vida cultural local, de inscribirse en un modelo de cultura de prestigio y de mantener la cultura vasca en posición minoritaria, (...) y hacen un llamamiento a todas las asociaciones culturales vascas y a todos los militantes del *euskera*, a fin de analizar la situación (...) y la ofensiva que [padecen], para imaginar rápidamente la respuesta más adecuada» (Oronos, 2002: 89).

Esto demuestra, a la vez, la división existente dentro del movimiento cultural vasco y las reticencias prevalentes en organizaciones importantes del ámbito cultural vasco hacia esta nueva estructura.

A pesar de estas reservas, el Centro Cultural abre sus puertas el 2 de noviembre de 1984, bajo la responsabilidad de Bonnin, antes de que el director Buruccoa asuma sus funciones el 1 de junio de 1985 (Oronos, 2002: 95). «El proyecto cultural presentado por Buruccoa [fija] tres prioridades: al canto coral, la literatura, las artes plásticas; y una dominante [transversal]: la promoción y el desarrollo de la cultura vasca [a través de] unas ayudas a la creación y a la difusión de [las artes escénicas]» (Oronos, 2002: 96). El balance presentado al término de tres años de actividad no es desdeñable y algunas cifras permiten hacerse una idea relativamente clara al respecto:

«54 municipios [concernidos] por las actividades del Centro, 45 ayudas a la creación, 122 espectáculos [de las artes escénicas], más de 300 animaciones, la mayoría en entorno escolar, unas actividades de formación, unas producciones propias. Las actividades del Centro han afectado, para el primer semestre del año 1987, a 7.893 personas, de las cuales 3.887 son niños y adolescentes» (Oronos, 2002: 96).

A pesar de este balance, las tensiones recrudecen en el seno del CCPV con la dimisión de varios responsables de área. El conflicto se expresa con claridad en la Asamblea general del 18 de junio de 1988. En su discurso, el presidente Ramuntxo Camblong subraya los disfuncionamientos existentes y el escaso espacio dedicado a la cultura vasca, lo que ha conducido las asociaciones culturales vascas a retirarse de la actividad del Centro «practicando la estrategia del asiento vacío» (Oronos, 2002: 97). El informe de actividad, referente a los años 1986 y 1987, es rechazado, con 35 votos en contra y 20 votos a favor. Ante semejante panorama de crisis interna, Pizkundea propone reconstruir el Centro Cultural sobre unas nuevas bases: el 70% del presupuesto dedicado a la cultura vasca, un director vascoparlante y una toma en consideración de los tres Centros del interior (Oronos, 2002: 97-98). Estas demandas son conside-

radas inasumibles por las administraciones públicas que deciden poner fin a esta estructura.

### 3. La federación Pizkundea y Deiadar

Durante la existencia del Centro Cultural del País Vasco (1984-1988), la federación Pizkundea continúa solicitando una política de promoción de la radio-televisión en lengua vasca, de fomento de la enseñanza del *euskera* y en *euskera*, de incremento de las subvenciones concedidas por las administraciones públicas a las asociaciones culturales o de creación de un Departamento interuniversitario de Estudios Vascos (Oronos, 2002: 99). Lo cierto es que los avances en estas materias se hacen esperar, lo que conduce las asociaciones culturales vascas a reflexionar sobre la pertinencia de actualizar el texto de 1982. Para ello, dicha federación convoca unas nuevas Jornadas para «hacer el balance de la acción cultural; fijar unos objetivos en función de la realidad social y de la actualidad política; [y, dotarse de] instrumentos [para] una concertación permanente en el respeto de los objetivos de cada organismo» (Enbata, 1987). Pizkundea dedica sus Asambleas generales del 5 de diciembre de 1987 y del 12 de febrero de 1988 a actualizar el texto en torno a la noción de derechos culturales vascos (Oronos, 2002: 99-100).

En el documento renovado, los participantes a las Jornadas afirman el derecho del pueblo vasco a su identidad cultural, lo que significa «el derecho colectivo a vivir en un entorno multicultural con predominio vasco; el derecho a expresarse en *euskera*, no solamente en privado, sino también en el trabajo y en los servicios públicos; el derecho a una educación en *euskera*, de [la escuela infantil] a la universidad; el derecho, para la cultura vasca, a acceder a los medios modernos de comunicación y de animación; [y], el derecho a la cooperación cultural transfronteriza con el conjunto de [los territorios vascos]» (Oronos, 2002: 100). Para garantizar estos derechos, las asociaciones culturales vascas reclaman, una vez más, «un estatus legal para la lengua y la cultura vascas» (Oronos, 2002: 100). Para reforzar su demanda, se refieren a la Resolución del Parlamento europeo, aprobada el 30 de octubre de 1987, que dice lo siguiente:

«El Parlamento europeo recuerda que es indispensable que los Estados miembros reconozcan sus minorías lingüísticas(6) en el marco de su ordenamiento jurídico, creando así la

---

(6) Sobre las minorías lingüísticas y el derecho a las lenguas, se puede consultar el artículo siguiente: MÉNDEZ, E. (2013): «Minorías lingüísticas y derecho a las lenguas», *Journal Revista Internacional dHumanitats*, vol.16, núm. 27, págs. 7-28.

condición del mantenimiento y del desarrollo de las culturas y de las lenguas de las minorías regionales y étnicas. Apoya los esfuerzos desplegados por el Consejo Europeo para elaborar la Carta europea de las lenguas regionales y minoritarias» (Parlamento europeo, 1987 in Oronos, 2002: 100).

Sobre la base de esta Resolución, las Jornadas reactualizan las reivindicaciones de 1981 en todos los ámbitos: la constitución y el fortalecimiento de las entidades vascas, tales como las *Ikastola*, las *Gau Eskola* y *Udako Euskal Unibertsitatea*; la consolidación de los tres modelos de enseñanza del y en *euskera*; el fomento de la utilización de la lengua vasca para conseguir una «euskaldunización» de la población, de tal modo que el *euskera* se convierta en una lengua viva; el impulso de la animación sociocultural, la creación cultural y del Centro Cultural del País Vasco; y, el fortalecimiento de la unidad del movimiento cultural vasco (Oronos, 2002: 101).

Ante la ausencia de respuesta favorable a sus demandas de las administraciones públicas concernidas, Pizkundea, Seaska y AEK se reúnen en Hazparne, el 14 de abril de 1989, para constatar que «las visitas de los ministros [y] los dosieres, cada vez reactualizados, enviados a todos los escalones del poder, no [obtienen] ninguna respuesta satisfactoria. Ninguna negociación de fondo es iniciada. (...) La situación de las *Ikastola*, *Gau Eskola*, de las radios [de expresión vasca] sigue siendo precaria» (Oronos, 2002: 101). Por lo cual, estas asociaciones culturales vascas hacen un llamamiento a la movilización a favor de la cultura vasca participando en un Foro a fin de «reflexionar y decidir sobre las acciones a emprender en torno a urgencias y prioridades: 1) el convenio entre la federación de las *Ikastola* y el ministerio de Educación; 2) la formación interuniversitaria para los docentes de todas las ramas (...); y, 3) el Contrato Estado-Administraciones locales para el desarrollo de la cultura vasca» (Oronos, 2002: 102).

El primer Foro tiene lugar el 1 de mayo ante la Cámara de Comercio y de Industria de Baiona. Los participantes deciden organizar una movilización el 27 de mayo en las calles de la capital labortana bajo el lema *Deiadar*. «El consistorio municipal de Hazparne, reunido en sesión ordinaria, [aprueba] una moción que apoya el llamamiento de las asociaciones culturales, relevado por la Mesa de la Asociación de los electos [nacionalistas vascos]» (Enbata, 1989). Ante semejante panorama, el ministerio de Educación envía una invitación a Seaska para reanudar el diálogo interrumpido desde el mes de noviembre y Pizkundea es invitado a participar a una reunión en el ministerio de Cultura el 12 de mayo.

«Antes de la reunión de París, Pizkundea recibe una carta del [delegado el Gobierno] Desmet, con fecha del 10 de mayo, [en la cual manifiesta] el deseo del ministro de la Cultura de dar una [respuesta favorable] a las propuestas realizadas [por Pizkundea] antes de la disolución del Centro Cultural del País Vasco» (Oronos, 2002: 102-103).

En la reunión del 12 de mayo, el director adjunto del gabinete del ministro de la Cultura propone la creación de un Instituto Cultural Vasco, cuya organización interna, constitución del equipo técnico, medios, socios y sede serán objeto de una reunión posterior en Baiona (Oronos, 2002: 103).

A pesar de ello, los organizadores mantienen su convocatoria que se traduce por la asistencia de entre 2.500 y 3.000 personas a una movilización en las calles de Baiona en un ambiente festivo y reivindicativo. «La presencia de una treintena de alcaldes es [subrayada], señal de una evolución de las mentes y de una voluntad real de tener en cuenta las reivindicaciones culturales» (Oronos, 2002: 103). Como respuesta a esta manifestación multitudinaria, en su visita al País Vasco norte el 30 de junio de 1989, el ministro del Interior, Pierre Joxe, declara en la Asamblea general del Biltzar del País Vasco los esfuerzos llevados a cabo por el gobierno socialista para crear el Instituto Cultural Vasco en colaboración con los electos del territorio y las asociaciones culturales vascas (Oronos, 2002: 104).

El 11 de julio de 1989, una carta del ministerio de la Cultura y de la Comunicación, dirigida por el director de gabinete de Jack Lang al delegado del Gobierno, da su visto bueno a la creación del Instituto Cultural Vasco (Oronos, 2002: 105). Más concretamente: 1) «los estatutos elaborados por Pizkundea son aceptados y los representantes del Estado son designados»; 2) «el Instituto debe definir su [tipo] de intervención con la ayuda de los dos expertos designados por el ministerio»; 3) para 1989, «una participación financiera es decidida para la puesta en marcha del Instituto, con la condición de que los demás socios aporten una contribución equivalente»; y, 4) «el presupuesto de 1990 será definido en función de los proyectos presentados» (Oronos, 2002: 105).

Poco a poco, el Instituto Cultural Vasco toma cierta forma. «Durante su reunión del 9 de agosto de 1989, la Mesa de Pizkundea constituye una comisión, [compuesta por expertos voluntarios, para contribuir] a definir el funcionamiento y los modos de intervención del Instituto, teniendo en cuenta [las] propuestas de Pizkundea y [las] indicaciones del ministerio, facilitando el trabajo de los expertos ministeriales y acelerando la puesta en marcha del programa [para el periodo] 1989-1990» (Oronos, 2002: 106). Sobre la base de este documento, la reunión del 9 de noviem-

bre que se desarrolla en la subdelegación del Gobierno de Baiona, permite llegar a un acuerdo que consiste en la creación del Instituto Cultural Vasco y del Sindicato intermunicipal de apoyo a la cultura vasca (Oronos, 2002: 106).

Finalmente, después de meses de negociaciones difíciles, todos los socios se reúnen en la Cámara de Comercio y de Industria de Baiona, el 7 de abril de 1990, para aprobar los estatutos del ICV. El 21 de noviembre, los miembros designados se reúnen en la Villa Bakia para elegir las cuatro personalidades cualificadas y proceder a la elección de la Mesa presidida por Ramuntxo Camblong (Oronos, 2002: 107). La inauguración oficial de la sede del nuevo Instituto se produce el 4 de noviembre en presencia de un amplio abanico de cargos electos, representantes de la alta administración pública y actores del movimiento cultural vasco, y con la presencia del equipo técnico encabezado por su director, Txomin Heguy (Oronos, 2002: 109). La creación del ICV es un avance significativo para los actores culturales vascos reunidos en el seno de Pizkundea.

### III. La organización del Instituto Cultural Vasco

Una vez constituido como asociación, regida por la ley de 1901 (Légitime, 2020), el Instituto Cultural Vasco se dota de miembros, misiones, órganos de deliberación y de gestión, así como de un funcionamiento interno.

#### 1. Composición y misiones del ICV

Aunque la zona de intervención y de influencia privilegiada del ICV sea el País Vasco norte, puede promover acciones a nivel regional, estatal e incluso internacional (ICB, 2019). En ese espacio geográfico, que puede ampliarse según los proyectos y las colaboraciones, esta asociación tiene como misión «la promoción, el desarrollo sostenible y el resplandor de la cultura vasca en su dimensión permanente y evolutiva. Los ámbitos concernidos por [su acción] son el *eusquera*, la literatura y la edición, el teatro y el bertsolarismo, la producción audiovisual y la difusión digital, la danza, el canto y la música, las artes plásticas, el patrimonio y el medioambiente, el turismo y la gastronomía, las fiestas, el ocio, los juegos y los deportes vascos» (ICB, 2019). En ese sentido, privilegia una visión muy amplia de la cultura, vasca en este caso. En el marco de sus actividades, «el ICV puede ser llevado, para las artes escénicas, a ser [productor] de espectáculos» (ICB, 2019).

En semejante marco, las principales misiones de la entidad son «la asistencia a obradores para la elaboración de las políticas culturales (...); la dirección de obras de los proyectos en colaboración con las administraciones locales y territoriales; la dirección de obras para unos proyectos estructurantes y la mediación con nuevos públicos; el acompañamiento de los actores culturales [del territorio] en los ámbitos de la creación artística, la difusión de las obras creadas, la animación cultural y la formación de los artistas» (ICB, 2019). El desempeño de estas funciones implica mantener cierta neutralidad y no posicionarse políticamente de cara a asumir sus misiones con total independencia respecto a los diferentes partidos políticos, entidades sociales y asociaciones culturales o confesionales (ICB, 2019). Es llamativo, por inusual, el hecho de que el ICV dedique el artículo 6 de sus estatutos a ese aspecto. Evita así generar tensiones inútiles con los poderes públicos y suscitar divisiones en el mundo cultural vasco con el cual colabora estrechamente.

En cuanto a su composición, el Instituto Cultural Vasco se divide en dos grupos. El primero, compuesto por las instituciones, consta del Estado galo, del Consejo regional de Nueva Aquitania, del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos, de la Comunidad de Aglomeración que ha sustituido el Sindicato intermunicipal de apoyo a la cultura vasca a raíz de su creación en 2017 (Urteaga, 2017), el Departamento de Cultura del Gobierno Vasco y el Departamento de Lengua vasca del Gobierno de Navarra (ICB, 2019). El segundo, compuesto por los actores culturales, está formado por «asociaciones y otras personas morales que trabajan en el mundo artístico y cultural vasco, [y] personalidades cualificadas representativas [de ese mundo]» (ICB, 2019). Para poder ser miembro del ICV, un actor cultural debe ser aceptado por el Consejo de administración y su cotización anual está fijada por decisión de la Asamblea general (ICB, 2019).

## 2. Instancias, funcionamiento y financiación del ICV

Como todas las asociaciones, el ICV está regido por su Asamblea general compuesta por sus miembros que gozan, cada uno, de un voto, y «ningún miembro puede tener más de dos poderes a la vez» (ICB, 2019). Pueden igualmente participar en dicha Asamblea todos los delegados de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco y los alcaldes de los 158 municipios del País Vasco norte. «La Asamblea se reúne, como mínimo, una vez al año y cada vez que es convocada por el Consejo de administración o a la demanda de, al menos, una cuarta parte de sus miembros. Su orden del día [está fijado] por el Consejo de administración» (ICB,

2019). Además, «aprueba las cuentas del ejercicio [anterior] y el informe [de actividad] de la asociación, toma conocimiento del proyecto cultural para el ejercicio siguiente, delibera sobre las cuestiones [que figuran] en el orden del día y [procede, si es necesario], a la renovación de los miembros del Consejo de administración. El informe anual y las cuentas están [enviados] cada año a todos los miembros de la asociación» (ICB, 2019). El artículo 9 de los estatutos precisa que

«las convocatorias estarán dirigidas por correo, como mínimo, 15 días antes de la fecha de la reunión, acompañadas de los documentos necesarios. La Asamblea general deberá, igualmente, ser anunciada por vía de prensa en los mismos plazos. [Asimismo], los agentes retribuidos de la asociación tienen acceso a la Asamblea general [y] la Asamblea general solo puede deliberar si el tercio de sus miembros está presente o representado. Si no se alcanza el quórum, la Asamblea general es convocada de nuevo y delibera entonces de manera válida sea cual sea el número de [personas] presentes o [representadas]. Las deliberaciones son realizadas a la mayoría simple» (ICB, 2019).

El ICV está administrado por un Consejo que consta de 21 miembros. «Los miembros del Consejo son designados según su categoría, a saber, 10 miembros del [grupo] de las instituciones [y] 11 miembros del [grupo] de los actores culturales» (ICB, 2019). Esta es la composición actual del Consejo de administración del ICV:



Tabla 1

**Composición del Consejo de administración del ICV en 2020**

	<p>Representantes del Estado francés</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Éric SPITZ, delegado del Gobierno de los Pirineos-Atlánticos</li> <li>– Hervé JONATHAN, subdelegado del Gobierno de Baiona</li> <li>– Arnaud LITTARDI, director de la DRAC de Nueva Aquitania</li> </ul> <p>Representantes de la Región Nueva Aquitania</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Charline CLAVEAU-ABBADIE, consejera regional</li> <li>– Frédérique ESPAGNAC, consejera regional</li> </ul> <p><i>Suplentes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Émilie DUTOYA, consejera regional</li> <li>– Alice LEICIAGUEÇAHAR, consejera regional</li> </ul>
Instituciones	<p>Representantes del Departamento de los Pirineos-Atlánticos</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Max BRISSON, consejero departamental</li> <li>– Bénédicte LUBERRIAGA, consejera departamental</li> </ul> <p>Representantes de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Bernard ARRABIT, vice-presidente delegado a la política lingüística</li> <li>– Bruno CARRÈRE, consejero delegado a las colaboraciones culturales, enseñanza artística y patrimonio cultural</li> </ul> <p>Representante del Gobierno Vasco</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Aitziber ATORRASAGASTI, directora de la Cultura</li> </ul> <p>Representante del Gobierno de Navarra</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Mikel ARREGI, director de la Política lingüística</li> </ul>
Actores culturales	<p>Mikel ERRAMOUSPÉ, presidente</p> <p>Pierre-Paul BERZAITZ, vice-presidente</p> <p>Juhane DASCON, secretario</p> <p>Peio SOULÉ, tesorero</p> <p>Agnès AGUER, vocal</p> <p>Patxi AMULET, vocal</p> <p>Julien CORBINEAU, vocal</p> <p>Jean-Baptiste COYOS, vocal</p> <p>Katixa DOLHARÉ-CALDUMBIDE, vocal</p> <p>Xabi ETCHEVERRY, vocal</p> <p>Filipe LESGOURGUES, vocal</p>
Invitados	<p>Erramun BACHOC, asesor lingüístico</p> <p>Bernadette SOULÉ, directora de la OPLV</p>

*Fuente:* Instituto Cultural Vasco, 2020d.

En caso de vacante, «el Consejo de administración procede provisionalmente a la sustitución de sus miembros. Se procede a su sustitución definitiva en la Asamblea general siguiente. (...) La renovación del Consejo de administración se produce íntegramente al final del mandato; [sabiendo que] la duración del mandato está fijado en tres años [y que] los miembros salientes son reelegibles» (ICB, 2019).

Como lo estipula el artículo 11 de los estatutos, «en cada renovación, el Consejo de administración elige, entre sus miembros, a boletín secreto, la Mesa compuesta por un presidente, uno o dos vice-presidentes, un tesorero y un tesorero adjunto, un secretario y un secretario adjunto» (ICB, 2019). Los miembros de la Mesa son elegidos para la duración de su mandato. «La Mesa puede invitar cualquier persona cuya colaboración le parece útil» (ICB, 2019). Por último, la Mesa prepara y anima los trabajos del Consejo de administración (ICB, 2019). En cuanto al presidente, «representa la asociación en todos los actos de la vida civil y ordena el gasto. Puede delegar [algunas de sus competencias] en las condiciones fijadas por los estatutos. [En cambio], en caso de representación [ante la] justicia, el presidente no puede ser sustituido por un mandatario que actúe en virtud de una procuración especial» (ICB, 2019).

El Consejo de administración determina «las orientaciones generales de las actividades del ICV, reúne los recursos necesarios a su realización y vigila el alcance de los objetivos fijados. Aprueba cada año el presupuesto previsional y el programa de actividades de [la entidad]» (ICB, 2019). Puede, asimismo, «organizar unos grupos de trabajo e [iniciar] unos periodos de reflexión para formular unas [propuestas] que conciernen las funciones [esenciales] del Instituto Cultural Vasco» (ICB, 2019).

En cuanto al funcionamiento del Consejo de administración, es el siguiente:

«el Consejo de administración se reúne, al menos, una vez por trimestre y cada vez que está convocado por su presidente o a la demanda de la cuarta parte de sus miembros. Las convocatorias son enviadas, como mínimo, 15 días antes de la reunión. El orden del día de las sesiones está establecido por la Mesa. Consta obligatoriamente de los temas cuya discusión es solicitada por la cuarta parte de sus miembros o por el director. El Consejo puede, sobre propuesta del presidente o del director, (...) invitar cualquier persona cuya colaboración le parece útil. La ausencia no escusada a dos reuniones consecutivas del Consejo de administración está considerada como una dimisión tacita [cuya] notificación [será enviada] al interesado. La presencia o la representación de al menos la mitad de sus miembros es necesaria para la validez de las de-

liberaciones. (...) Cuando no se alcanza el quórum, el Consejo de administración es aplazado y delibera entonces con validez sea cual sea el número de [personas] presentes y [representadas]» (ICB, 2019).

El artículo 13 de los estatutos precisa que «los miembros del Consejo de administración no pueden recibir ninguna remuneración relativa a su función [y solamente] unos reembolsos de gastos de misión y de desplazamiento son posibles. [En cualquier caso], unos justificantes deben ser [presentados] que son objeto de averiguación. El informe financiero presentado a la Asamblea general deberá mencionar los gastos pagados a miembros del Consejo de administración y a los [auditores externos]. Los agentes retribuidos por la asociación pueden ser llamados por el presidente, a asistir, con voz consultiva, a las sesiones de la Asamblea general y del Consejo de administración» (ICB, 2019).

Además, el Consejo de administración del ICV recibe y analiza las candidaturas al puesto de director que puede ser ocupado por un funcionario en servicios especiales. Dicho Consejo «examina el proyecto de desarrollo cultural de los candidatos y nombra al director. Esta nominación está sometida al [visto bueno] del ministro encargado de la Cultura. La decisión del Consejo de administración y [el aval] del ministro [de la] Cultura se fundarán en las competencias [de los candidatos] en el ámbito artístico y cultural» (ICB, 2019).

«Tras consultar los actores culturales y en concertación con el equipo profesional, el director elabora el programa de acción en conformidad con las orientaciones del Consejo de administración. Dispone, por parte del presidente, de la delegación de poderes necesaria para la gestión ordinaria del Instituto Cultural Vasco, en los límites fijados por el presupuesto» (ICB, 2019).

A su vez, «es responsable del conjunto del personal a cuya contratación procede. Tiene delegación del presidente para la firma de los contratos de los asalariados. Es responsable ante el Consejo de administración de la ejecución del proyecto de desarrollo artístico y cultural, y del programa anual de actividades. Asiste, a título consultivo, a las reuniones de las instancias deliberativas de la asociación, y al Comité financiero, excepto para las cuestiones que conciernen su situación personal» (ICB, 2019). En otros términos, el director goza de una amplia autonomía de gestión y de un verdadero poder de decisión.

De cara a garantizar la mayor transparencia y eficiencia posible en la gestión, «se ha instituido un Comité financiero compuesto por unos

miembros institucionales o sus representantes, el presidente de la asociación y el tesorero. Se reúne a la demanda de uno de sus miembros y, al menos, una vez al año. El presupuesto y cualquier decisión financiera de naturaleza a modificar los equilibrios financieros de la asociación solo son ejecutorias tras su aprobación, por el Comité financiero, a la mayoría simple. La cuenta de resultados está igualmente sometida a su aprobación» (ICB, 2019).

En cuanto a la financiación, los ingresos de la asociación provienen de la renta de sus bienes; de las cotizaciones y suscripciones de sus miembros; de las subvenciones del Estado, de las colectividades territoriales y de los establecimientos públicos y privados(7); de los productos de las liberalidades y de todos los recursos cuyo empleo está autorizado durante el transcurso del ejercicio; de los recursos creados a título excepcional y, si es necesario, con el aval de la autoridad competente; del producto de las retribuciones percibidas por servicio prestado y los recursos que resultan del ejercicio de las actividades (ICB, 2019). Se mantiene una contabilidad que hace aparecer anualmente la cuenta de explotación, el resultado del ejercicio y el balance revisado y avalado por una auditoría externa designada por la Asamblea general (ICB, 2019).

#### **IV. Las orientaciones estratégicas del ICV**

Sobre la base de estos estatutos, que determinan la composición, las misiones, las instancias, el funcionamiento y la financiación de la entidad, el ICV ha fijado siete orientaciones estratégicas que constituyen su proyecto cultural.

La primera orientación consiste en acompañar la integración y el desarrollo de la cultura vasca en las políticas culturales (ICB, 2020h). En efecto, el ICV es, hoy en día, un polo de recursos reconocido y un socio privilegiado en lo que se refiere a la cultura. Esta legitimidad se apoya en «sus treinta años de experiencia; sus competencias profesionales en materia de ingeniería cultural; su integración en (...) las redes» (ICB, 2020h). Este posicionamiento le permite aportar su peritaje y sus consejos tanto a diversas administraciones públicas territoriales como a las estructuras especializadas en las artes escénicas reconocidas. Así, el ICV juega «un papel importante de instigador y de coordinador en materia de integración

---

(7) Precisamente, se trata del Estado francés, de la Región Nueva Aquitania, del Departamento de los Pirineos-Atlánticos, de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco, del Gobierno Vasco, del banco Crédit Agricole Pyrénées-Gascogne y del Fondo de dotación Culture-Kultura (ICV/Escena nacional Sur-Aquitania).

y desarrollo de la cultura vasca en las diferentes políticas culturales» (ICB, 2020h).

De cara a fomentar la integración de la cultura vasca en las políticas culturales y en su afán de garantizar que la cultura vasca y sus especificidades sean integradas y tenidas en cuenta de la manera más eficiente y eficaz posible en las políticas culturales, el ICV colabora estrechamente con el Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos y la Comunidad de Aglomeración del País Vasco (ICB, 2020h). Concretamente, «en el marco de un convenio de colaboración plurianual, el ICV asume, por cuenta del Departamento, una misión específica de asistencia a los obradores de manera a favorecer la integración de la lengua y la cultura vascas en el seno de la política departamental a favor de lo audiovisual y del cine, de la educación artística y cultural, y en el seno de la red de lectura pública» (ICB, 2020h). En cuanto a la Comunidad de Aglomeración de reciente creación, «el ICV se compromete a acompañarla en la definición de su política a favor de la cultura vasca en todos los ámbitos de acción que le incumben» (ICB, 2020h).

Asimismo, a fin de ayudar la elaboración de una programación cultural vasca de calidad y, más concretamente, de promover la creación en *euskera* o que tiene como objeto la cultura vasca, y de garantizar su difusión a través de diferentes redes en dirección de públicos variados, el ICV realiza una serie de propuestas. Así, «las múltiples [colaboraciones llevadas a cabo a lo largo de los años] con los diferentes polos territoriales de la CAPV, los municipios o las estructuras [reconocidas] del territorio, toman la forma de un apoyo financiero y/o en ingeniería que permite la elaboración de un programa cultural que [consagra un lugar preponderante] a la cultura vasca» (ICB, 2020h). Varios ejemplos permiten ilustrar esa labor.

- Por una par, «el ICV apoya y se implica cada año en la programación de las artes escénicas en *euskera* a través de la [producción compartida] de varios espectáculos con la Escena nacional Sur-Aquitania» (ICB, 2020h).
- Por otra parte, «sea con el Centro Coreográfico Nacional Malandin Ballet Biarritz o la Atabal, los Ayuntamientos de Baiona o Hendaia, las Mediatecas de Biarritz o Hazparne, el ICV coorganiza a lo largo del año conferencias, conciertos o exposiciones que permiten a la cultura vasca encontrar su lugar en la programación cultural de estos organismos» (ICB, 2020h).

A su vez, el Instituto Cultural Vasco desea contribuir a la aplicación de los derechos culturales. De hecho, tanto la declaración de la UNESCO sobre la diversidad cultural (2001) como la declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (2007), consideran los derechos culturales como

parte integrante de los derechos humanos (ICB, 2020h) (8). Integradas en la ley NOTRe (ley relativa a la Nueva organización territorial de la República) de 2015 (Légifrance, 2015) así como en la ley LCAP (ley relativa a la Libertad de la creación, la arquitectura y el patrimonio) de 2016 (Légifrance, 2016), los derechos culturales obligan a salir de las simples lógicas de necesidad, de acceso o de consumo en beneficio de una comprensión de los derechos, de las libertades, de las responsabilidades, dando la capacidad a cualquier persona de participar en el conocimiento, la práctica, la difusión y el desarrollo de recursos culturales, de los más cotidianos a los más excepcionales» (ICB, 2020h).

En el País Vasco norte, las múltiples transformaciones político-administrativas y socioeconómicas que se han producido en los últimos años, incitan al Instituto Cultural Vasco «a revisar sus vínculos con los diferentes públicos, a pensar la cultura vasca en un territorio [a la vez rural y urbano, hecho de] arquitectura, de paisajes diversos [y de] diversidad cultural» (ICB, 2020h). En este contexto, el ICV desea «profundizar la perspectiva de los derechos culturales de manera a integrar los plenamente en su [propio trabajo interno] pero también facilitar su inclusión en las políticas culturales, en colaboración con sus asociaciones-miembros y [los] actores del territorio» (ICB, 2020h). Esta temática constituirá un eje prioritario de la entidad en los años venideros.

La segunda orientación estratégica pretende informar y sensibilizar a la población sobre la cultura vasca, ya que constituye un aspecto esencial de la política cultural impulsada por el ICV.

«Las diversas acciones que lleva a cabo en el ámbito de la mediación cultural están destinadas a unos públicos variados

---

(8) A ese propósito, es preciso recordar que «el año 2009 fue clave en la generación de procesos internacionales a favor de la clarificación de los derechos culturales» (ONU, 2010: 5). De hecho, el 19 de noviembre de ese mismo año, se aprobó la Observación General sobre el derecho a participar en la vida cultural que «dota a los gobiernos y administraciones de indicaciones sobre qué contempla ese derecho» (ONU, 2010: 6). Siempre en 2009, Farida Shaheed fue nombrada Experta Independiente del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para los Derechos Culturales, lo que indicaba «el interés que la cuestión de los derechos culturales está despertando en los órganos de Derechos Humanos de Naciones Unidas» (ONU, 2010: 7).

Asimismo, es necesario hacer referencia a la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 6 de octubre de 2016, de «una resolución que exhorta a todos los Estados a que respeten, promuevan y protejan el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, incluida la capacidad de acceder al patrimonio cultural y disfrutar de él, y de tomar medidas para conseguir este objetivo» (ONU, 2016). Esta iniciativa se inscribe en la continuidad a la declaración conjunta presentada ante el Consejo de Derechos Humanos por una coalición de 145 países en marzo de 2016 (ONU, 2016). «Esta declaración condena la destrucción intencional de los patrimonios culturales, reclama la identificación de las mejores prácticas para su prevención y la concientización acerca de la relación mutuamente reforzada entre la protección de los patrimonios culturales y los derechos humanos y sobre los riesgos que enfrentan los defensores de los patrimonios culturales» (ONU, 2016).

y se declinan según dos [ejes principales]: la implementación de acciones y de instrumentos de sensibilización; y el acompañamiento y la movilización de socios» (ICB, 2020i).

Por una parte, una de las principales misiones del Instituto Cultural Vasco consiste en «despertar el interés y la curiosidad de múltiples públicos [por] la cultura vasca» (ICB, 2020i). Sea a través de «la participación a una conferencia, la visita de una exposición o la experimentación de una tecnología móvil, el objetivo del ICV es hacer [de tal forma] que cada persona pueda beneficiarse de instrumentos y de recursos con las cuales pueda enriquecer su cultura personal» (ICB, 2020i). A tal fin, el ICV «elabora sus proyectos con sus socios [en los ámbitos] de la cultura, de la educación o de la documentación» (ICB, 2020i). Por lo cual, el Instituto se ha involucrado, desde hace varios años, en una serie de proyectos, tales como:

- la concepción compartida de instrumentos de sensibilización, como pueden ser «exposiciones multimedia y didácticas itinerantes, aplicaciones digitales lúdicas en vasco inspiradas en la exposición itinerante “SOKA, mirada sobre la danza vasca”, caja de lectura juvenil, etc.» (ICB, 2020i);
- la organización, en colaboración, de jornadas de sensibilización a la cultura vasca «a destinación de los profesionales de la lectura pública, pero también de los docentes y de los alumnos del Conservatorio con proyección regional Maurice Ravel» (ICB, 2020i);
- la programación conjunta de conferencias destinadas a un amplio público sobre temáticas diversas (ICB, 2020i);
- la valorización de la actualidad cultural y la edición a través de su página Internet y las redes sociales (ICB, 2020i).

Por otra parte, con el objetivo de «fomentar la educación artística a la cultura vasca y en lengua vasca, y, por extensión, de enriquecer la vida cultural en entorno escolar y extraescolar, el ICV se ha involucrado en un trabajo de coordinación de diversos socios [para impulsar] una nueva dinámica en [esta] materia» (ICB, 2020i). Así, para acompañar «los docentes, las operaciones culturales proponen unos talleres de educación a la cultura vasca y/o en lengua vasca al público escolar o [a los trabajadores de las mediatecas] del territorio» (ICB, 2020i). El ICV se implica en una serie de proyectos, como pueden ser:

- «la animación, junto con el Consejo departamental de los Pireneos-Atlánticos, de un grupo de trabajo dedicado a la educación artística y cultural en *euskera*» (ICB, 2020i);
- «la movilización de socios en torno a la puesta en marcha de diversas acciones pedagógicas, tales como el dispositivo Zineskola o la

creación de un dossier pedagógico en torno a la exposición “SOKA, miradas sobre la danza vasca”» (ICB, 2020i);

- el apoyo técnico a la Biblio64 «en la puesta en marcha, a través de la red Bilketa, de un grupo de trabajo sobre las *kamishibai* en lengua vasca» (ICB, 2020i).

La tercera orientación estriba en acompañar la estructuración y el desarrollo de ámbitos sectoriales. En efecto, más allá del hecho de trabajar de manera genérica por la conservación, transmisión, difusión y creación en materia de cultura vasca sea cual sea el sector, «la estructuración y el desarrollo de ciertos [sectores] se halla en el corazón de las misiones del ICV» (ICB, 2020j). Tanto el cine, la danza, el teatro, las artes escénicas destinadas a los jóvenes, el bertsolarismo como la literatura se benefician de un acompañamiento específico (ICB, 2020j). Simultáneamente, desde hace algunos años, «unos ámbitos sectoriales [gozan] de un apoyo particular por parte del ICV y forman parte de sus prioridades de acción» (ICB, 2020j).

Así, además de impulsar unos programas de películas del repertorio, a escala del País Vasco norte, con Gabarra Films,

«el ICV contribuye fuertemente a la mejora, al aumento y a la [perpetuación] de la actividad de distribución del cine vasco en el [territorio], en la región Nueva Aquitania así como a nivel [estatal]. El trabajo de proximidad llevado a cabo con los operarios del territorio, animado desde el inicio por el Instituto Cultural Vasco, ha permitido optimizar la circulación de las películas en [los cines], garantizar su [proyección] en el tiempo y coordinar la animación en torno a las películas» (ICB, 2020j).

A su vez, desde 2014, el ICV se ha comprometido plenamente, con la Federación de danza vasca, «para estructurar la danza vasca en torno a un nuevo esquema [unificado] que incluya la valoración de ese patrimonio, la transmisión y la creación. Desde la validación de su proyecto en 2015, [dicha Federación] no cesa de prosperar, perennizar y mejorar las acciones y dispositivos a favor de la práctica de la danza vasca en el territorio» (ICB, 2020j).

En cuanto al teatro, con el programa Ibilki, «el ICV da un nuevo impulso al teatro en lengua vasca, renueva su público y crea una red de programadores a escala del territorio que reúne una decena de [entidades comprometidas con] el teatro vasco» (ICB, 2020j). De manera más amplia, el Instituto Cultural Vasco desea ampliar y diversificar la oferta en *euskera* de las artes escénicas. «Es lo que permite el programa Kimu, [dado



que se trata de un] dispositivo que permite a unos actores [de las artes escénicas] vasco-parlantes beneficiarse de una trayectoria de formación adecuada y de calidad» (ICB, 2020j).

Tratándose del bertsolarismo, el Instituto se involucra plenamente en la promoción, difusión y desarrollo de la improvisación versificada y cantada «a través de la financiación de la asociación Bertsularien Lagunak» (ICB, 2020j).

Por último, en el ámbito de la literatura, «el ICV gestiona, [solo o en asociación], varios dispositivos que favorecen la promoción y la creación», tales como el programa de acompañamiento de los editores del País Vasco norte en la Feria de Durango, la beca literaria Gazteluma o el llamamiento a candidaturas para una residencia de escritura en Nekatoenea situada en Hendaia (ICB, 2020j).

La cuarta orientación estratégica aspira a enriquecer la investigación y el conocimiento sobre el patrimonio cultural inmaterial. De hecho, «el comité del Patrimonio etnológico e inmaterial ha concedido el 12 de enero de 2017 el *label* “Etnopolo” al consorcio formado por el Instituto Cultural Vasco y la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales, vía la Unidad Mixta de Investigación en ciencias humanas y sociales Georg Simmel, para una duración de cuatro años (2017-2021)» (ICB, 2020k). Fruto de la larga colaboración existente entre el Polo patrimonial del ICV y las investigaciones etnológicas llevadas a cabo en el País Vasco norte por el CNRS, el proyecto de Etnopolo Vasco aspira a investigar la relación entre patrimonio y creación; la oralidad; la valorización de los recursos digitales sobre la cultura vasca; y, las pluralidades lingüísticas (ICB, 2020k).

«A fin de tratar estos temas de manera operativa, un programa de acción, verdadera hoja de ruta, ha sido constituido para el periodo 2017-2021. Elaborado en torno a tres ámbitos de intervención que son la investigación, la creación y la mediación, el programa de acción está declinado en once orientaciones estratégicas para las cuales varias acciones han sido definidas» (ICB, 2020k).

La quinta orientación estratégica pretende reforzar la cooperación cultural transfronteriza y la proyección de la cultura vasca. De hecho, a través de múltiples colaboraciones llevadas a cabo a lo largo de los años con diferentes instituciones, entidades o asociaciones del País Vasco sur, así como con estructuras culturales de Nueva Aquitania, el Instituto Cultural Vasco aspira a 1) «ayudar la difusión de los artistas vascos de Iparralde»; 2) «dar una mayor visibilidad a la cultura vasca»; e, 3) «incrementar los intercambios artísticos» (ICB, 2020l). Hoy en día, después de una trayectoria de treinta años, los operarios culturales de Euskadi, Navarra y

Nueva Aquitania reconocen el ICV como «un socio ineludible para la difusión y la ingeniería en materia de cultura vasca» (ICB, 2020I). Las colaboraciones de carácter transfronterizo son diversas.

- Entre los socios institucionales preferentes del País Vasco sur se encuentra el Gobierno Vasco. De hecho, «el ICV renueva cada año su convenio de colaboración con el [Departamento de Cultura] del Gobierno Vasco», sabiendo que el primer convenio data de 2004. El objetivo de esta colaboración es reforzar los intercambios entre los territorios vascos situados a ambos lados de la frontera «en los ámbitos del patrimonio, de las artes escénicas, de la literatura y de las artes visuales» (ICB, 2020I).
- A su vez, lanzado en 2016 por el ICV y la Eurorregión Nueva Aquitania-Euskadi-Navarra, el programa Aquitaine.eus «fomenta la movilidad y la difusión de los actores [del País Vasco norte], de Euskadi y de Navarra a Nueva Aquitania» y, más ampliamente, la cooperación transfronteriza (ICB, 2020I).
- La colaboración concierne igualmente la Diputación Foral de Gipuzkoa. Es cuestión, ante todo, de dar a conocer los artistas de Iparralde así como los diferentes aspectos de la cultura vasca en ese territorio histórico. Iniciada en 2001, «la colaboración concierne la organización de un ciclo cultural titulado Iparraldea Bertan (...) en la Biblioteca del Centro Cultural Koldo Mitxelena de Donostia» (ICB, 2020I).
- El ICV colabora también con los Ayuntamientos de Donostia y Getxo.
- Asimismo, el Instituto Cultural Vasco ha firmado un convenio, renovado anualmente desde 2006, con la asociación Gerediaga. Este «permite garantizar a las editoriales, *labeles* y estructuras audiovisuales de Iparralde una presencia creciente y perenne en la Feria del Libro y del Disco de Durango, encuentro anual ineludible de la cultura vasca» (ICB, 2020I).

Pero, las colaboraciones conciernen, igualmente, las entidades culturales de Nueva Aquitania, de cara a alcanzar un doble objetivo: por una parte, «poner en marcha o apoyar unos proyectos de intercambios interculturales a fin de poner en común la creación artística vasca con las demás culturas de Nueva Aquitania»; y, por otra parte, «integrar la cultura vasca en su programación artística» (ICB, 2020I).

La sexta orientación tiene como objetivo desarrollar una estrategia digital. «Desde un punto de vista general, la mediación cultural [aspira a] favorecer la apropiación colectiva de las diferentes formas de arte y de patrimonio haciendo oficio de [intermediario] entre unos públicos y unos contenidos culturales» (ICB, 2020m). Contemplado desde la perspectiva

de la desmaterialización de los soportes y de la interconexión de los individuos y de las máquinas a través de Internet, «lo digital ha profundamente [transformado] ese trabajo de mediación» (ICB, 2020m).

Desde inicios de los años 2000, «el ICV desarrolla una mediación digital de la cultura vasca que se expresa a través de instrumentos técnicos (...) que permiten, a la vez, el acceso a unas informaciones o a unos recursos digitales, pero también un intercambio entre actores culturales y públicos» (ICB, 2020m).

«La estrategia digital constituye el marco que guía la implementación, la evaluación y la mejora de los dispositivos de mediación digital del ICV» (ICB, 2020m).

A lo largo del año 2017, el equipo técnico del Instituto «ha redactado una hoja de ruta que [dibuja los grandes ejes], y ha empezado a ponerla en marcha en 2018» (ICB, 2020m). Esta hoja de ruta relativa a la estrategia digital del ICV, para el periodo 2018-2020, consta de cinco prioridades: 1) la difusión de las investigaciones y reflexiones relativas a la cultura vasca; 2) la facilitación del acceso a las bases de datos patrimoniales; 3) la producción y el intercambio de contenidos digitales editados; 4) la agregación y la valorización de la actualidad cultural y artística; y, 5) la comunicación en torno a la oferta digital del Instituto Cultural Vasco (ICB, 2020m).

La séptima y última orientación estratégica del ICV concierne el apoyo al sector cultural asociativo. En efecto, «de cara a valorizar y apoyar la creación artística y las diferentes acciones que favorecen la práctica y el acceso a la cultura, el ICV aporta, desde su creación, un apoyo (...) a las asociaciones del territorio, obrando en el ámbito de la cultura vasca, en la elaboración de sus proyectos» (ICB, 2020n). Para apoyar esta oferta cultural variada que prevalece en el País Vasco norte, «el Instituto Cultural Vasco ofrece dos tipos de acompañamientos a sus asociaciones miembros, una ayuda técnica y financiera, [y] otra [más centrada] en la información y la sensibilización» (ICB, 2020n).

- Por un lado, el dispositivo de sostén técnico y financiero «aspira a apoyar los proyectos cuyo objeto es llevar a cabo una acción cultural a favor de la creación, la difusión, la práctica o la mediación artística, la valorización del patrimonio y el acceso a las riquezas culturales vascas de manera general» (ICB, 2020n). De esta forma, cada año, tras el lanzamiento de su convocatoria de proyectos, «el ICV selecciona y apoya un centenar de proyectos» (ICB, 2020n).
- Por otro lado, «a fin de responder a las necesidades expresadas por sus asociaciones-miembros, tanto sobre la gestión diaria como sobre

los diferentes dispositivos existentes para ayudar el desarrollo de sus proyectos, el ICV ha puesto en marcha desde 2011 un programa de información. Este toma la forma de diversos [momentos] de información y un acompañamiento colectivo anual. Para ello, el ICV se apoya en el Dispositivo Local de Acompañamiento» (ICB, 2020n).

## V. Programas y dispositivos del ICV

Para concretar y dar consistencia a sus orientaciones estratégicas que conforman su proyecto cultural, el Instituto Cultural Vasco ha concebido e implementado una serie de programas y dispositivos.

### 1. Los programas implementados

Entre los programas implementados por el ICV, figuran Eleketa, Ibilki, Kímu, el acompañamiento de las asociaciones miembros, Aquitaine.eus, el acompañamiento de los profesionales de la lectura pública, el acompañamiento de las estructuras de Iparralde en la Feria de Durango, y el tratamiento de los archivos sonoros y audiovisuales antiguos.

El primer programa denominado Eleketa, iniciado y puesto en marcha por el Instituto Cultural Vasco, tiene como fin «[recopilar], archivar y difundir la memoria oral del País Vasco norte» (ICB, 2020p). De hecho, el patrimonio cultural inmaterial se expresa diariamente a través de la lengua, las prácticas sociales, los rituales, las fiestas, las artes escénicas o la artesanía (ICB, 2020p). «A fin de conservar pero también de difundir la vivencia y el conocimiento que tienen [las personas] de estas prácticas, el ICV se ha involucrado en 2007 en un importante proyecto de recogida de la memoria oral de los habitantes del País Vasco norte. Ese trabajo (...) se efectúa desde 2009 bajo la dirección de obra del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos» (ICB, 2020p).

Así, unos treinta testimonios son recogidos anualmente. «Cada testimonio está filmado, digitalizado, secuenciado y descrito (biografía del testigo, condiciones de la entrevista, contenido de la secuencia) de manera a ser archivado y comunicado al público [a través del] Polo Archivos departamentales de Baiona» (ICB, 2020p). Asimismo, un espacio de consulta está abierto al público en la sede del ICV en Uztaritze y «ciertos testimonios son consultables en la plataforma Mintzoak.eus» (ICB, 2020p).

«El ICV tiene también la [voluntad] de valorizar los fondos Eleketa a través de exposiciones itinerantes multimedia (Ami-

kuztarrak mintzo, memoria del País de Cize, Itsasuarrak, la gente del mar, Soka), de creaciones artísticas, de acciones de mediación en los diferentes polos territoriales, escuelas y mediatecas» (ICB, 2020p).

A través del programa, el ICV desea alcanzar un triple objetivo: 1) recoger la memoria oral del País Vasco norte; 2) archivar los testimonios; y, 3) difundir el fondo gracias a la puesta a disposición del público y a través de diversas operaciones de valorización (ICB, 2020p). Estos objetivos han sido alcanzados, ya que, en el periodo 2007-2019, 365 personas han sido filmadas, 8.800 extractos audiovisuales han sido registrados en las bases de datos de los archivos departamentales, 687 horas de grabación han sido compiladas y 122 municipios del País Vasco norte han sido representados (ICB, 2020p).

El segundo programa es Ibilki. A través de ese programa, «el Instituto Cultural Vasco fomenta y apoya la difusión del teatro en lengua vasca en todo el País Vasco norte, [además de darle] un nuevo impulso. Para ello, diferentes actores culturales se reúnen formando así una red activa que se compromete a favor del teatro en *euskera*. Mutualizan los medios y las competencias a fin de mostrar al [mayor público posible] la vitalidad, calidad y diversidad del teatro vasco actual» (ICB, 2020q).

Vía la firma de convenios de colaboración plurianuales con los servicios culturales de los Ayuntamientos del País Vasco norte, «el ICV apoya activamente la difusión en materia de artes escénicas de expresión vasca desde hace varios años» (ICB, 2020q).

«[Para crear] un verdadero circuito de difusión del teatro profesional en *euskera* en el conjunto (...) de Iparralde, el Instituto Cultural Vasco ha lanzado el programa Ibilki en 2013. Reuniendo cada año a una decena de municipios, el programa, animado por el ICV, les permite intercambiar sobre las creaciones teatrales, mutualizar sus medios y competencias, poner en marcha un plan de comunicación común y una parrilla tarifaria compartida. Así, cada temporada, tras intercambio e identificación de propuestas que emanan de los miembros de la red, diferentes espectáculos son seleccionados y difundidos varias veces en diversos lugares del territorio» (ICB, 2020q).

Este programa aspira a alcanzar cuatro finalidades básicas: apoyar la difusión del teatro en lengua vasca en Iparralde; dar una nueva dinámica al teatro vasco parlante; renovar y ampliar el público del teatro en lengua vasca; y, crear una red de programadores del teatro en *euskera* en el te-

rritorio (ICB, 2020q). Para el año 2019, los datos son halagüeños, puesto que 10 espectáculos han sido montados, 13 compañías han sido ayudadas y 21 representaciones han tenido lugar en 10 espacios reuniendo a 2.625 espectadores (ICB, 2020q).

El tercer programa, Kimu, permite a los actores de las artes escénicas vascoparlantes «beneficiarse de una trayectoria de formación adecuada y de calidad en [su ámbito] a destinación de [los jóvenes]» (ICB, 2020r). De hecho, hoy en día, «la oferta en lengua vasca propuesta al público joven en los ámbitos del teatro, de la danza, del circo o de [los títeres] sigue siendo demasiado limitada y no puede satisfacer los públicos, actores culturales y centros escolares; [más aún sabiendo que estos] últimos años el número de alumnos de las [ramas bilingües] no para de crecer» (ICB, 2020r).

Partiendo de esta constatación, en 2015, en colaboración con Donostia Kultura, «el Instituto Cultural Vasco ha lanzado el programa (...) de formación en las artes escénicas destinado a los creadores del sector del público joven» (ICB, 2020r).

«Así, cada año, al término de una convocatoria de proyectos, cuatro artistas vascoparlantes son seleccionados por un comité de [dirección] compuesto por representantes de cuatro estructuras: ICV, Donostia Kultura, Biarritz Culture y Teatro Paraiso. Los candidatos elegidos se benefician (...) de un acompañamiento por parte [de dicho comité] con el cual una trayectoria formativa es elaborada en función del perfil de cada uno. Cubriendo un periodo de nueve meses, el programa está compuesto por la visualización de espectáculos durante los mejores festivales europeos en el ámbito del público joven, la participación en cursillos, talleres y/o *workshops* con profesionales europeos reconocidos del sector, y, por último, la presentación de un trabajo de investigación o de un proyecto al término del [periodo] de formación» (ICB, 2020r).

A través del programa Kimu, el ICV y sus socios persigues tres fines: 1) acompañar los actores de las artes escénicas a través de la propuesta de una trayectoria formativa a medida en el ámbito del público joven; 2) diversificar la oferta en *euskera* destinada al público joven en las artes escénicas; y, 3) dinamizar el sector del público joven en *euskera* (ICB, 2020r). Así, durante el año 2019, cuatro artistas han sido seleccionados que han realizado 240 horas de cursillos, talleres y/o *workshops*, y han visualizado 120 espectáculos en más de 15 festivales (ICB, 2020r).

El cuarto programa consiste en el acompañamiento de las asociaciones-miembros. Ese programa de información puesto en marcha, espe-

cialmente con el Dispositivo Local de Acompañamiento, «permite proponer a las asociaciones-miembros del Instituto Cultural Vasco unas sesiones de acompañamiento gratuitas destinadas a responder a sus necesidades diarias. Las temáticas de intervención pueden ir de la gobernanza asociativa a la gestión de los recursos humanos, pasando por la comunicación, la ayuda a la elaboración del proyecto cultural o la cuestión de los derechos culturales» (ICB, 2020s).

Actualmente, más de 160 asociaciones se adhieren al ICV. «Sean [profesionales] o estén animadas por voluntarios, pequeñas o grandes, cada una presenta unos cuestionamientos diversos y variados, y expresa unas necesidades específicas. [A ese título], merecen ser acompañas e informadas» (ICB, 2020s).

«En el marco de su misión de acompañamiento de las asociaciones y compañías que obran en el ámbito de la cultura vasca, el Instituto Cultural Vasco pone en marcha, cada año desde 2011, una serie de [sesiones] de información así como un ciclo gratuito de acompañamiento colectivo en pequeños grupos de varios días con un tiempo individual por estructura. Estas acciones de sensibilización tratan temáticas que responden a las necesidades cotidianas de las asociaciones-miembros, tanto sobre la gestión cotidiana como sobre los diferentes dispositivos existentes para ayudas al desarrollo y la estructuración de sus proyectos. A fin de proponer unas intervenciones de calidad, el ICV se ha asociado, entre otros, con *Pression Sports et Loisirs 64* que lleva el Dispositivo Local de Acompañamiento en el territorio» (ICB, 2020s).

A través de este programa, el ICV desea alcanzar una serie de objetivos: 1) informar y sensibilizar estas asociaciones sobre las problemáticas encontradas a diario en la gestión asociativa; 2) permitirles profundizar las nociones básicas a través de unas sesiones individuales o colectivas de acompañamiento reforzado; 3) darles unos instrumentos metodológicos y prácticos que les permitirán movilizar el conjunto de los recursos, técnicos y financieros, necesarios al desarrollo de sus proyectos; y, 4) ofrecer un espacio de encuentros y de intercambios donde compartir unas problemáticas comunes (ICB, 2020s). En 2019, el ICV ha organizado dos sesiones de información y un acompañamiento colectivo con 23 participantes representantes de 15 asociaciones afiliadas (ICB, 2020s).

El quinto programa, denominado *Aquitaine.eus*, fomenta «la movilidad y la difusión de los actores culturales de Iparralde, Euskadi y Navarra en Nueva Aquitania, y, más ampliamente, la creación de cooperaciones

transfronterizas» (ICB, 2020t). A través de diferentes acciones llevadas a cabo a lo largo de los últimos años, el Instituto Cultural Vasco y el Instituto Etxepare «favorecen la puesta en red de los actores y operarios culturales presentes [a ambos lados de la Bidasoa], revistiendo así un verdadero rol de [mediador]» (ICB, 2020t). De cara a reforzar ese rol y de extender el ámbito geográfico de su acción,

«en 2016, ambas estructuras han lanzado, con la Eurorregión Nueva Aquitania-Euskadi-Navarra, [ese] programa. (...) Cada año, unas residencias que agrupan a artistas provenientes del País Vasco [sur] y de Nueva Aquitania son organizadas, unos programadores aquitanos están invitados en diferentes festivales reconocidos del País Vasco, varios artistas vascos están programados en el Rocher de Palmer en Cenon, diversas obras teatrales o literarias se benefician de una traducción en francés, etc.» (ICB, 2020t).

Vía este programa, el ICV y sus socios, pretenden alcanzar cuatro propósitos esenciales: 1) facilitar el descubrimiento y la difusión de las obras de los artistas de los territorios vascos en Nueva Aquitania; 2) dar una mayor visibilidad a la cultura vasca a nivel de la Nueva Aquitania; 3) desarrollar los intercambios artísticos; y, 4) favorecer las relaciones y la cooperación entre actores y operarios culturales de Nueva Aquitania, Euskadi y Navarra (ICB, 2020t). Concretamente, en 2019, este programa ha dado lugar a 1 traducción teatral; 15 empresas del sector audiovisual han estado presentes en la Feria Internacional del documental *Sunny Side of the Doc* de La Rochelle; 2 compañías de danza y de teatro han participado en el Festival FestArts de Libourne; 2 conciertos y 1 exposición han tenido lugar en Rocher de Palmer situado en Cenon; 1 exposición se ha desarrollado en el Polo de Archivos de Baiona y del País Vasco norte; y 3 compañías de danza han asistido al Festival Cadences de Arcachon (ICB, 2020t).

El sexto programa estriba en el acompañamiento de los profesionales de la lectura pública constituidos en red en el seno de Bilketa. Permite «proponer unas jornadas de sensibilización a la lengua y a la cultura vascas cuyo contenido es rico y variado. Propone, más ampliamente, descubrir nuevas prácticas e intercambiar experiencias y [habilidades] en materia de lectura pública y de animación cultural» (ICB, 2020u). El acceso a los fondos vascos Bilketa, «desarrollado por el Ayuntamiento de Baiona, registra numerosos documentos que [se refieren] al País Vasco o a la lengua vasca. La sensibilización de los agentes de las bibliotecas-mediateras del territorio a la lengua y a la cultura vascas es una dimensión importante de ese proyecto» (ICB, 2020u).



«Asociado al proyecto Bilketa desde [el año] 2010, el Instituto Cultural Vasco, en colaboración con la Mediateca de Baiona y la Biblio64 (...), organiza (...) unas jornadas de sensibilización a la lengua y a la cultura vascas (...) para la red de profesionales de la lectura pública. Cada año, los bibliotecarios constituidos en red en el seno de Bilketa están consultados para la elección de los temas, de manera que estas jornadas sean el reflejo de sus necesidades y de sus deseos en materia de conocimiento sobre la cultura vasca. Pudiendo tomar la forma de conferencias, de talleres prácticos o de visitas guiadas de lugares, tales como unos centros de documentación, mediatecas innovadoras o ferias específicas, pero igualmente intercambiar sobre las prácticas y problemáticas de cada uno [para] así nutrirse de las experiencias y de la metodología de sus homólogos» (ICB, 2020u).

A través del programa Bilketa, el ICV y sus socios persiguen tres finalidades básicas: 1) sensibilizar e informar sobre diversas temáticas que se refieren a la lengua y a la cultura vascas; 2) proponer un espacio de intercambio y reforzar la vida de la red; y, 3) hacer descubrir unas prácticas y unos lugares innovadores (ICB, 2020u). El resultado para el año 2019 es el siguiente: 3 jornadas de sensibilización con 50 participantes que representan 23 estructuras del territorio (ICB, 2020u).

El séptimo programa consiste en el acompañamiento de las estructuras de Iparralde en la Feria de Durango. De hecho, ese programa de acompañamiento de las editoriales, *labeles* y estructuras audiovisuales del País Vasco norte a la Feria de Durango «permite su presencia creciente y perenne y, [por ende], la proyección de la cultura vasca de Iparralde en [el País Vasco sur]» (ICB, 2020v). Con una asistencia de 12.000 visitantes, «la Feria del libro y del disco de Durango es, sin lugar a dudas, una de las más importantes citas anuales de la cultura vasca. Más de 30.000 referencias de discos y libros, en lengua vasca en su gran mayoría, son presentadas cada año. La producción de Iparralde representa, hoy en día, alrededor del 10% de estas referencias» (ICB, 2020v).

«Gracias a la colaboración iniciada en 2006 entre la asociación organizadora Gerediaga y el Instituto Cultural Vasco, las editoriales, *labeles* y estructuras audiovisuales de Iparralde se benefician de una ayuda financiera y técnica que les facilita el alquiler de puestos y/o la programación en los diferentes eventos que marcan la Feria (...). Así, la presencia de los autores y artistas [del País Vasco norte] se ha incrementado estos últimos años» (ICB, 2020v).

Asimismo, de cara a acentuar la visibilidad de los actores de la producción literaria, discográfica y audiovisual del territorio, estos se han agrupado a un espacio de la Feria que les está dedicado (ICB, 2020v). Por último, «el ICV realiza cada año un catálogo que reúne las novedades de las estructuras de Iparralde. Este es presentado en una rueda de prensa que tiene lugar en Baiona [y posteriormente] difundido en las bibliotecas-mediатеcas del territorio. [Al tratarse del] único instrumento que agrupa la producción anual de libros y discos [del País Vasco norte], el catálogo de las novedades permite poner [de manifiesto] esta producción» (ICB, 2020v).

Gracias a esta colaboración con la asociación Gerediaga, el ICV desea 1) favorecer la presencia de las editoriales, *labeles* y estructuras audiovisuales de Iparralde en la Feria; 2) acentuar su visibilidad en el seno de la Feria; y, 3) ofrecer una mayor visibilidad a la producción literaria, musical y audiovisual del País Vasco norte en el sur de la Bidasoa (ICB, 2020v). En total, en 2019, 10 estructuras han estado presentes, de las cuales 7 editoriales, 2 *labeles* discográficos y otra estructura; 45 novedades han sido presentadas, de las cuales 28 eran libros, 3 libros-CD, 13 discos y el calendario de las *Ikastola* del País Vasco norte; 14 encuentros culturales se han producido, de las cuales 5 eran presentaciones, 4 conciertos y 5 proyecciones (ICB, 2020v).

El octavo programa se caracteriza por el tratamiento de los archivos sonoros y audiovisuales antiguos. En efecto, desde el año 2008, el Instituto Cultural Vasco procede al tratamiento documental de archivos sonoros y audiovisuales antiguos que conciernen Iparralde. «Esta misión se efectúa en el marco del programa plurianual de salvaguarda y valorización del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos desde [el año] 2011» (ICB, 2020w). De hecho, desde hace varios años, «particulares, asociaciones y radios locales recogen unos fondos sonoros y audiovisuales. Estos archivos, vectores de transmisión del patrimonio cultural, son de un gran interés patrimonial. No en vano, ese patrimonio corre el riesgo de desaparecer si unas acciones de [conservación] no son llevadas a cabo» (ICB, 2020w).

«En 2009, el ICV ha realizado un [diagnóstico] de estos archivos antiguos para la cuenta del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos. Desde 2011, en el marco del programa plurianual de salvaguarda y valorización de los fondos, este último [asume la responsabilidad de proceder a] la digitalización y la puesta a disposición del público, confiando al ICV la dirección de obra del tratamiento intelectual, [es decir] el inventario y la indexación, que consiste en el tratamiento documental y archivístico con la producción de instrumentos de inventarización normalizados» (ICB, 2020v).

Entre 2008 y 2020, doce fondos han sido valorizados. Los dos primeros fondos, correspondientes a las encuestas orales del Museo de las civilizaciones de Europa y del Mediterráneo en el País Vasco y los fondos de la Abadía Notre-Dame de Belloc en Urketa, ya han sido puestos a disposición del público por los servicios de los archivos departamentales en los Polos archivos de Baiona y Pau (ICB, 2020w).

A través de este programa, el Consejo departamental y el ICV pretenden 1) digitalizar los fondos de manera a fijar los sonidos y las imágenes sobre unos soportes más duraderos; 2) conservar los fondos en unas condiciones óptimas; 3) analizar los archivos y propiciar su búsqueda normalizada; y, 4) poner a disposición del público los diferentes fondos (ICB, 2020w). El resultado es reseñable con 1.433 horas de grabación, 11 fondos tratados, y 2.816 dicheros digitales sonoros y audiovisuales registrados (ICB, 2020w).

## 2. Los dispositivos puestos en marcha

Los dispositivos concebidos por el ICV son básicamente de cuatro tipos: el dispositivo Zineskola, el espacio de consulta, las exposiciones itinerantes y la plataforma digital Mintzoak.eus.

En primer lugar, el dispositivo Zineskola «propone a los alumnos de primaria, escolarizados en lengua vasca descubrir unas películas de animación en *eusker* [a través de] proyecciones organizadas especialmente a su intención en diez salas de cine del territorio» (ICB, 2020o). De esta forma, empiezan, «gracias a un trabajo pedagógico de acompañamiento llevado a cabo por los docentes, una iniciación al cine» y practican el *eusker* fuera del ámbito escolar (ICB, 2020o).

De hecho, observando que los efectivos de alumnos matriculados en la enseñanza bilingüe en inmersión o a paridad horaria representan cerca del 40% de los alumnos de primaria del País Vasco norte, es decir 6.000 alumnos, constituyen un público cuyas expectativas deben ser tomadas en consideración (ICB, 2020o). Por lo cual, «en el marco de su acción a favor de la promoción del cine en lengua vasca, el ICV [dirige] el dispositivo Zineskola, en colaboración con Gabarra Films, Cinévasion, Zineuskadi, el Centro pedagógico Ikas y [el ministerio de] Educación» (ICB, 2020o). Este dispositivo aspira a «proponer a los docentes vascoparlantes de las escuelas primarias [una manera de] involucrarse en una trayectoria pedagógica en torno al cine de animación en *eusker*» (ICB, 2020o).

«Así, desde 2017, dos o tres películas de calidad son propuestas cada año a los jóvenes espectadores y a sus profesores. Cada película está acompañada de una propuesta de explotación pedagógica concebida por un equipo de asesores.

Esta es presentada a los docentes [en proyecciones] de películas organizadas a su intención, permitiendo, [de ese modo], realizar con los alumnos un trabajo específico antes y después de la [proyección]» (ICB, 2020o).

Además de acompañar los docentes y de garantizar la accesibilidad de esta oferta cultural a un público amplio, a través de Zineskola, el ICV y sus socios desean alcanzar una serie de objetivos que se pueden resumir de la siguiente forma: 1) proponer unas películas de animación de calidad en *euskera* a los alumnos de primaria; 2) favorecer la práctica del *euskera* en el exterior de los centros educativos; 3) hacer descubrir el cine y la sala de cine; y, 4) ofrecer unos instrumentos pedagógicos a los docentes (ICB, 2020o). Durante el curso escolar 2018-2019, se han proyectado 3 películas, en 10 salas de cine de Iparralde, en el marco de 95 proyecciones. 60 centros escolares provenientes de unos cuarenta municipios han participado en el dispositivo, lo que afecta a 3.641 alumnos provenientes de las tres ramas de la enseñanza bilingüe. Además, 25 escuelas han participado en las proyecciones organizadas para los profesores (ICB, 2020o).

En segundo lugar, de cara a facilitar el acceso a las bases de datos patrimoniales, a finales del año 2018, el Instituto Cultural Vasco ha puesto en marcha, en su sede de Uztaritze, «un espacio de consulta de diversos fondos audiovisuales y sonoros dedicado al patrimonio cultural inmaterial del País Vasco. Este espacio permite (...) acceder, [con cita previa], a unas colecciones propias del ICV o depositadas por instituciones o asociaciones socias» (ICB, 2020x). En el marco de colaboraciones tejidas con diversos actores institucionales y asociativos, «el ICV alberga (...) la copia digital de varios fondos sonoros y audiovisuales relativos al patrimonio cultural inmaterial del País Vasco. A menudo, las condiciones de comunicabilidad no están reunidas para que estos fondos puedan ser consultados *online*. En cambio, es posible consultarlos *in situ*» (ICB, 2020x).

El espacio ha sido inaugurado en octubre de 2018. Un catálogo general de las copias de las colecciones audiovisuales y sonoras del que dispone el ICV ha sido constituido y puesto *online* en la página Internet Mintzoak.eus (ICB, 2020x).

«Las personas que desean consultar estas colecciones pueden así [identificar] los contenidos que les interesan antes de coger una cita con Maite Deliart, persona referente en el ICV. A día de hoy, tres fondos de archivos son consultables en la sede del Instituto: las grabaciones de los prisioneros de guerra vascos realizadas en los campos alemanes durante la Primera Guerra mundial por la Comisión fonográfica prusiana; los programas “Euskal Herria orai eta gero (1971-

1986)» de Maite Barnetche; y, los testimonios audiovisuales del programa Eleketa» (ICB, 2020x).

Por esta vía, el ICV se ha fijado un doble objetivo: por una parte, permitir al público, a los investigadores y a los actores culturales consultar, con cita previa, unos fondos sonoros y audiovisuales relativos al patrimonio cultural inmaterial; y, por otra parte, convertir este espacio en un lugar de trabajo y de investigación adecuado a la investigación científica y a la creación artística (ICB, 2020x). A este respecto, los datos son elocuentes:

- el fondo Eleketa consta de 365 testimonios de 550 horas de grabación;
- el fondo Maite Barnetche reúne a 300 programas correspondientes a 80 horas de grabación;
- el fondo de los prisioneros de guerra vascos en los campos alemanes entre 1916 y 1917 engloba a 99 ficheros sonoros que representan a cerca de 3h30 horas de grabación;
- el fondo Ahotsak.eus consta de 157 testimonios de una duración de 173 horas de grabación (ICB, 2020x).

En tercer lugar, el Instituto Cultural Vasco produce diversas exposiciones multimedia y didácticas con el fin de «hacer descubrir los diferentes aspectos de la cultura vasca a [un amplio] público. Además, coproduce regularmente unas exposiciones artísticas» (ICB, 2020y). A tal fin, el ICV ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años unas habilidades específicas «en el ámbito de la producción y gestión de exposiciones itinerantes temáticas sobre la cultura vasca. Estos soportes de divulgación [ofrecen un lugar preponderante] al multimedia y a la interactividad. Las exposiciones del ICV constituyen, [asimismo], un (...) instrumento de animación de los territorios sirviendo de marco de organización de programas de actividades periféricas» (ICB, 2020y). Algunas de ellas han sido objeto de una valoración *online*.

Una serie de exposiciones, producidas o coproducidas por el ICV, han tenido lugar en la última década: *Herri ixilean* en 2010, *Hitzenea* en 2013, *Dantza izpiak* en 2015, *In Varietate Concordia* y *Zei har soak* en 2017, *Bazterrak* en 2018 y *Eleketa* en 2020 (ICB, 2020y).

En cuarto y último lugar, el ICV ha creado y gestiona la plataforma digital Mintzoak.eus a fin de «facilitar la difusión de los testimonios sonoros y audiovisuales del País Vasco norte, recogidos por el Instituto Cultural Vasco o por otros actores del País Vasco norte y sur» (ICB, 2020z). En el marco de una colaboración con los archivos departamentales de los Pirineos-Atlánticos, «el ICV se ha involucrado, desde [el año] 2017, en dos proyectos de envergadura relativos a la memoria oral del País Vasco norte: la compilación y el archivo de testimonios audiovisuales, [y] el tratamiento documental de fondos sonoros y audiovisuales antiguos» (ICB, 2020z).

En la prolongación de esta dinámica, el Instituto «ha creado, [a finales del año] 2016, la plataforma digital *Mintzoak.eus*. Esta plataforma Internet tiene vocación a dar a conocer las grabaciones recogidas por el ICV en el marco del programa Eleketa así como las colecciones audiovisuales de otros fondos de archivos» (ICB, 2020z). Gracias a las colaboraciones llevadas a cabo con diversos actores, varios trabajados de compilación son puestos de manifiesto, tales como el fondo Maite Barnetche del INA, el fondo Ahotsak.eus de la asociación Badihardugu, el fondo relativo a la memoria colectiva del municipio de Donibane Lohizune, el fondo de prisioneros de guerra vascos del Museo etnológico y de la Universidad Humboldt de Berlín (ICB, 2020z).

A través de la plataforma digital *Mintzoak.eus*, el Instituto persigue tres objetivos fundamentales: 1) hacer accesibles *online* los fondos audiovisuales que le pertenecen o aquellos para los cuales dispone de las autorizaciones necesarias; 2) poner a disposición del público un catálogo digital bilingüe que registre las copias de las colecciones audiovisuales consultables en la sede del ICV; y, 3) proponer a los colectores una plataforma que les permita poner a disposición los testimonios recogidos en el País Vasco norte (ICB, 2020z). En total, en el año 2019, la plataforma registra 915 grabaciones que representan 787 horas de entrevistas, 768 ficheros de testigos repartidos en más de 130 municipios de Iparralde, y más de 4.256 secuencias de testimonios (ICB, 2020z).

## VI. Conclusión

En definitiva, la creación del Instituto Cultural Vasco en 1990 representa un cambio sustancial, tanto en la estructuración como en la implementación de una política propia a favor de la cultura vasca en Iparralde. Aunque sea difícil determinar con precisión la responsabilidad correspondiente a cada institución, lo cierto es que esta política pública ha surtido efecto, de lo que da cuenta el Estudio sobre la participación cultural en el País Vasco norte (ICB, 2018).

Así, la participación cultural en lengua vasca (9) es del 26,8% en el seno de la población del País Vasco norte (ICB, 2018: 59). En materia de

---

(9) Conviene recordar que «la población vascoparlante, que agrupa a los [locutores] que [se expresan] bien o relativamente bien en *euskera*, representa el 21,8% de la población [total] del País Vasco norte» (ICB, 2018: 58). Además, «la proporción de vascoparlantes en la población que tiene un bajo nivel formativo se eleva al 34,7% y se sitúa en torno al 19% para el grupo que tiene una formación media y superior» (ICB, 2018: 58). A su vez, en las ciudades de más de 50.000 habitantes y en los principales municipios, la población vascoparlante tiene un peso muy inferior a la media. «Esta es solamente superada en los municipios de menos de 10.000 habitantes, donde el porcentaje alcanza el 31,2%» (ICB, 2018: 59).

prácticas escénicas y musicales en *euskera*, «entre el público de las artes escénicas, que representa el 45,7% de la población, el 20,6% ha asistido, como mínimo, a un espectáculo de teatro en *euskera*. Si nos [centramos] en el público vasco parlante de las artes [escénicas], un poco más de la mitad (54,0%) ha participado [a uno de ellos]» (ICB, 2018: 60). En música, «el 64,5% del total de la población vasca escucha música o grupos musicales en *euskera* de manera habitual. El porcentaje alcanza el 94,0% teniendo en cuenta únicamente la población vasco parlante» (ICB, 2018: 61). Además, entre el público de las artes escénicas, «el 16,0% ha asistido a una representación de bertsolarismo» (ICB, 2018: 62).

En lo que se refiere a las prácticas audiovisuales en lengua vasca, «el 10,9% del total de la población muestra una preferencia (...) por el cine en *euskera*, porcentaje que alcanza el 38,6% entre los vasco parlantes» (ICB, 2018: 63). En cuanto a la radio y televisión de expresión vasca, «la radio en *euskera* tiene una audiencia superior a aquella de la televisión en vasco: el 24,0% frente al 8,0%» (ICB, 2018: 64). Lógicamente, este consumo en *euskera* se multiplica entre los vasco parlantes, donde alrededor del 70% escuchan la radio en lengua vasca y el 35% miran la televisión en esta lengua (ICB, 2018: 64).

En lo que alude a la lectura en *euskera*, «el 7,7% de la población (...) ha leído libros en *euskera* durante los últimos tres meses» (ICB, 2018: 65). Centrándonos en la población lectora vasco parlante, el porcentaje alcanza el 34% (ICB, 2018: 65). En materia de periódicos y magazines en lengua vasca, «el volumen de lectores en *euskera* es relativamente similar [en ambos casos]: el 9,8% y el 8,9% respectivamente» (ICB, 2018: 66). Teniendo en cuenta únicamente la población vasco parlante, «el consumo en *euskera* de estos medios de comunicación se eleva al 35,5% (periódicos) y al 32,5% (magazines)» (ICB, 2018: 66).

De manera transversal, se constata que «la práctica en lengua vasca que tiene la mayor incidencia en el conjunto de la población es la escucha de la música (64,5%)» (ICB, 2018: 67). En la población vasco parlante, ese porcentaje alcanza incluso el 95%. Es seguida, a cierta distancia, por la asistencia a piezas de teatro al menos una vez en los últimos doce meses (20,1%) y por la lectura, como mínimo, de un libro en los últimos tres meses (14,2%). A propósito del cine, «donde los datos recogen la preferencia por el cine en *euskera* y no la frecuentación real, el 18% prefieren el cine en lengua vasca» (ICB, 2018: 67). Para estas tres prácticas culturales, los porcentajes aumentan considerablemente si nos referimos a la población vasco parlante (ICB, 2018: 67).

En lo que se refiere a las prácticas digitales en *euskera*, «el 26,6% de los individuos que acceden regularmente a Internet, es decir el 77,9% del total de la muestra, escuchan música en lengua vasca. Ese porcentaje se triplica entre los vasco parlantes (73,2%) (ICB, 2018: 68). Entre los inter-

nautas, el 7,1% leen páginas Internet u otros documentos en *euskera*, el 4,7% leen *blogs* en lengua vasca y el 2,9% leen y descargan libros en *euskera* (ICB, 2018: 68). Los datos de los internautas vasco-parlantes multiplican estos porcentajes, puesto que «el 36,3% leen unas [páginas Internet y otros] documentos en lengua vasca; el 25% leen o descargan libros en *euskera*; y el 29,9% leen *blogs* en vasco» (ICB, 2018: 68). Y, entre las personas que acceden regularmente a Internet, la utilización de las redes sociales y «la participación en foros que utilizan la lengua vasca representan el 6,2% y el 3,3% respectivamente. Entre los internautas vasco-parlantes, ese porcentaje se eleva al 43,6% para las redes sociales y al 29,5% para los foros» (ICB, 2018: 70).

En una óptica transversal, tomando como referencia el segmento de los internautas habituales, de nuevo resalta la música «con el 30,1%, por delante del resto de prácticas [culturales], que se sitúan en torno al 14%» (ICB, 2018: 70). Además, entre las personas que participan activamente en la vida artística o cultural (42,5%), el 2,3% han practicado el bertso-larismo (ICB, 2018: 72). Así, la asistencia a unas representaciones de bertso-larismo es significativa, aumentando respecto a 2008 (3,5%) (ICB, 2018: 72). Por último, «el boca en boca, Internet y las redes sociales son los canales más populares para informarse sobre las actividades en lengua vasca, seguidos, de muy cerca, por anuncios (...) y, a cierta distancia, por los medios de comunicación» (ICB, 2018: 74).

De manera general, si se consideran las diferentes prácticas culturales (de expresión vasca y no-vasca) de la población del País Vasco norte, pueden distinguirse dos conjuntos de actividades: por una parte, más del 60% de la población practica la lectura de libros (82,4%), frecuenta cines (71,4%) y asiste a conciertos (61,5%); y, por otra parte, entre el 40% y el 50% de la misma procede a la visita de museos (50,4%), a la asistencia de espectáculos de danza (50,2%) y de piezas de teatro (45,7%), y a la frecuentación de bibliotecas (40,4%) (ICB, 2018: 42).

Comparando estos datos con los de 2008, se constata que ciertas prácticas culturales han progresado notablemente en una década: la asistencia a espectáculos de danza (+40,2%), de conciertos (+32,3%) y de piezas de teatro (+29,2%), la visita de museos (+26,5%) y de galerías de arte o de exposiciones (+21,3%), y la frecuentación de salas de cine (+17,3%). Aunque sea en menor proporción, una progresión se produce en la frecuentación de las bibliotecas (+10,6%) y de las sesiones de bertso-larismo (+7,3%), la lectura de libros (+7,1%) y de magazines (+5,4%) (ICB, 2018: 45).

En suma, además de propiciar un aumento no desdeñable de numerosas prácticas culturales de expresión vasca y no-vasca en el País Vasco norte, la política a favor de la cultura vasca diseñada e implementada por el ICV ha permitido elaborar una política global y coherente en esta materia; estructurar y fortalecer un tejido asociativo denso y variado en el



ámbito cultural; promocionar los artistas y sus obras en distintas esferas geográficas y ante diferentes públicos; aumentar cuantitativamente y mejorar cualitativamente la oferta cultural propuesta a la ciudadanía; prestigiar la cultura vasca tanto ante el público local, regional, estatal e internacional como ante las diferentes administraciones públicas; y, desarrollar múltiples colaboraciones con instituciones del sur de la Bidasoa.

A pesar de estos avances, quedan ciertos retos pendientes, tales como acompañar, en mayor medida, las dinámicas de práctica y creación culturales de expresión vasca; difundir y promover más aún la cultura vasca ante todos los públicos, a la vez, en cuanto a clases de edad y a territorios de proveniencia; transmitir esta cultura a las nuevas generaciones hiperconectadas a Internet y a las redes sociales y que no son necesariamente vascoparlantes; conservar la memoria visual y oral, y valorizar los fondos patrimoniales; garantizar el vínculo entre la lengua y la cultura vascas; buscar una mayor cooperación y complementariedad a escala transfronteriza tanto con Euskadi como con Navarra; poner en marcha un observatorio de la cultura vasca para analizar sus características y dar cuenta de sus evoluciones (ICB, 2017).

## VII. Bibliografía

- AHEDO, I. (2005): *El viaje de la identidad y del nacionalismo vasco en Iparralde (1789-2005)*. Vitoria: Gobierno Vasco.
- AHEDO, I. y URTEAGA, E. (1995): *Gobernanza y territorio en Iparralde*. Vitoria: Cuadernos Sociológicos Vascos.
- BLANCHET, P. (2016): *Discriminations: combattre la glottophobie*. Paris: Textuel.
- DECLARATION DE FRIBOURG (2007): *Déclaration de Fribourg sur les droits culturels*.  
<https://droitsculturels.org/ressources/wp-content/uploads/sites/2/2012/07/DeclarationFribourg.pdf>
- ENBATA núm.º 972, del 30 de abril de 1987.
- ENBATA núm.º 1075, del 4 de mayo de 1989.
- GIORDAN, H. (1982): *Démocratie culturelle et droit à la différence*. Paris: La Documentation française.
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2017): *État des lieux de la culture basque et propositions d'orientations de politique publique*.  
<https://files.eke.eus/pdf/diagnostic-culture-basque-2017.pdf>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2018): *Enquête sur la participation culturelle au Pays Basque nord*.  
<https://files.eke.eus/pdf/enquete-participation-culturelle-pays-basque-nord-2019.pdf>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2019): *Statuts de l'Institut Culturel Basque*.  
<https://files.eke.eus/pdf/statuts-icb.pdf>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020a): *Quelques dates clés dans l'histoire de l'ICB.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/licb-en-quelque-dates>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020b): *Qui sommes-nous?*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020c): *Partenaires financiers.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/financeurs>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020d): *Conseil d'administration.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/conseil-dadministration>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020e): *Projet culturel.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020h): *Accompagner l'intégration et le développement de la culture basque dans les politiques culturelles.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/accompagner-lintegration-et-le-developpement-de-la-culture-basque-dans-les-politiques-culturelles>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020i): *Informar et sensibiliser tous les publics.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/informer-et-sensibiliser-tous-les-publics>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020j): *Accompagner la structuration et le développement de champs sectoriels.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/accompagner-la-structuration-et-le-developpement-de-champs-sectoriels>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020k): *Enrichir la recherche et la connaissance sur le patrimoine culturel immatériel.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/enrichir-la-recherche-et-la-connaissance-sur-le-patrimoine-culturel-immateriel>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020l): *Renforcer la coopération culturelle transfrontalière et le rayonnement de la culture basque.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/renforcer-la-cooperation-culturelle-transfrontaliere-et-le-rayonnement-de-la-culture-basque>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020m): *Développer une stratégie numérique.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/developper-une-strategie-numerique>

INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020n): *Soutenir le secteur culturel associatif.*

<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/presentation-et-fonctionnement/activites-culturelles-et-projets/soutenir-le-secteur-culturel-associatif>

- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020o): *Dispositif Zineskola*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/zineskola>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020p): *Programme Eleketa*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-eleketa>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020q): *Programme Ibilki*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/ibilki>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020r): *Programme Kimu*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-kimu>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020s): *Programme d'accompagnement des associations membres*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-daccompagnement-des-associations-membres>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020t): *Programme Aquitaine.eus*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-aquitaine.eus>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020u): *Programme d'accompagnement des professionnels de la lecture publique*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-daccompagnement-des-professionnels-de-la-lecture-publique>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020v): *Programme d'accompagnement des structures d'Iparralde au Salon de Durango*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-daccompagnement-des-structures-diparralde-au-salon-de-durango>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020w): *Programme de traitement des archives sonores et audiovisuelles anciennes*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/programme-de-traitement-des-archives-sonores-et-audiovisuelles-anciennes>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020x): *Espace de consultation*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/espace-de-consultation>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020y): *Expositions itinérantes*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/expositions-itinerantes>
- INSTITUT CULTUREL BASQUE (2020z): *Portail Mintzoak.eus*.  
<https://www.eke.eus/fr/institut-culturel-basque/programmes-et-principaux-dispositifs/portail-mintzoak.eus>
- LABORDE, D. (1997): «Politique culturelle et langue basque. Le Centre Culturel du Pays Basque (1984-1988)», *Lapurdum*, 1997, págs. 339-354.

- LANDART, D. (1990): *Situation de la culture basque*. Bayonne.  
<https://files.eke.eus/liburutegia/situation-culture-basque-1990.pdf>
- LEGIFRANCE (2015): *Loi núm.º 2015-991 du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République*.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030985460&dateTexte=&categorieLien=id>
- LEGIFRANCE (2016): *Loi núm.º 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032854341&categorieLien=id>
- LEGIFRANCE (2020): *Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000497458>
- MENDEZ, E. (2013): «Minorías lingüísticas y derecho a las lenguas», *Journal Revista Internacional d'Humanitats*, vol. 16, núm.º 27, págs. 7-28.  
[https://pdxscholar.library.pdx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=wll\\_fac](https://pdxscholar.library.pdx.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=wll_fac)
- MILLER, T. (2001): «Introducing...Cultural Citizenship», *Social Text*, núm.º 69, págs. 1-5.
- MOLANO, O.L. (2007): «Identidad cultural un concepto que evoluciona», *Revista Opera*, núm.º 7, págs. 69-84.  
<https://www.redalyc.org/pdf/675/67500705.pdf>
- OCCITANICA (2020): *Le Rapport Giordan: premier rapport officiel en France sur la citoyenneté culturelle*.  
<https://occitanica.eu/items/show/21056>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2010): *Derechos culturales. Documentos básicos de Naciones Unidas*.  
[http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/dchoscult\\_docbasicONU.pdf](http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/dchoscult_docbasicONU.pdf)
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2016): *Los derechos culturales y la protección del patrimonio cultural*.  
<https://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/CulturalRightsProtectionCulturalHeritage.aspx#:~:text=El%206%20de%20octubre%202016,y%20de%20tomar%20medidas%20para>
- ORONOS, M. (2002): *Le mouvement culturel basque (1951-2001)*. Bayonne: Elkar.
- UNESCO (2001): *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*.  
[http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL\\_ID=13179&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)
- UNESCO (2005): *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*.  
<http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text>
- URRUTIKOETXEA, E. (2018): *La politique linguistique de la Révolution française et la langue basque*. Bayonne: Elkar.
- URTEAGA, E. (2004a): *La question basque en France*. Toulouse: Milan.

URTEAGA, E. (2004b): *La politique linguistique au Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.

URTEAGA, E. (2007): *Le vote nationaliste basque*. Paris: L'Harmattan.

URTEAGA, E. (2017): *La Communauté Pays Basque. L'institutionnalisation du territoire*. Paris: L'Harmattan.

URTEAGA, E. y AHEDO, I. (2004): *La nouvelle gouvernance en Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.

VIE PUBLIQUE (2016): *Les syndicats de coopération intercommunale*.

<https://www.vie-publique.fr/fiches/20123-les-syndicats-de-cooperation-intercommunale>



# Bibliografía





AGUADO i CUDOLÁ, V. y CASANOVAS i IBÁÑEZ, O. (Directores): *El derecho a la ciudad: el reto de las smart cities*. Atelier Libros Jurídicos, 2018. 288 págs.

Los dos directores y los otros diecisiete autores que colaboran en esta obra nos presentan una panorámica completa y clara de la problemática que se cierne en torno a las *smart cities* y las consecuencias que la tecnología tiene en la ciudadanía y en su vivir diario. La metodología utilizada resulta un acierto y ayuda a su lectura pues, al tratarse de varios autores, cada uno de ellos presenta el tema del libro desde diferentes ópticas, lo que permite analizarlo desde distintas perspectivas. Ello enriquece el análisis a la vez que favorece su comprensión, lo que, dada su complejidad, resulta especialmente valioso. La obra se estructura en quince capítulos, de los que trazaremos una síntesis.

En el Capítulo 1, titulado «El Derecho a la ciudad en la gestión inteligente del territorio: Planteamiento general. La Transdisciplinariedad, el Derecho a la ciudad y el reto de las smart cities», el Catedrático de Derecho Administrativo Juli PONCE SOLÉ, en su calidad de Director del Instituto de Investigación de la Universidad de Barcelona Transjus y como participante en la Jornada Internacional El Derecho a la Ciudad: el reto de las *smart cities*, que se celebró bajo la dirección del profesor AGUADO, y de la que es fruto este volumen que tratamos. El profesor distingue entre el derecho *a* y el derecho *en* la ciudad en relación con

las *smart cities*. Afirma el autor que asuntos tan relevantes para el Derecho administrativo como el cambio climático, la segregación urbana, la ausencia de vivienda asequible o la corrupción pública y privada, hacen que sea imposible que una sola disciplina sea capaz de afrontarlos eficazmente.

Considera que la sostenibilidad económica y ambiental debe ir de la mano de la social, de la perspectiva de las personas que viven en las ciudades. Puesto que, como ha señalado el Tribunal Constitucional «en definitiva, la competencia en materia de urbanismo abarca, fundamentalmente, las políticas de ordenación de la ciudad», es decir, la determinación del «cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos» (STC 61/1997, FJ 6, repetida en otras posteriores).

Señala el autor la conexión entre las *smart cities* y el uso de *big data* e inteligencia artificial en el ámbito del sector público, para mejorar las políticas públicas, al hacerlas empíricamente informadas, y para la efectividad del derecho a una buena administración de los ciudadanos. Sin embargo, el interés público en este ámbito se mantiene en un nivel bajo en España: según un estudio de Vodafone (2017) el 66% de Ayuntamientos españoles declaran que no necesitan en absoluto el *big data*.

Finaliza afirmando que queda mucho trabajo para conseguir ciudades inteligentes, que de la mano de políticas públicas inteligentes y regulaciones inteligentes permitan la efecti-

alidad del derecho a la ciudad y de los derechos en la ciudad.

En el Capítulo II, titulado «El derecho a la ciudad en la gestión inteligente del territorio: la perspectiva francesa», Camille MIALOT, Avocat au Barreau de Paris Spécialiste en Droit Public, Maître de Conférence à L'École de Droit de Sciencespo (Francia), desde la perspectiva francesa y desde el punto de vista académico y, más en concreto, del derecho administrativo, afirma que se evidencia un cierto vacío en el abordaje del tema de la *smart city*.

Ilustra la relación entre el derecho a la ciudad y gestión inteligente del territorio con su experiencia personal con el presupuesto participativo digital en el ámbito parisino. Refiere una experiencia de 2016, en el marco de un presupuesto participativo digital, con una iniciativa que proponía el cambio de uso de una calle con el fin de que se transformara en un área peatonal. Esta propuesta fue aprobada por los habitantes con mayoría aplastante. Las autoridades competentes se enredaron en cuestiones ajenas a este proceso y lo denegaron. Tras dos años se consiguió que se instalara la señal de prohibición del paso para vehículos, momento en el que los conductores no la respetaron.

Este ejemplo ilustra, según la autora, de que la gestión inteligente del territorio puede proporcionar herramientas que garanticen el derecho a la ciudad, iluminando una vertiente colectiva relacionada como el derecho a participar a la gestión de la ciu-

dad. Este derecho podría constituir una hoja de ruta en la gestión inteligente del territorio.

La ciudad, hoy en día, no se regula solamente por medidas impartidas por las instituciones públicas sino también mediante Apps o datos que están en manos privadas.

El Capítulo III, titulado «Gobernanza, Derecho Administrativo y Derechos Humanos en la Gestión de las Ciudades Inteligentes» tiene varias autorías: Alina del Carmen NETTEL BARRERA, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona; Raúl RUIZ CANIZALES, Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro (México); y Gabriela AGUADO ROMERO, Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro (México).

Comienzan los autores afirmando que la gestión del ámbito urbano, tanto en los aspectos humanos como materiales, enfrenta los retos de un nuevo constitucionalismo con un perfil garantista que debe superar el formalismo y acercarse a la gestión digital. Desde una perspectiva sociojurídica, las ciudades deben aspirar a ser un espacio de cohesión social en donde las zonas más pobladas y económicamente deprimidas encuentren en la cercanía de las autoridades administrativas una nueva forma de demandar mejores y más eficientes servicios públicos.

El derecho a la ciudad, en el contexto contemporáneo, exige replantear la posición jurídica del ciudadano frente al ejercicio del poder y

los estándares de actuación que delimitan la conformación de la vida en el entorno urbano. Entienden que no se puede asumir que el cumplimiento o la calidad de los derechos asociados al derecho a la ciudad se materialicen por el efecto axiológico de la protección del interés general. Por el contrario, la progresividad de los derechos humanos debe participar en la atención de lo público desde la atención a las necesidades del individuo siempre con la tendencia de mejora.

Finalizan refiriendo que el desarrollo de la vida en los entornos urbanos, así como la cercanía y la gestión inmediata de los medios electrónicos, encuentran en los instrumentos formales del Derecho Administrativo una vía de concreción para dotar de eficacia a las ciudades inteligentes.

El Capítulo IV, que lleva por título «El Impacto de las Smart Cities en la Gobernanza urbana y en el rol de los Gobiernos locales», su autora es Mariona TOMÁS FORNÉS, Profesora agregada e investigadora, Grup de Recerca en Estudis Locals (GREL), Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Universidad de Barcelona.

Inicia su exposición afirmando que hace años los gobiernos locales de todo el planeta se esfuerzan para posicionarse como ciudad inteligente, es decir, para convertir su ciudad en más eficiente, sostenible, participativa y con una mayor calidad de vida para sus habitantes gra-

cias al uso de las nuevas tecnologías y la comunicación. La visión organicista de la *smart cities* considera el espacio urbano como un sistema de sistemas, como un flujo de datos que hay que monitorizar y optimizar. Pero esta creencia en la tecnología tiene el riesgo de despolitizar la gestión local, de convertir las *smart cities* en apocalípticas, en un asunto tecnológico y no político. En cambio, la realidad muestra que la propia concepción de las *smart cities* es ideológica.

Expone que, partiendo del caso de Barcelona, el desarrollo de este modelo de ciudad afecta a la gobernanza urbana. Así, en el Gobierno municipal de 2015-19, la *smart city* se convierte en la ciudad digital y se alinea con la participación ciudadana y la soberanía tecnológica. La experiencia de Barcelona suscita una reflexión extensible a otras ciudades. Se apunta a una despolitización de la *smart city*, a una visión apocalíptica de la ciudad. Por el contrario, en el caso de Barcelona, la apuesta de la *smart city* es una apuesta política: el gobierno local tiene un rol activo en la promoción de este modelo de ciudad. La definición de un modelo específico de ciudad inteligente es ideológica y política. Concluye que considerar las *smart cities* como apocalípticas es negar el papel del gobierno local en la gobernanza urbana.

En el Capítulo V sobre «*Smart cities e pianificazione urbanistica intelligente*», Alessandro CALEGARI, Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Pa-

dova (Italia), se enfrenta al reto de reflexionar sobre la transformación de la ciudad inteligente, entendiendo como tal aquella que es capaz de intercambiar con la ciudadanía en tiempo real por la aplicación de tecnologías adecuadas. Se trata de un objetivo deseable, sin que deba modificarse la estructura urbana de la ciudad o los instrumentos de ordenación del territorio, simplemente implementándose las redes, poniéndolas en funcionamiento y haciendo más eficientes los servicios públicos.

Para el autor, la ciudad no necesita crecer sino organizarse mejor. Aboga por una mejor organización del espacio público, que facilite el desarrollo de una mayor agregación social, cuestión que personalmente comparto plenamente. Ello, porque la ciudad no puede estar guetizada, por diferentes motivos, como por ejemplo sucede con la pobreza, la enfermedad y los extranjeros, pues hay zonas de la ciudad que se «especializan «en atender y acoger a estos sectores.

Es necesario pensar mejor la ciudad y hacerlo a largo plazo, ya que hasta ahora la planificación ha sido cortoplacista. La idea fundamental ha consistido en pensar la ciudad conquistando el espacio de forma ilimitada y desconsiderada, en relación con las exigencias del territorio natural. Por ello, la crisis económica del 2007 puso de manifiesto algunos límites importantes de la economía basada en el «ladrillo». Ahora toca pensar una ciudad que no puede estar sustentada en el rendimiento económico, en la que los servicios pú-

blicos sean capaces de lograr una mejor y más humana relación entre las personas, precisamente utilizando las nuevas tecnologías de la información. Ahora bien, esto no es producto de un desarrollo autónomo o improvisado, no buscado, sino que debe ser consecuencia de una idea rectora en la forma en que las redes pueden incidir en la vida urbana, en especial en las relaciones entre las personas y entre las personas y los poderes públicos.

El Capítulo VI, «Las *smart cities*: una oportunidad para el Derecho turístico desde la perspectiva de Barcelona». Su autor y codirector de la obra comentada, el Profesor de Derecho Turístico, CETT Campus de Turismo, Hostelería y Gastronomía, Óscar CASANOVAS I IBÁÑEZ, comienza afirmando que la relación entre la ciudad y el turismo es profunda. Existe hoy en nuestros días una tipología de turismo que podemos denominar turismo urbano.

Considera que el turismo configura un laboratorio excelente para actuar como banco de pruebas de la *esmartización* de la ciudad. La transversalidad del fenómeno turístico, tan proclive a la confluencia de diversas disciplinas académicas, ofrece un escenario idóneo para volcar la inteligencia que ha de mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, combinando la aplicación eficaz de las nuevas tecnologías en toda su extensión con una gestión pública dinámica y eficiente que, respaldada en instrumentos de gestión mixta, configuren la gobernanza y la sostenibilidad como el único método

para transitar hacia los nuevos escenarios que plantea este siglo.

Se pone de manifiesto también la necesidad que tiene la Administración de aprender a vivir en este entorno inteligente. Lo que parece innegociable e innegable es que la ciudad del futuro será inteligente o no será. En palabras del ex vicealcalde de Seúl, Sang-Bum Kin, «en el siglo. XXI convertirse en una ciudad inteligente es la única opción». En efecto, se propugna el aprovechamiento de los datos para prever las demandas y poder dar satisfacción a las mismas desde la eficiencia, poniendo especial énfasis en los aspectos cualitativos por encima de los cuantitativos y conceptualizando sobre todo el gasto económico que ello suponga no como coste sino como inversión a largo plazo. Es decir, sostenible. Sin duda, lo más inteligente.

Mención especial, si cabe, merece el Capítulo VII, titulado «Los servicios de interés general en la ciudad inteligente: ¿Una prestación más eficiente a costa de mayores desigualdades sociales?, del codirector de la obra comentada y catedrático de Derecho Administrativo Vicenç AGUADO I CUDOLÁ, por cuanto que nos da las claves para poder analizar ese necesario equilibrio entre interés general y ciudad inteligente.

Comienza el autor afirmando que el derecho a la ciudad se ha teorizado como un derecho que reivindica el espacio urbano frente a su privatización y mercantilización. Desde un punto de vista jurídico, los autores se han referido al mismo

como un derecho emergente, especialmente a partir de la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos de la Ciudad. Se trata de un derecho de derechos, pero que requiere un mayor reconocimiento desde la perspectiva del ordenamiento jurídico vigente.

Desde el punto de vista jurídico, el autor considera que la denominación de *smart cities* resulta de utilidad para la descripción de una nueva realidad con problemáticas específicas que requieren soluciones jurídicas concretas. Insiste en la importancia de una mayor intromisión en el ámbito de la privacidad y protección de datos, el acceso y control de los datos masivos, el crecimiento de la fractura digital entre los diversos tipos de empresas, así como entre éstas y los ciudadanos, de acuerdo con su nivel de adaptación tecnológica; la necesidad de garantizar en estos casos una efectiva participación ciudadana; un significativo incremento de la colaboración público-privada, por cuanto las administraciones han de acudir a las empresas que están preparadas tecnológicamente.

Pero el autor entiende que, en ocasiones, asistimos pasmados a una renuncia del Derecho a regular una realidad que no nos es conocida. El ansia de liderar este proceso por las Administraciones no siempre va acompañada de una estrategia definida desde una perspectiva pública, en la que se ponderen adecuadamente los beneficios y riesgos de todo ello, más allá de la mera incorporación de la tecnología al es-

pacio público urbano en base a las ventajas o beneficios que presumiblemente proporciona al conjunto de la ciudadanía.

Desde la perspectiva de las *smart cities*, cobran especial relevancia los servicios públicos y los servicios de interés general en cuanto se tratan de actividades esenciales para la ciudadanía de carácter prestacional, cuya eficacia y eficiencia puede mejorar exponencialmente a través de la incorporación de las nuevas tecnologías. Pero también existe el riesgo de encontrarnos con sesgos que puede provocar la utilización de algoritmos en cuanto que pueden determinar aspectos tan relevantes como la priorización de la realización de determinadas prestaciones respecto a otras. Ello conlleva el peligro de discriminación entre usuarios.

En el Capítulo VIII, sobre «Democrazia e partecipatione digitale, nella gestione e nell'uso dei servizi local di interesse económico generale: Brevi considerazioni», Gabrielle BOTTINO, Professore Associato di Diritto Administrativo, Università degli studi di Milano (Italia), estudia la democratización y la participación digital en el uso de los servicios locales de interés económico general. Se trata de analizar la forma en que los servicios locales de interés económico, como los transportes públicos, las telecomunicaciones, la energía eléctrica, el agua, el gas y otros servicios similares se ven afectados por la irrupción de las nuevas tecnologías.

El autor considera que la cuestión más problemática es la relación

entre los usuarios del servicio y el gestor. Las nuevas tecnologías requieren tener en perspectiva la diferente situación en que se encuentran tanto las personas individualmente consideradas como cuando actúan de forma colectiva. Para este autor el ordenamiento jurídico italiano carece de un marco normativo estable y adecuado a las circunstancias para poder aplicarlo en estos casos.

De otro lado, la evolución de las tecnologías es exponencial, mientras que la participación y sus modelos se producen de una forma lentísima. Las carencias normativas se refieren a los instrumentos relacionados con la participación, pero también a la regulación de la relación administración-gestor privado, y también presenta carencias el propio texto general regulador de los servicios públicos locales. Desde esta perspectiva, por tanto, las consideraciones del autor son más bien negativas.

En el Capítulo IX, titulado «La construcción de las *smart cities* desde la contratación pública: La compra de bienes y servicios innovadores», su autor, Francisco HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de la Laguna, comienza afirmando que hablar de *smart cities* es hablar de ciudades inteligentes, esto es, ciudades que utilizan la tecnología de la información y la comunicación para hacer más fácil la vida de los ciudadanos, favoreciendo —al mismo tiempo— un desarrollo más sostenible de las ciudades a través del uso eficiente y responsable de los recursos y servicios. Para referirse a este

nuevo modelo de la ciudad se ha acuñado el término *Ciudad 4.0*, que se basa en la conjunción de tres elementos básicos, como son la tecnología, la sostenibilidad y la innovación.

Comenta las novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 en materia de compra innovadora y tras analizarlo detenidamente, afirma que una de las vías para potenciar la compra pública innovadora es la incorporación de soluciones innovadoras en la compra pública regular. Considera que los procedimientos más apropiados son el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo.

El autor opina que está fuera de toda discusión que la contratación de obras, bienes y servicios innovadores es un elemento clave para mejorar la eficiencia y calidad de los servicios públicos y, en consecuencia, para el desarrollo de las ciudades inteligentes. De tal manera que, dada la tradicional aversión al riesgo y a la incertidumbre en la contratación pública (que se traduce en objeto cierto, precio más bajo y plazo determinado), esta medida puede constituir un obstáculo para el desarrollo de soluciones innovadoras no disponibles en el mercado, ya que por lo general en la compra de tecnología innovadora el resultado no resulta previsible, pudiendo finalizar sin alcanzar la propuesta esperada; lo que de por sí conlleva un riesgo más elevado que la contratación pública regular.

En todo caso, la solución de todos estos problemas y de aquellos

otros que se puedan plantear en la práctica, debe venir acompañada de una adecuada evaluación de las medidas adoptadas, conforme a un análisis de coste-beneficio y con participación de todos los protagonistas implicados, lo que permitirá valerse de la experiencia pasada en el desarrollo de proyectos futuros.

En el Capítulo X, titulado «*Smart cities, Digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, Diritto: Alcuni spunti di riflessione*», del Profesor Vera PARISIO, Profesor ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Brescia (Italia), comienza afirmando que el ordenamiento italiano sobre todo a través de la *Agencia per L' Italia Digitale* y la previsión del Defensor Cívico Digital está buscando reforzar la plena digitalización del país. La normativa es reciente, sobre todo en materia de defensor cívico, por tanto, es demasiado pronto para poder valorar a fondo la incidencia del pleno arraigo del fenómeno de las *smart cities*

Considera que Italia sufre una situación de retraso respecto a otros países europeos, en los que la informatización de las administraciones públicas se ha iniciado mucho antes. Así la figura del defensor cívico se reduce a un papel de mero detector de patologías sin poder sancionador o coercitivo.

En el fenómeno de las *smart cities* la dialéctica entre técnica y derecho ve retroceder el segundo en favor de la primera, lo que implica la no judiciabilidad, sobretodo bajo el perfil jurisdiccional, de muchas

elecciones de la Administración, de donde se desprende el riesgo de constituir fenómenos de exclusión social que la ciudad inteligente preferiría en cambio combatir.

El Capítulo XI se titula «Smart city nell'esperienza Italiana: L'intreccio di riferimenti normativi, di competenze degli enti territoriali e il ruolo delle società di gestione di servizi pubblici», de Sandra ANTONIAZZI, Professore Agregato di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma 2 «Tor Vergara» (Italia). Comienza afirmando que la ciudad inteligente es un concepto extendido en las aéreas de planificación urbana estratégica, servicios públicos y medio ambiente, está orientada hacia soluciones sostenibles para el desarrollo urbano y el bienestar social y se encuentra en el centro de atención de las políticas europeas a través de actos de *soft law*, programas y fondos establecidos para fines específicos. De hecho, durante mucho tiempo se ha generalizado en Europa, incluso para iniciativas sobre temas más generales que se remontan a los años noventa del siglo pasado, el principio rector de los asentamientos urbanos según los criterios adecuados de calidad de vida y trabajo.

Considera que la elaboración de líneas de intervención se refiere a un nuevo modelo de acción con herramientas de alta tecnología para un desarrollo urbano sostenible e integrado como objetivo europeo, pero también a nivel mundial. Se espera un desafío complejo que ha requerido nociones interdisciplinarias y muchas iniciativas para la difusión y el conocimiento de esta visión mo-

derna, con avances significativos hacia el derecho a las ciudades inteligentes y la innovación.

El Capítulo XII, titulado «Future Hall. Le circular *smart city* come driver globali di uno sviluppo sostenibile e resiliente», con doble autoría: Stefano VENIER, Chief Executive Officer (CEO) Gruppo Hera, Bologna (Italia) y Edoardo LUCATTI, Media Relations Gruppo Hera, Bologna (Italia), Future Hall. Analizan las ciudades inteligentes circulares como motores del desarrollo sostenible y resistente.

Señalan que el último informe del IPPC, el Informe del 50 aniversario del Club de Roma y las organizaciones internacionales más acreditadas destacan como el tiempo disponible en el planeta, amenazado por cambios climáticos dramáticos y sin precedentes, está a punto de terminar y subraya la necesidad de una movilización global. En este contexto, el papel de las ciudades aparece inmediatamente decisivo.

Responsables del 70% de las emisiones de gases de efecto invernadero, de hecho, también son capaces de producir el 70% de la riqueza total del planeta y, por lo tanto, cuentan con los medios y recursos para revertir la tendencia, impulsando, a escala global, una rápida transición a modelos de desarrollo sostenible y resilientes.

El Grupo Hera, en el que los dos autores desarrollan su trabajo, ha estado trabajando durante algunos años en el modelo Circular *Smart City*, un concepto introducido para superar la estrechez tecnocéntrica de



las ciudades inteligentes hacia una perspectiva más amplia que integra los principios de participación y de sostenibilidad, y apunta a una ciudad resiliente, regenerativa, inclusiva y saludable, capaz, como tal, de perseguir no solo los intereses de quienes la viven sino también, junto con ellos, los del planeta global.

Esta tecnología desempeña un papel auxiliar fundamental, alentando a un gobierno integrado del sistema urbano que, ante un mundo *lleno* e incapaz de absorber otras externalidades negativas, permite que la ciudad funcione como una biosfera real y por lo tanto en armonía con los ciclos naturales.

Lo que emerge es el perfil de una nueva ciudad, participante de su tiempo y lista para los desafíos que nos esperan: una verdadera DiverCity que sabe cómo mantener unidas las demandas del desarrollo económico, las de protección ambiental y las de inclusión social. Ello exige un cambio radical que las empresas e instituciones pueden perseguir solo a través de los ciudadanos, involucrándolos activamente para que puedan cambiar el comportamiento y el estilo de vida en profundidad.

El Capítulo XIII tiene por título «Actuaciones en el ámbito de *Smart Cities* en la ciudad de Girona y su sujeción a los principios de Transparencia y Participación». Su autor es el Profesor Asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Girona Albert LLADÓ MARTÍNEZ. Comienza informando que en la ciudad de Girona se ha emprendido en los últimos

años un notable número de actuaciones cuyo nexo común es la utilización de la tecnología sobre aspectos de incidencia urbana, impulsadas desde el Ayuntamiento de la ciudad con otras administraciones públicas locales o instituciones y agentes privados.

Una de las principales actuaciones sobre la materia que nos ocupa, probablemente lo que plasma la decidida voluntad de la ciudad de Girona de implicarse y avanzar de forma pionera en los ámbitos de la aplicación de la tecnología a la actividad urbana, es la existencia de un centro de investigación de carácter permanente con estos objetivos, la Cátedra Girona Smart City, creada en 2013 a partir de un acuerdo con el Ayuntamiento de la ciudad, con la intención de ser una plataforma para la ideación, concepción y diseminación de soluciones específicamente diseñadas para ciudades pequeñas y medianas.

Así, la ciudad de Girona se ha caracterizado en los últimos años por emprender un notable número de programas e iniciativas en el ámbito de aplicación de nuevas tecnologías en la gobernanza y servicios de la ciudad, la esfera de actuaciones referidas mediante el concepto *smart city*. Como se ha dicho anteriormente, esta actividad ha venido promocionada desde la voluntad política del Ayuntamiento de la ciudad de convertirse en un referente para las ciudades de pequeño y mediano tamaño en lo tocante a la planificación y mejora de servicios urbanos a través de la utilización de tecnología y, al mismo tiempo, favorecer el comercio y la actividad empresarial de la zona mediante la celebración de con-

gresos y actividades relacionadas con este ámbito.

Finaliza el autor poniendo el foco en el escaso grado de participación de la ciudadanía en las decisiones e implementación de los proyectos, y en el exiguo respeto observado al principio de transparencia en la actuación de la administración.

El Capítulo XIV se refiere a «La inteligencia del territorio desde la cultura de los datos», Su autor es Marco Antonio PÉRES USECHE, Director del Observatorio de Sociedad, Gobierno y Tecnologías de la Información de la Universidad Externado de Colombia y Director de Territorio Data@culturadata. Comienza el estudio afirmando que hoy los gobiernos locales y los líderes de las ciudades deben hacer un balance sobre los avances y resultados para convertir a las ciudades —de todos los tamaños— en territorios inteligentes y sostenibles, teniendo en cuenta los efectos del cambio climático, el deterioro del medio ambiente y el creciente consumo de los recursos naturales del planeta.

Si la aplicación del concepto de ciudad inteligente y sostenible no logra evitar o mitigar que las ciudades sigan siendo la fuente principal de los problemas medio ambientales y sociales del mundo, debe revisarse lo más pronto posible y modificarse o reemplazarse por uno que sea más realista y eficaz. Considera que en la actualidad las ciudades son planeadas para el consumo y la logística empresarial y no para preservar los espacios verdes y naturales de la periferia o región. Este enfoque lineal

y mecanicista explica las causas del cambio climático, el deterioro del medio ambiente y el creciente consumo de los recursos naturales del planeta. Finaliza con la propuesta de construir la inteligencia del territorio a partir del origen de la vida: la naturaleza.

El último Capítulo, el XV, lleva como título «Riesgos sobre la privacidad de los datos abiertos recogidos en una smart city». Sus autores son, de un lado, Patricia MALLÉN VILLALBA, Jefa de la Asesoría Jurídica del Consorci AOC, Profesora Máster en Derecho de la Sociedad de la Información (ICABV) y Máster Internet of Things (UPC); y, de otro, Antoni Xavier VALVERDE AMADOR, Jefe de Sistemas, Tecnologías de la Información, Transparencia del Ajuntament de Cervelló y Profesor Asociado de la Universidad Politécnica de Catalunya.

Comienzan afirmando que, en el mundo globalizado, en el que se han eliminado las barreras de espacio y tiempo, las técnicas de la información y la comunicación (TIC) han transformado de forma substancial la vida cotidiana de los ciudadanos, afectando a todos sus ámbitos de vida: el trabajo, el ocio, el acceso a la cultura, la educación, las relaciones económicas, la disponibilidad de bienes y servicios y las relaciones entre Administración y administrados.

Se ha podido comprobar que las *smart cities* son entornos en los que la privacidad de las personas puede verse afectada por distintos mecanismos o tecnologías que ponen en jaque la esfera personal del individuo

si no se toman medidas legales o de seguridad.

Los autores también han determinado que ser una ciudad inteligente pasa por ser *open data* (datos abiertos) desde el punto de vista de negocio, ya que ello hace que se dinamice el sector empresarial gracias a la apertura de datos que obran en poder de las Administraciones. Sin embargo, desde el punto de vista legal esa apertura actualmente solo está prevista para la información obrante en poder de las Administraciones públicas, y tiene siempre como límite la protección de datos de carácter personal.

Consideran que por todo ello, los poderes públicos tienen como reto el desarrollar mecanismos legales que ayuden a frenar las posibles injerencias de las nuevas tecnologías *smart* en la privacidad de las personas, puesto que la legislación parece todavía insuficiente ante los avances de las TIC y para ello se deberá contar con la colaboración del sector privado que, en definitiva, será quien implante proyectos destinados a ofrecer mejores servicios públicos desde el punto de vista de la eficiencia tecnológica y de la sostenibilidad ambiental y económica.

Para terminar, y a modo de recapitulación, dado que se trata de una obra en la que han participado 19 reconocidos autores, entre los que se encuentran los dos Directores, trataré de reseñar lo más destacable de todos los capítulos. Así, podemos confirmar que la obra recensionada abriga un interesante repaso de algunos de los elementos más actua-

les que se plantean en torno a la ciudad inteligente y a la participación ciudadana, especialmente los relacionados con la necesidad de encontrar respuestas en el campo del Derecho Administrativo a algunos de los problemas más palpables en el funcionamiento de la ciudad, como el acceso a vivienda digna,

Debemos destacar una obviedad que a menudo se olvida: el ciudadano tiene que ser parte de la ciudad y, sin embargo, una vez más, se pone de manifiesto el escaso grado de participación de la ciudadanía en las decisiones e implementación de los proyectos, así como el exíguo respeto observado al principio de transparencia en la actuación de la administración

Considerar las *smart cities* como apocalípticas es negar el papel del gobierno local en la gobernanza urbana. Existen ciertos sesgos que puede provocar la utilización de algoritmos en cuanto que pueden determinar aspectos tan relevantes como la priorización de la realización de determinadas prestaciones respecto a otras. Ello conlleva ciertos riesgos de discriminación entre usuarios y el riesgo de producir fenómenos de exclusión social que la ciudad inteligente preferiría en cambio combatir

Se propone construir la inteligencia del territorio a partir del origen de la vida: la naturaleza, y se preconiza que los poderes públicos deben tener como reto el desarrollar mecanismos legales que ayuden a frenar las posibles injerencias de las nuevas tecnologías *smart* en la privacidad de las personas.

Las técnicas de la información y la comunicación (TIC) han transformado de forma sustancial la vida cotidiana de los ciudadanos, afectando a todos sus ámbitos de vida: el trabajo, el ocio, el acceso a la cultura, la educación, las relaciones económicas, la disponibilidad de bienes y servicios, las relaciones entre Administración y administrados y, en definitiva, se optimiza la sostenibilidad a través de la tecnología y la innovación.

Para finalizar, ha de decirse que nos encontramos ante una obra de referencia y básica para poder entender todo lo relativo al ámbito del derecho a la ciudad, de las *smart cities*, de la ciudad inteligente y la necesaria participación ciudadana, así como la incidencia de las nuevas tecnologías *smart* en la privacidad de las personas.

MARÍA BEGOÑA CRESPO HIDALGO

Licenciada en Derecho  
begotxucrespo@gmail.com

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.08>

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel y SIERRA RODRÍGUEZ, Javier (coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Esta obra colectiva reúne trabajos de investigadores dedicados al estudio de distintos campos del conocimiento, especialmente relacionados con el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, la Comunica-

ción, la Gestión Pública, la Sociología y las Nuevas Tecnologías.

Se estructura en 23 capítulos que giran alrededor de la materia del Gobierno Abierto, pero siempre desde la heterogeneidad de disciplinas de la que son expertos los autores de la obra. Ello sirve para realizar un enfoque de estudio más amplio que permite conocer cuestiones conexas a la implantación del Gobierno Abierto como son las relacionadas con la gestión pública y la capacidad tecnológica, pero también hace posible investigar aquellos extremos de carácter jurídico que, indudablemente, se encuentran presentes en el marco normativo que deben observar los poderes públicos al desarrollar sus planes de Buen Gobierno.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, es especialmente interesante la manera en que algunos autores plantean que una futura reforma de la legislación en materia de transparencia debería reconsiderar algunos aspectos relacionados con cuestiones como el carácter iusfundamental del derecho de acceso, la publicidad activa, los órganos de garantía, la implementación homogénea de la transparencia en todo el territorio y las evaluaciones de calidad de los niveles de transparencia. Esta revisión normativa no se ceñiría exclusivamente a la actividad administrativa, sino que también implicaría al sector privado, al verse afectado por nuevas normas sobre el acceso a sus archivos. Los objetivos a alcanzar con ese cambio legislativo pretenden mejorar el acceso a la información necesaria para la resolu-

ción de conflictos que pueden surgir en la vida interna de la empresa, así como ser una buena imagen y una garantía de cumplimiento de los Derechos Humanos entre las organizaciones empresariales y sus empleados y clientes. Pero también como una fuente de información para el estudio de historiadores e investigadores, entre otros.

En el plano del Derecho Administrativo, además de revisar las consideraciones sobre el acceso a archivos antedicha, se señala la necesidad de operar reformas más ambiciosas en materia de transparencia como parte del proceso de evolución de la Administración. Se subraya el hecho de que la Administración española ya ha vivido desde el siglo pasado al menos dos grandes transiciones como parte de su evolución histórica: una primera reforma administrativa pre-constitucional y, en segundo lugar, la reforma política democrática.

En la esfera más directamente relacionada con la participación, algunos autores ponen en valor al conjunto de la ciudadanía como grupo de presión, de manera que sus peticiones son susceptibles de inscribirse en las agendas políticas y, por ende, sus acciones pueden ser objeto de atención por parte de la Administración Pública. Es por ello que se encuentra en el catálogo de herramientas de participación una posibilidad de mejora en la relación entre las Administraciones Públicas y la ciudadanía.

Para ello, se analiza, entre otras, la normativa autonómica del Buen Gobierno, la naturaleza del Gobierno

Abierto local, el grado de voluntariedad en la implantación y mejora del Gobierno Abierto local, así como la necesidad de revisar el grado de cumplimiento del Gobierno Abierto y su evaluación. También en el ámbito local, se estudia el régimen jurídico de las consultas populares, se establece una diferenciación entre consultas referendarias y no referendarias, se examina cuáles son las personas con derecho a sufragio en esta clase de consultas, los efectos (vinculante o no) de las mismas, etc. Se incide en que el objeto de estas consultas debe referirse a asuntos de competencia propia municipal de interés para los vecinos sobre los que la entidad local ostente un auténtico margen de decisión (con expresa excepción de los relativos a la Hacienda Local) y se cuestiona, de manera muy acertada, la naturaleza de la autorización gubernamental que el autor considera que debería limitarse a ser una mera actividad de control legal y administrativo.

En desarrollo de este análisis algunos autores proponen introducir novedades tendentes a mejorar las técnicas de participación ciudadana. A este respecto, llama mucho la atención la mención a los canales y medios de participación en la Administración General del Estado, auspiciados en el Tercer Plan de Acción. Se pone de relieve la existencia de múltiples canales de comunicación (electrónicos, digitales y físicos), con especial atención al uso de redes sociales como herramienta de participación sencilla e innovadora, aunque se incide en la necesidad de coordinación entre Ministerios y de evalua-

ción de experiencias de participación ciudadana en el seno de la Administración General del Estado.

Resulta muy interesante el estudio sobre la figura del *whistleblower*, es decir, la persona denunciante. PÉREZ MONGUIÓ analiza cómo este instrumento de participación permite a los particulares denunciar situaciones de corrupción o mala praxis en el seno de la Administración Pública; sin embargo, el mismo autor considera la necesidad de implantar una normativa que regule el régimen del denunciante a nivel estatal mediante un «Estatuto del denunciante» y que las demás comunidades autónomas completen su regulación en vista de que solamente Aragón, Asturias, Castilla y León, Baleares, Comunidad Valenciana, Cataluña y la Región de Murcia han realizado previsiones en la materia. Se establece una relación entre el *whistleblower* y las prácticas de Buen Gobierno como un instrumento más de participación ciudadana, aunque el autor reconoce que en nuestro país la figura del «chivato» no goza de un gran prestigio social, con lo que resulta necesaria la instauración de un buen sistema de denuncia para asegurar el anonimato del denunciante.

Otro aspecto que se estudia es el referente a las contrataciones de sector público, tanto de personal como de bienes y servicios. En cuanto a las primeras, algunos autores exponen prácticas de Buen Gobierno en los procedimientos de selección de personal para reducir la arbitrariedad y la corrupción en la contratación de personal público, y subrayan la importancia de la profesionalización de

la contratación pública para mejorar la eficiencia en el uso de recursos y aplicar estrategias de Buen Gobierno. Se proponen medidas para mejorar la capacitación de los empleados públicos pero también de las empresas licitadoras en la línea marcada por la Recomendación (UE) 2017/1085 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública y ya iniciada, entre otras, por el Gobierno de Canarias vía Decreto 68/2015, de 30 de abril, por el que se establece el marco general para la innovación y mejora de los servicios públicos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. Estas experiencias se complementan con otros estudios, sirviendo de ejemplo los comentarios sobre el régimen de los tribunales administrativos de recursos contractuales en el ámbito local como órganos de control en materia de contratación que, entre otros, conocen sobre el grado de transparencia de las licitaciones y concursos en las EELL.

A mayor abundamiento, otros autores realizan una crítica sobre determinados aspectos de mejora en una futura nueva legislación sobre transparencia. Algunos proponen que en esa futura normativa se prevea una inclusión de la perspectiva de género en la protección de datos y en el régimen de transparencia que permita modular los algoritmos para que las búsquedas de datos personales no invisibilicen a la mujer. Otros autores ponen el acento sobre la transparencia en condiciones de contratación en eventos como festivales y conciertos, cuya regulación se ha repartido entre el legislador estatal y los autonómicos, y

que está estrechamente relacionada con el Derecho de los Consumidores. También se refieren a la transparencia en los contratos con que se acuerda la publicidad institucional de las Administraciones Públicas y el acceso telemático a la información relativa a esas licitaciones. Además se analiza el papel, cada vez más relevante, de los *lobbies* en el ámbito comunitario y en el estatal y en el autonómico, así como las implicaciones de la legislación en materia de transparencia en labores como el registro y publicación de las acciones de grupos de presión en su proceso de influencia sobre los poderes públicos. No es el único actor social que se estudia en la obra. También se analizan regulaciones referidas al régimen de los partidos políticos y sus fundaciones, de cuya transparencia dependen en buena parte las posibilidades efectivas de control de su actividad y financiación por parte de la ciudadanía.

Asimismo se exponen algunas experiencias llevadas a cabo en el extranjero. Tal es el caso de Colombia, de la que se aduce la escasa cultura participativa en aquel país a tenor del bajo nivel participativo en dos procedimientos examinados. Pero también de la experiencia de México, donde se observa la necesidad de optimizar las relaciones entre los diferentes niveles de organización territorial del Estado, que se encuentra en un proceso de descentralización incompleto en el que están pendientes de atribución roles y responsabilidades en la recaudación fiscal, la gestión del gasto, la rendición de cuentas y la transparencia en favor de las entidades territoriales subnacionales.

La rendición de cuentas en España y en la Unión Europea es igualmente objeto de estudio de esta obra, en la que se valora la aplicación de un Modelo de Supervisión Único y el control que el poder legislativo español puede realizar sobre las funciones del Banco de España y sobre el Banco Central Europeo, que a su vez también puede ser obligado a rendir cuentas ante los órganos comunitarios. Este control, aunque menos efectivo que el realizado por los técnicos de la Administración Pública, permite poner en conocimiento de la ciudadanía la realización de actuaciones de vigilancia sobre dichas instituciones.

A modo de conclusión, podemos recordar el carácter multidisciplinar con el que los autores de esta obra colectiva estudian el régimen de los Gobiernos Abiertos en indisoluble relación con materias como transparencia y participación ciudadana. La heterogeneidad de expertos participantes en el libro es ideal para tratar una realidad tan compleja como la del Gobierno Abierto, cuyas implicaciones en materia de protección de datos y en técnicas de innovación y de participación pública requieren de un estudio por parte de los investigadores jurídicos que aclare y defina su alcance y sus límites en aquellos puntos en que entren en conflicto, como es el caso de la gestión de datos abiertos en la escala de *Big Data*, tan palpable en nuestros días.

NOEL ARMAS CASTILLA

Universidad de Sevilla  
narmas@us.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.09>

FERNANDO LÓPEZ, Ramón: *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, Barcelona, 2020. 184 págs.

El volumen que se reseña en este texto toma como elemento vertebrador la jurisprudencia del TS (más de 80 sentencias) en torno a las vinculaciones singulares urbanísticas. El autor se adentra en una institución clásica del derecho urbanístico, para escrutarla desde una perspectiva crítica y llena de realismo.

Tal y como se adelanta por el autor en la Introducción, la casuística pone de relieve que, a la hora de ordenar los tejidos urbanos, las vinculaciones singulares recaen básicamente sobre elementos que constituyen parte del patrimonio arquitectónico, así como sobre la ordenación de equipamientos privados. Asimismo, el autor adelanta un análisis crítico de la jurisprudencia analizada y de la doctrina relativa al tema, en la medida en que no se ofrece una «hermenéutica sólida» del sistema legal.

La obra se estructura en seis capítulos centrales, precedidos de una introducción, cerrándose con unas conclusiones. En el primero examina la regulación legal de las vinculaciones singulares y su evolución; en el segundo se expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una primera época, al conocer de los recursos en apelación; en el tercero, se examinan ya las sentencias judiciales que resuelven los recursos de casación; en el cuarto, el autor plantea una teoría alternativa a la ju-

risprudencia; el capítulo quinto, tras analizar los criterios empleados por la jurisprudencia para identificar las vinculaciones singulares, propone la necesidad de aplicar otros criterios junto al criterio de comparación espacial o estática (el criterio de comparación dinámica o temporal, el referido al género de bienes y el criterio de la rentabilidad económica); el capítulo sexto aborda los efectos de las vinculaciones singulares. Finaliza con un apartado de conclusiones.

En el primer capítulo se pone de relieve el carácter continuista de las regulaciones del régimen de las vinculaciones singulares urbanísticas, la trascendencia de la institución y su naturaleza jurídica. Así, se señala que ya desde la ley del Suelo de 1956 se preveía la indemnización de toda reducción del volumen mínimo edificable garantizado en suelo rústico. La reforma de 1975-1976 contemplaba el derecho a la indemnización por las vinculaciones singulares que conllevaran restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo y no pudieran ser distribuidas equitativamente. Esta regulación se trasladó, tras la reforma de 1990, al Texto Refundido de 1992, que contempló además como vinculaciones singulares indemnizables las ordenaciones relativas a la conservación de edificios que excedieran de los deberes legales y no pudieran ser compensadas con los beneficios aplicables. Este régimen pasó a las siguientes leyes del suelo hasta el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana de 2015 (TRLR 2015). A partir de la Ley del Suelo de 2007, las leyes dejan de aludir a la «restricción



del aprovechamiento urbanístico del suelo» para referirse a la restricción de «la edificabilidad o el uso».

El autor resalta la importancia de saber cuándo estamos ante una vinculación singular urbanística indemnizable, e indica que si los ayuntamientos tienen que asumir indemnizaciones para preservar iglesias, monasterios, colegios..., *no habrá dinero ni aprovechamiento transferible para hacer frente a los correspondientes pagos.*

Con relación a la naturaleza jurídica de las vinculaciones singulares, López Ramón entiende que estamos ante una modalidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque el objeto de las vinculaciones singulares no es producir privaciones (expropiación), sino proteger el patrimonio arquitectónico o mantener los equipamientos privados (de tipo docente, recreativo, sanitario, deportivo...) esenciales para el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana. Esta es la postura de la jurisprudencia que comprende las vinculaciones singulares como una especialidad del régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El segundo capítulo analiza las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el período 1985-1999 (38), al resolver recursos de apelación que enjuician la existencia de vinculaciones singulares. En la mayoría se confirma las sentencias apeladas. En los primeros años (1985-1988), la filosofía conservacionista determinó un entendimiento restric-

tivo de las vinculaciones singulares. El Tribunal Supremo estimaba preciso agotar las vías legales de equidistribución para comprobar si se producía la restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo. El autor sostiene que, en estos primeros casos de identificación de vinculaciones singulares, los tribunales no impusieron una obligación indemnizatoria, sino que procedieron a anular el plan cuestionado por falta de previsión económica para hacer frente a las vinculaciones singulares.

Sin embargo, a partir de 1989 el TS resuelve en algunos casos a favor del derecho a indemnización por vinculaciones singulares. Así, el caso del *jardín de Bankinter en Valencia*, el del *teatro-cine Fleta de Zaragoza*, el caso de *las carmelitas de la Caridad de Caldas de Malavella*, el caso del *cine Capitolio de Elche*. Se incluyeron dentro de la categoría de vinculaciones singulares equipamientos privados tradicionales como colegios religiosos y cines de centros urbano, o la conservación de jardines y edificaciones. A efectos de indemnización, el TS hacía valer el criterio de comparación con el aprovechamiento urbanístico del entorno. El criterio de comparación temporal se adoptó únicamente cuando la nueva ordenación urbanística restringía aprovechamientos previamente reconocidos.

El profesor se manifiesta crítico con esta postura jurisprudencial al entender que las sentencias analizadas recaían sobre edificaciones que ya estaban construidas y destinadas a su fin por el propietario, de ma-

nera que generaron ya en su día una plusvalía a sus propietarios; sin embargo, la jurisprudencia citada les reconoce sucesivas plusvalías con arreglo al criterio de comparación con el entorno. Así, señala el autor de manera crítica que:

«La ciudad no se presenta ya como un conjunto de edificaciones con diferentes usos en torno al entramado viario; no se trata de templos, colegios, mercados, residencias y otras construcciones que cumplen funciones en calles y plazas; no, la ciudad es pura materialización de aprovechamientos urbanísticos uniformes por exigencia de un principio de igualdad que termina destruyendo la diversidad urbana».

Asimismo, destaca la incertidumbre derivada de una jurisprudencia contradictoria que, ante supuestos similares, en unos casos rechaza la reclamación de indemnización por supuestas vinculaciones singulares, y en otros acoge la reclamación.

En definitiva, en el periodo analizado, la jurisprudencia del TS utiliza hasta tres tipos de efectos derivados de las vinculaciones singulares: a) la anulación del planeamiento urbanístico por falta de previsiones financieras para atender las indemnizaciones; b) el directo otorgamiento de indemnizaciones por disminución de aprovechamiento urbanístico; c) la remisión de las cuestiones indemnizatorias al planeamiento de detalle.

El capítulo tercero analiza la jurisprudencia del TS a partir de 1995,

concretamente las resoluciones de los recursos de casación relativos a las vinculaciones singulares urbanísticas. Son 45 las sentencias emitidas en 25 años. Se destaca una línea de continuidad respecto a la doctrina del anterior periodo, y nuevamente se pone de manifiesto la existencia de resoluciones contradictorias. Según el autor, la interpretación judicial acoge una perspectiva inadecuada, en la medida en que se parte de la creencia de que todos los propietarios de suelo deben recibir el mismo aprovechamiento edificatorio que sus vecinos y, a partir de ahí, esta idea traduce el principio de igualdad en el ámbito urbanístico como supuestos de equidistribución universal. Indica el autor que, nuestro derecho positivo no permite identificar un principio de equidistribución que pueda ser aplicado en la ciudad existente, en el suelo urbano consolidado.

En este capítulo se analizan las sentencias que enjuician la posible vinculación singular sobre distintos bienes y actuaciones: edificios catalogados, jardines privados, restos arqueológicos, equipamientos deportivos de propiedad privada, cesiones urbanísticas y cines.

Así, por ejemplo, en las sentencias sobre edificios catalogados, el autor constata que el TS ha aplicado el principio de equidistribución universal. Así —en muchas ocasiones en contra del criterio de los tribunales superiores de justicia—, el TS admite la existencia de restricciones de aprovechamiento que vulneran el principio de equidistribución por-

que no resultan aplicables a todas las demás edificaciones del municipio. Ante estos casos, el autor vuelve a mostrarse crítico alegando que la igualdad entre propietarios debiera postularse por referencia al género de bienes jurídicamente dominante, es decir, en este caso, edificios de valor arquitectónico objeto de protección constitucional, y no por referencia a los edificios del entorno.

En los casos referidos a jardines privados, el TS enjuicia si la determinación del planeamiento que prevé la conservación de los jardines para uso y disfrute de sus propietarios constituye una vinculación singular. A este respecto, el autor destaca los vaivenes jurisprudenciales porque en algunos casos se admite la existencia de vinculación singular derivada exclusivamente de la comparación espacial (entorno), y en otros se deniega con el argumento de la comparación temporal, es decir, porque el nuevo planeamiento mantenía las alineaciones previstas en el antiguo.

En los supuestos de protección de restos arqueológicos y, concretamente en el *caso del anfiteatro de Astigi en Écija*, el TS entiende que a las restricciones impuestas por la Administración cultural que impedía construir los aparcamientos proyectados, no se le aplica el régimen de vinculaciones urbanísticas, sino la legislación de patrimonio cultural, pero en cualquier caso sostiene que las vinculaciones arqueológicas generan la responsabilidad patrimonial de la Administración. El autor se vuelve a mostrar crítico con esta postura al entender que los restos

del anfiteatro de Écija eran sobradamente conocidos y que no se comprende que el planeamiento urbanístico contemporáneo dejara de lado este hecho. Asimismo, el autor discrepa con la sentencia del TS sobre *el caso de los recintos amurallados de Gandía*, donde se declara vulnerado el derecho de propiedad o seguridad jurídica por el plan que preveía una prohibición de incremento de volumen motivada por la protección del patrimonio cultural, cuando tal prohibición iba acompañada de la posibilidad de adquisición pública del aprovechamiento urbanístico que no pudiera materializarse por el propietario.

Destaca *el caso de los cines de Sevilla*, que en 2006 fueron calificados como «servicios de interés público y social de carácter privado», permitiendo en ellos únicamente actividades de esparcimiento. El TS consideró que se trataba de una vinculación singular, anuló el plan y con ello renació la regulación del plan de 1987 que permitía el cambio a usos comerciales. El TS apelaba al «cierre del sistema de equidistribución» que implican las vinculaciones singulares. En cualquier caso, el autor pone de relieve los vaivenes de la jurisprudencia porque ante otros equipamientos privados, la jurisprudencia ha evitado el reconocimiento de vinculaciones singulares apelando a razonamientos de tipo temporal sobre la continuidad del planeamiento. Este es el caso, por ejemplo, del colegio *Jesús y María de Zaragoza*, en el que el TS niega la existencia de vinculación singular porque la calificación de los terrenos como uso

educativo en la revisión del plan de 2011, coincidía con el anterior vigente. El profesor López Ramón nos recuerda que el mismo ponente (Peces Morate) hizo valer un criterio diferente en el caso de los colegios valencianos.

El capítulo cuarto resulta de sumo interés por cuanto se propone una teoría alternativa para determinar la existencia de vinculaciones singulares. Para ello, en primer lugar, se analiza el alcance del principio de equidistribución; en segundo lugar, se examina la función social del derecho de propiedad y su traducción al urbanismo; y, finalmente, se conectan las vinculaciones singulares con el contenido esencial del derecho de propiedad.

Con relación al principio de equidistribución, sostiene el autor que el principio de equidistribución universal —entendido como regla de carácter universal para todo tipo de suelos y construcciones—, es una aportación judicial que deja de lado un punto esencial de la ordenación urbanística: la consideración de la ordenación urbanística como una función pública que define el uso del suelo de acuerdo con el interés general y determina las facultades y deberes del propietario del suelo, con la consecuencia de que «esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización» (art. 4.1 TRLS 2015). Señala que el régimen estatutario de la propiedad del suelo resulta de su vinculación a destinos concretos (art. 11.1 TRLS 2015). Con arreglo a estos parámetros, según el autor, las vinculaciones singulares

indemnizables son una excepción a la regla general que afirma el carácter estatutario de la propiedad en el ámbito urbanístico; el problema es que la excepción se ha convertido en regla en ámbitos donde no existen mecanismos útiles para lograr la equidistribución, es decir, en suelo urbano consolidado.

El autor entiende que la equidistribución tiene sus límites naturales en el espacio y en el tiempo. Necesita de un ámbito territorial en el que simultáneamente se llevan a cabo las operaciones reparcelatorias o compensatorias. Fuera de esos límites, la equidistribución es arbitraria, porque se estarían mezclando situaciones de distinto valor económico. El autor se plantea una cuestión que resulta fundamental para entender su alternativa: cómo distribuir equitativamente aprovechamientos urbanísticos materializados en diferentes épocas. La edificabilidad tiene diferentes valores en el tiempo.

Como sostiene el autor, la legislación no recoge el principio de equidistribución con carácter omnicomprendivo (art.13 TRLS 2015); limita su ámbito a las «actuaciones de nueva urbanización», que son las que se desarrollan en suelo urbanizable. Las plusvalías para absorber las cargas de urbanización derivan de la transformación del suelo, y estas cargas se distribuyen de forma equitativa en proporción a los terrenos aportados por cada propietario en un espacio y tiempo determinados. El principio de equidistribución puede comprender también las operaciones de reforma o renovación de la urbaniza-

ción o de dotación del suelo que se encuentre en la situación básica de suelo urbanizado (clasificado como suelo urbano no consolidado), pero no en suelo urbano consolidado, donde no tiene lugar ninguna actuación de transformación urbanística. El art. 48.b) TRLS 2015 prevé vinculaciones singulares determinantes de indemnización cuando exista una «restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa», y según el autor, ha de entenderse que circunscribe su aplicación a las actuaciones urbanísticas aptas para la equidistribución.

A continuación, se destaca que la tutela del patrimonio arquitectónico y la promoción de la diversidad urbana son expresiones de la exigencia constitucional de la función social del derecho de propiedad. La delimitación de la función social del derecho de propiedad en el ámbito urbanístico se corresponde con el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (art. 3 TRLS 2015). En virtud de este principio, las políticas públicas de suelo deben contribuir a «la protección del patrimonio cultural y del paisaje»; los poderes públicos han de favorecer la «puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural (art. 3.3.k)» y «la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente» (art. 3.3.g). El autor vincula estos deberes con las exigencias constitucionales de protección del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad (art. 45), conservación del patrimonio histórico, cul-

tural y artístico (art. 46) y disfrute de un vivienda digna y adecuada (art. 47).

En definitiva, la función social que consiste en la conservación arquitectónica y el mantenimiento de la diversidad urbana delimita lícitamente el contenido de los derechos de propiedad afectados. No obstante, manifiesta que hay un contenido esencial de esos derechos patrimoniales que ha de ser respetado por imperativo constitucional (art. 33 y 53) y su infracción por la ordenación urbanística habrá de generar responsabilidad de la Administración.

Para el autor, las vinculaciones singulares son la traducción urbanística de la exigencia de respetar el contenido esencial, de modo que es este contenido lo que debe mantenerse en las propiedades afectadas por los vínculos de conservación arquitectónica y de mantenimiento de la diversidad urbana. Así, el propietario del edificio catalogado debe conservar el derecho a la utilidad económica correspondiente a las características del bien. Según el autor, el cálculo de las indemnizaciones por las restricciones del contenido esencial ha de realizarse por referencia a la utilidad económica restringida por la vinculación singular, no en comparación con las utilidades que se hayan podido obtener en los fondos del entorno.

En el capítulo quinto, el autor realiza un análisis crítico de los criterios seguidos por la jurisprudencia del TS para determinar las vinculaciones singulares. Así, da cuenta de la

tensión criterio espacial-criterio temporal y de los enfrentamientos entre el criterio de comparación con el entorno inmediato (la referencia es si en una determinada zona de la ciudad se establecen diferentes aprovechamientos urbanísticos) y el criterio del género de bienes implicado (la referencia son los bienes de las mismas características del afectado).

El autor entiende que las incoherencias observadas en la jurisprudencia derivan de una visión plana del entramado urbano que propicia el principio universal de equidistribución; y plantea la necesidad de apreciar la variedad de situaciones a través del concepto *de la propiedad estatutaria sujeta a un contenido esencial*. Entiende que se debe distinguir entre las limitaciones de la edificabilidad y las de los usos.

En el caso de las edificaciones, entiende que para decidir si la catalogación o las restricciones de aprovechamiento constituyen una vinculación singular debe aplicarse la comparación temporal o dinámica, es decir, entre el antes y el después del planeamiento al que se imputa la violación del contenido esencial del derecho de propiedad. Junto a este criterio, añade que es preciso aplicar el criterio de la comparación de género para identificar vinculaciones singulares, pues proporciona información sobre el tratamiento dado a fincas de similares características.

En el caso de la valoración de los usos en instalaciones privadas (docentes, recreativos sanitarios, deportivos...), también entiende necesario

aplicar varios criterios. El mantenimiento del uso ya previsto en el planeamiento o consolidado por voluntad de su titular no debe determinar ninguna lesión ni daño indemnizable. Ahora bien, el autor hace valer también el criterio económico, al señalar que el contenido esencial del derecho de propiedad exige combinar el interés público con el privado, por lo que solo parece legítimo el destino de los inmuebles a equipamientos privados sin indemnización cuando estos puedan traducirse en un adecuado uso económico. Según el autor, la Administración no puede imponer a un propietario mantener una actividad empresarial que se encuentra objetivamente en decadencia o en profunda transformación por las demandas del público.

En definitiva, el autor hace valer la necesidad de emplear una pluralidad de criterios para detectar las vinculaciones singulares (criterios de tipo temporal, de género y de rentabilidad), con las modulaciones que proceden en función de su aplicación al régimen de las edificaciones o al de usos.

El último capítulo se dedica a los efectos de las vinculaciones singulares. Ya se ha destacado que la jurisprudencia no es uniforme; en algunos casos ha determinado la anulación del planeamiento y en la mayoría ha reconocido directamente las indemnizaciones dinerarias.

El autor defiende que cuando un plan urbanístico establece vinculaciones singulares sin la correspondiente previsión financiera, debe ser

anulado; evidentemente, siempre que no implique una desprotección de los intereses públicos implicados.

Asimismo, se plantea la responsabilidad por vinculaciones singulares en los procedimientos bifásicos de aprobación de planes urbanísticos. El autor, en contra del criterio de la jurisprudencia del TS —que se inclina por la responsabilidad solidaria—, entiende que, en estos casos, la responsabilidad se atribuiría al Municipio o a la Administración autonómica en función del grado de intervención efectiva en el establecimiento de las vinculaciones singulares del plan urbanístico. Señala que no estamos ante «fórmulas colegiadas de actuación»; sino ante «otros supuestos de concurrencia de varias administraciones en la producción del daño», donde la responsabilidad de cada administración se fijará «atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la interven-

ción», de modo que la responsabilidad solidaria sólo resultaría aplicable con carácter subsidiario, cuando no fuera posible dicha determinación (art. 33.2 de la Ley 40/2015).

El libro finaliza con un apartado de conclusiones que esquematiza los pasos seguidos para ofrecer una teoría alternativa de las vinculaciones singulares urbanísticas frente a las tesis judiciales dominantes.

Tanto por su contenido como por la perspectiva crítica y propositiva que aporta, con el manejo de la jurisprudencia aportada, estamos ante una obra de referencia obligada en la materia y que resulta de consulta imprescindible para todos aquellos operadores jurídicos que actúan en el ámbito urbanístico.

CARMEN AGOUÉS MENDIZABAL

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.10>

# IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO

