

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020>

ESTUDIOS

- 17 **Álvarez González, Elsa Marina:** Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales.
- 75 **Cubero Marcos, José Ignacio:** La participación del público en la elaboración de planes con incidencia ambiental: algunas cuestiones irresueltas.
- 107 **García García, María Jesús:** Participación ciudadana y normas europeas: un potencial por explotar.
- 147 **González Ríos, Isabel:** Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales.
- 195 **Moreno García, Javier:** El Derecho ante las emergencias ordinarias. El confuso marco jurídico actual y una propuesta para su ordenación.
- 247 **Taléns Visconti, Eduardo Enrique:** Los servicios esenciales para la comunidad en la huelga del personal laboral de las Administraciones Públicas.
- 293 **Urteaga, Eguzki:** La política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte.

JURISPRUDENCIA

- 341 **Gallego Corcoles, Isabel, Garrido Cuenca, Nuria, González Vicente, Eva y Delgado Piqueras, Francisco:** Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España.
- 387 **Mateos Martínez, José:** El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria.
- 421 **Recuerda Girela, Miguel Ángel:** Algunas cuestiones sobre el incidente de nulidad tras la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo: el incidente contra la penúltima resolución judicial.

- 443 **Salas Cruz, Armando:** Los jueces nacionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito de las sentencias Colindres Schonenberg, Villaseñor Velarde y otros, y Rico.

NOTAS

- 467 **Angulo Garzaro, Noemí, Tejero Yustos, José Ignacio y Angulo Garzaro, Amaya:** Estado de alarma y COVID-19: el régimen administrativo sancionador en la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- 505 **Rodríguez Muñoz, José Manuel:** Las sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y las entidades locales más allá de la crisis del COVID-19, con especial referencia a la innovadora experiencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

BIBLIOGRAFÍA

- 535 Santamaría Arinas, René Javier, *Curso Básico de Derecho Medioambiental. Segunda edición, revisada y puesta al día.* Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati 2019. 353 págs. (**Begoña Crespo Hidalgo**)
- 541 Salazar Ortuño, Eduardo, *El acceso a la justicia ambiental a partir del convenio de Aarhus. Justicia ambiental de la transición ecológica*, primera edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019. (**José Ignacio Cubero Marcos**)
- 546 Ponce Solé, Juli (2019), *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda. Análisis de experiencias nacionales e internacionales.* Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid. (**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

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

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

MAIATZA
ABUZTUA

2020 MAYO
AGOSTO

117

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.^º RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha).
M.^a Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II. Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar. Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau. Francia).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon 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.^a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla-La Mancha).
Adriana DREYZIN DE KLOR (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. 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 117/2020

Estudios

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales	17
CUBERO MARCOS, José Ignacio: La participación del público en la elaboración de planes con incidencia ambiental: algunas cuestiones irresueltas . .	75
GARCÍA GARCÍA, María Jesús: Participación ciudadana y normas europeas: un potencial por explotar	107
GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales	147
MORENO GARCÍA, Javier: El Derecho ante las emergencias ordinarias. El confuso marco jurídico actual y una propuesta para su ordenación	195
TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: Los servicios esenciales para la comunidad en la huelga del personal laboral de las Administraciones Públicas	247
URTEAGA, Eguzki: La política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte	293

Jurisprudencia

GALLEGO CORCOLES, Isabel, GARRIDO CUENCA, Nuria, GONZÁLEZ VICENTE, Eva y DELGADO PIQUERAS, Francisco: Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España	341
--	-----

MATEOS MARTÍNEZ, José: El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria	387
RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: Algunas cuestiones sobre el incidente de nulidad tras la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo: el incidente contra la penúltima resolución judicial	421
SALAS CRUZ, Armando: Los jueces nacionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito de las sentencias Colindres Schonenberg, Villaseñor Velarde y otros, y Rico	443
Notas	
ANGULO GARZARO, Noemí, TEJERO YUSTOS, José Ignacio y ANGULO GARZARO, Amaya: Estado de alarma y COVID-19: el régimen administrativo sancionador en la Comunidad Autónoma de Euskadi	467
RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel: Las sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y las entidades locales más allá de la crisis del COVID-19, con especial referencia a la innovadora experiencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura	505
Bibliografía	
SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, <i>Curso Básico de Derecho Medioambiental. Segunda edición, revisada y puesta al día.</i> Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati 2019. 353 págs. (Begoña CRESPO HIDALGO) ..	535
SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, <i>El acceso a la justicia ambiental a partir del convenio de Aarhus. Justicia ambiental de la transición ecológica,</i> primera edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019. (José Ignacio CUBERO MARCOS)	541
PONCE SOLÉ, Juli (2019), <i>El Derecho de la Unión Europea y la vivienda. Análisis de experiencias nacionales e internacionales.</i> Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid. (Carmen AGOUÉS MENDIZABAL)	546

Estudios



Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales

Legislative technique and dysfunctions of regulatory techniques in Spain. Current challenges

ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

Universidad de Málaga

emalvarez@uma.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8288-8530>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.01>

LABURPENA: Legezketasun-printzipioaren krisiaren eta arau-hierarkiaren printzipioaren aldaketaren ondorioz Espainiako arau-sistemak gaur egun dituen arazoei heltzen die lan honek. Horrek agerian uzten ditu legegintza-ahalaren eta erregelamenduak egiteko ahalaren distorsio garrantzitsu batzuk, eta distorsio horiek, azken batean, herritarrek legegintza-jardueraren eta administrazio-jardueraren aurrean izan behar dituzten gutxieneko bermeak murriztea dakarte. Gainera, aurrekoa estu-estu lotuta dago garrantzi handiagoko gai batekin, hots, arauen ugaritzearekin eta gure arauetan dagoen kalitate eta arrazionaltasun faltarekin. Gure ustez, hori gertatzen da ez dagoelako legegintza-teknika eraginkor eta eficiente baterako jarraibideak ezartzen dituen «legegintza-teoriarik». Gogoeta patxadatsua egin behar dugu zer legegintza-politika behar dugun jakiteko; izan ere, horrela bakarrik egin ahal izango dugu argitasun pixka bat egungo arau-sistema nahasian, eta herritarrei behar duten segurtasun juridikoa bermatu. Gure helburua da gai horiek aztertzea eta ekimen batzuk proposatzea, gure legegintza-teknikaren kalitatea eta arrazionaltasuna hobetzeko.

HITZ GAKOAK: Legegintza-teknika. Legegintza-jarduera. Legegintzaren teoria.

ABSTRACT: This work addresses the current problems of the Spanish regulatory system as a consequence of the crisis of the principle of legality and the alteration of the principle of the hierarchy of the norms. This exposes some important distortions both in legislative and regulatory powers, which ultimately are translated into a loss in the minimum guarantees citizens must enjoy vis a vis the legislative activity and administrative action. Moreover, this is closely linked to a deeper issue at stake: the proliferation of regulations and the lack of quality and rationality that reigns in our norms. We believe this is due to the absence of a

* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad. RTI2018-098715-B-C21 y dentro de las actividades del Instituto de Investigaciones Jurídicas en Gobierno y Territorio (I-INGOT) de la Universidad de Málaga.

«theory of legislation» that establishes the guidelines for an effective and efficient legislative technique. It is necessary to reflect carefully on which legislative policy is required, as only then can we provide some clarity to the current confusing regulatory system and assure the citizens the legal certainty they need. We aim to analyse these issues and propose several initiatives that may improve the quality and rationality of our legislative technique.

KEYWORDS: Legislative technique. Legislative activity. Theory of legislation.

RESUMEN: Este trabajo aborda los problemas actuales del sistema normativo español como consecuencia de la crisis del principio de legalidad y la alteración del principio de jerarquía normativa. Ello pone de manifiesto algunas distorsiones importantes tanto de la potestad legislativa como de la potestad reglamentaria que, en último extremo se traducen en una merma de las mínimas garantías que deben tener los ciudadanos ante la actividad legislativa y la actuación administrativa. Además, lo anterior está íntimamente relacionado con una cuestión de mayor calado como es la proliferación normativa y la falta de calidad y racionalidad que impera en nuestras normas. Entendemos que ello es debido a la ausencia de una «teoría de la legislación» que establezca cuáles son las pautas para una técnica legislativa eficaz y eficiente. Es necesario realizar una reflexión pausada de qué política legislativa necesitamos, pues sólo así podremos aportar algo de claridad en el confuso sistema normativo actual y garantizar a los ciudadanos la seguridad jurídica que necesitan. Es nuestro objetivo analizar estas cuestiones y proponer algunas iniciativas que mejoren la calidad y la racionalidad de nuestra técnica legislativa.

PALABRAS CLAVE: Técnica legislativa. Actividad legislativa. Teoría de la legislación.

Trabajo recibido el 22 de abril de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Algunos problemas de potestad legislativa. 1. El Decreto Ley como mecanismo ordinario para legislar. 2. El abuso de las leyes singulares por las Comunidades Autónomas.—III. Algunos problemas de potestad reglamentaria. 1. Alteraciones subjetivas de la potestad reglamentaria. 2. Alteraciones objetivas de la potestad reglamentaria. 3. Alteraciones formales de la potestad reglamentaria. 3.1. Las instrucciones y circulares como verdaderas normas jurídicas. 3.2. Los instrumentos de planificación como normas reglamentarias.—IV. La técnica legislativa en España. 1. Concepto y definición. 2. Medidas adoptadas para mejorar nuestra técnica legislativa. 2.1. Los principios de buena regulación de la LPAC.—V. Retos para legislar mejor. 1. El principio de seguridad jurídica: su necesaria reconstrucción. 2. Criterios de racionalidad normativa.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

Si nos detenemos un momento y miramos a nuestro alrededor es fácil apreciar la revolución que estamos viviendo en todos los órdenes, ya sea éste social, político o económico. Y esa misma revolución se deja sentir en el ámbito del Derecho que va evolucionando a un ritmo más que acelerado. Si hay algo que lo caracteriza en estos momentos es, sin lugar a dudas, la radicalidad de su evolución y transformación(1).

Como no podía ser de otra forma, ese ritmo frenético está afectando directamente a la política normativa. Hemos desembocado en un grave problema de exceso de normas. Sin duda, la proliferación normativa a la que asistimos en los últimos tiempos se ha convertido en una de las principales causas de la decadencia del sistema de fuentes. Ya Carl Schmitt(2) hablaba de la «motorización normativa» en 1932, que unida en nuestros días a la falta de sistematización de la producción normativa, la ausencia de patrones claros acerca de los procedimientos en cuya virtud se procede a dictar nuevas normas o a modificar las existentes, etc., nos está llevando como expresara BAÑO LEÓN(3) a un «desordenamiento jurídico» como contraposición al término «ordenamiento jurídico» acuñado por Santi Romano para evocar la idea de un orden o sistemática racional de las normas(4).

(1) GAMERO CASADO, E., habla de disrupción para definir esos cambios bruscos del Derecho administrativo, justificando así el título de su obra *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, 2015, pág. 2.

(2) *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998 (6.ª ed.; 1.ª ed. 1932).

(3) Véase su prólogo a la monografía de DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006, pág. 20.

(4) *L'Ordinamento giuridico*, Florencia, 1918.

Podemos identificar distintas causas de este problema, pero las más preocupantes a nuestro entender son la crisis del principio de legalidad y la alteración del principio de jerarquía normativa. Esto ha hecho saltar por los aires el sistema normativo español.

Como símbolo de la distorsión que estamos viviendo en materia de política legislativa es muy significativo el uso que se está haciendo del Decreto-Ley como mecanismo ordinario para legislar. Es decir, un instrumento normativo con fuerza de ley previsto para situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, ahora se utiliza como técnica ordinaria y con la única finalidad de eludir los tramites parlamentarios de elaboración de las leyes. Otro ejemplo muy llamativo es la regulación y ordenación de situaciones concretas a través de leyes singulares perdiendo así el carácter de generalidad y abstracción que caracteriza a la norma jurídica y, lo que es peor aún, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos afectados por la norma singular. Y qué decir del abuso por parte de las Comunidades Autónomas al regular determinadas materias que afectan directamente a derechos subjetivos a través de instrucciones y circulares que como sabemos son instrumentos concebidos para organizar internamente las instituciones públicas o los problemas que en la actualidad está generando la naturaleza reglamentaria de los instrumentos de planificación sobre todo en materias como el urbanismo y la ordenación del territorio.

A esto debe añadirse, la falta de calidad y racionalidad que impera en nuestra técnica legislativa, lo que nos lleva a una vulneración del principio de seguridad jurídica y que justifica, a nuestro entender, la desconfianza actual del ciudadano en el sistema político-legislativo.

Por tanto, son dos las cuestiones que queremos abordar, por un lado, los problemas que genera la elección de la norma (en sentido formal) en determinados supuestos y, por otro, los problemas que genera la elección de la técnica a aplicar en el proceso de elaboración de la misma. Es cierto que ambas cuestiones tienen la suficiente envergadura como para ser tratadas de forma separada, pero, aún a riesgo de perder profundidad en el análisis de algunos aspectos, hemos querido ofrecer una visión general que muestre por un lado las deficiencias en la técnica normativa (elección de la norma adecuada en cada caso) y por otro lado las deficiencias en la técnica legislativa que se aplica, y ello, desde el entendimiento de que son las dos caras de una «teoría de la legislación» pendiente aún de desarrollar en España.

Es cierto que con la entrada en vigor de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), se han adoptado algunas medidas que vienen a mejorar la calidad de nuestras normas. Pero entendemos que debemos ir más allá. El problema principal es la ausencia de una «teoría de la legis-

lación» que establezca unos mínimos estándares de calidad y racionalidad que garanticen la eficacia de las normas. Necesitamos una teoría legislativa clara y ordenada asentada en el principio de seguridad jurídica y confianza legítima. Es ineludible reflexionar sobre la forma en que se legisla, sus condiciones de legitimidad, calidad y sobre la propia eficacia de las leyes, algo que todavía no se ha realizado en la ámbito de la teoría del Derecho con la profundidad y la sistematización que se requiere(5).

Y no sólo reflexionar qué política normativa queremos, sino recoger esos postulados en una norma jurídica que establezca obligaciones y consecuencias jurídicas para los Parlamentos y las Administraciones públicas cuando ejerzan su potestad legislativa y reglamentaria. Sin esa regulación que diseñe el marco teórico y práctico de la «teoría de la legislación» no es posible subsanar los problemas que estamos señalando.

Es patente que la regulación, de carácter aislado, parcial y asistemático, realizada en las últimas décadas sobre algunos aspectos de la técnica legislativa es insuficiente para mejorar la calidad de nuestras normas. Sólo unas normas de calidad pueden garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos.

Al análisis de todas estas cuestiones y a la elaboración de algunas propuestas de *lege ferenda* para iniciar ese camino hacia el desarrollo de una «teoría de la legislación» en España que permita mejorar la calidad y la racionalidad de nuestra técnica legislativa dedicamos estas páginas.

II. Algunos problemas de potestad legislativa

Algunas manifestaciones de la crisis del principio de legalidad las encontramos en ciertos problemas actuales de la potestad legislativa a los que queremos dedicar una especial atención.

1. El Decreto-Ley como mecanismo ordinario para legislar

Uno de los principales problemas de política legislativa que tenemos en estos momentos es el uso y abuso —como lo han denominado los profesores ARANA GARCÍA(6) y ARAGÓN REYES(7)— del Decreto-Ley. La desviación en la utilización de esta figura legislativa contemplada en

(5) En este sentido, véase PINEDA GARFIAS, R., Teoría de la Legislación. Algunos planteamientos generales, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 3, 2009, pág. 138.

(6) «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, págs. 337-365.

(7) *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Ed. Iustel, 2016.

la CE (8) con carácter excepcional es tan patente en estos momentos que prácticamente se ha convertido en el mecanismo ordinario para legislar en nuestro país, apartando así a la iniciativa legislativa del escenario actual. Ello es debido, por una parte, a la crisis económica que hemos vivido, pero también está teniendo un fuerte impacto en este hecho la singular situación política que tenemos. La irrupción de nuevas fuerzas políticas y la ausencia de mayorías suficientes para que un partido pueda gobernar está desencadenando la necesidad de pactos que dificultan enormemente el procedimiento de aprobación de las leyes en sentido formal, lo que está llevando a los gobiernos (estatal y autonómicos) a gobernar a base de normas con fuerzas de ley (decretos leyes aprobados por el Consejo de ministros o los Consejos de gobierno autonómicos). Y ya hemos empezado a ver incluso, algo que hasta el momento había sido anecdótico y que apunta lo que puede ser el devenir a corto o medio plazo: la falta de respaldo de los Parlamentos a la hora de convalidar el Decreto-Ley. Parece una consecuencia lógica de la no utilización de la figura ante una situación extraordinaria y urgente, pues su utilización para regular de forma ordinaria cualquier materia, lleva a que luego no existan los apoyos necesarios para convalidar. Y ello, sin tener en cuenta la inseguridad jurídica que esto produce en los ciudadanos, amén de las desigualdades jurídicas que puede provocar, pues serían normas cuya vigencia es muy limitada en el tiempo (30 días a lo sumo) pero que han desplegado efectos jurídicos frente a terceros durante ese tiempo generando situaciones de reconocimiento de derechos e intereses legítimos que hay que tutelar.

Es llamativo cómo hemos podido desvirtuar tanto una figura legislativa. Como es sabido, el art. 86 de la CE contempla la posibilidad de dictar normas con fuerza de ley por el Gobierno en situaciones de «extraordinaria y urgente necesidad», precisamente con la finalidad de poder atender legislativamente a determinadas situaciones extremas saltándose la fórmula legislativa ordinaria, es decir, a través de su tramitación parlamentaria. Así, lo ha establecido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)

(8) Sobre el Decreto-Ley como fuente del derecho administrativo, véase ARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 627 a 643. Analizando, con carácter general, el Decreto-Ley, véanse también SANTOLAYA MACHETTI, P., «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley», en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004; PULIDO QUECEDO, M., «Decreto-Ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 704, 2006, BIB 2006/497; NARANJO DE LA CRUZ, R., «La reiteración de los Decretos-Leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1998, págs. 257-280; LASAGABASTER HERRARTE, I., «Los Decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2003, págs. 23-43; ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985; TUR AUSINA, R., «La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999, págs. 91-118; DE LA IGLESIA CHAMARRO, M.A., *El Gobierno por Decreto*, Pamplona, 1997.

en su sentencia 137/2011, de 14 de septiembre: «en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa».

Es cierto que el art. 86 CE recurre a un típico concepto jurídico indeterminado para amparar el uso de este instrumento jurídico: «extraordinaria y urgente necesidad» (9) que ha servido de escudo al Gobierno para justificar la utilización de esta vía y regular cualquier materia tuviera o no extraordinaria o urgente necesidad (10).

Además, la CE al regular el Decreto-Ley establece unos límites tanto formales como materiales. Así, en cuanto a los límites formales tenemos que señalar que la competencia para dictar decretos leyes corresponde en exclusiva al Gobierno, quien a través de ella dicta una norma provisional que adquiere inmediatamente fuerza de obligar, pero con vigencia de treinta días hasta que el Parlamento lo convalide. Desde el punto de vista material, la CE impone una serie de materias que quedan excluidas de su regulación por el Decreto-Ley (11).

(9) Analizando este concepto jurídico indeterminado y su aplicación al Decreto-Ley, véanse: SALAS, J., «Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966, págs. 41-96; PALOMAR OLMEDA, A., «La urgencia como método: a propósito de la utilización del decreto-ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 2010; SANZ PÉREZ, A.L., «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2007; PULIDO QUECEDO, M., «Decreto-Ley, sin urgencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 730, 2007 y «La apreciación de la urgencia y necesidad en los Decretos-leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2005; BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003 (ejemplar dedicado a número monográfico sobre «Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández»), págs. 45-60; CARMONA CONTRERAS, A.M., *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 y «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, 1997, págs. 255-278; DE VEGA GARCÍA, A.S., «La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990.

(10) En el trabajo de ARANA GARCÍA, E., pueden verse multitud de ejemplos. «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, págs. 337-365.

(11) Dice el art. 86 de la CE:

«1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

Sin embargo, a pesar de la estricta regulación que contempla la CE, la realidad es bien distinta. Desde un punto de vista cuantitativo, tal y como expone ARANA GARCÍA, hasta el año 2008 (en el que podemos situar el inicio de la crisis económica), los decretos leyes representaban un 24% de las normas con rango de ley aprobadas por el Estado. Desde 2008 hasta finales de 2012, este porcentaje sube hasta el 41%. Casi la mitad de las normas que se aprobaron con rango de ley en este período de tiempo se ha hecho a través de decretos leyes. Sólo en cuatro años se ha duplicado el porcentaje. Pero la situación todavía empeora más a partir del 2012, siendo especialmente significativos los años 2017, 2018 y 2019. En estos últimos años ha sido muy superior el número de decretos leyes que el de leyes aprobadas (12). Si a ello unimos también que, desde que se produjeron las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía habilitando a algunas CCAA a dictar decretos leyes, la utilización por parte de aquéllas de esta fuente del derecho ha sido impresionante, no sólo por el número de decretos leyes dictados, sino por su utilización en situaciones que difícilmente pueden calificarse de extraordinarias y urgentes para que merezcan la excepcional ruptura de los esquemas clásicos de la división de poderes, permitiendo al poder ejecutivo dictar normas con rango de ley (13).

Baste como ejemplo la aprobación por la Junta de Andalucía del Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, frente al que el Gobierno ha planteado un conflicto de competencia que se encuentra en estos momentos en fase de negociación en la comisión bilateral de cooperación del Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía. Como es sabido, la problemática de las edificaciones irregulares (sobre las que ya no cabe adoptar legalmente medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado ni ejercer la potestad de protección de la legalidad urbanística, al haber transcurrido los plazos legalmente establecidos) en Andalucía se lleva regulando desde el año 2012 sin mucho éxito. Varios han sido los intentos legislativos de ordenar esta situación (3 leyes, 1 decreto y 1 orden). Por tanto, re-

(12) Efectivamente, según la información que se desprende de la página web del congreso de los diputados en el año 2012 se aprobaron por el Estado 29 decretos leyes, 17 leyes ordinarias y 8 leyes orgánicas; en el año 2013, 17 decretos leyes, 27 leyes ordinarias y 9 leyes orgánicas; en el 2014, 17 decretos leyes, 36 leyes ordinarias y 8 leyes orgánicas; en el 2015, 12 decretos leyes, 48 leyes ordinarias y 16 leyes orgánicas; en el 2016, 7 decretos leyes, 0 leyes ordinarias y 2 leyes orgánicas; en el 2017, 21 decretos leyes, 12 leyes ordinarias y 1 leyes orgánicas; en el 2018, 28 decretos leyes, 11 leyes ordinarias y 5 leyes orgánicas, y en el 2019, 18 decretos leyes, 5 leyes ordinarias y 3 leyes orgánicas.

(13) Así lo recoge ARANA GARCÍA, E., «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pág. 341.

sulta bastante cuestionable justificar el uso del Decreto-Ley, cuando ni es urgente ni es necesaria una nueva regulación, más bien lo que necesita esta situación es de mecanismos de gestión eficaces, y máxime cuando el objeto de la norma es regular en un único texto legal la normativa en materia de edificaciones irregulares, derogando la normativa anterior (tres leyes, un decreto y una orden), es decir, que parece estar más que justificado recurrir a un texto refundido.

En cualquier caso, aunque la media entre todas las Comunidades Autónomas respeta el que podríamos llamar porcentaje razonable del 20% de decretos-leyes frente al 80% de leyes formales, encontramos Comunidades Autónomas que en los últimos años han dictado un número parecido de decretos-leyes o, incluso, más que leyes ordinarias (14).

Y el problema se agrava aún más si cabe cuando nos encontramos con un TC que realiza una interpretación muy laxa del concepto «extraordinaria y urgente necesidad» que debiera ser la principal barrera para que esta figura se utilice de forma realmente excepcional. Así, podemos citar por ejemplo, la STC 23/1993, de 21 de enero, que, sin mayores y más concretas argumentaciones, justifica el uso del Decreto-Ley en caso de «coyunturas económicas problemáticas», afirmando que «no existe motivo alguno para considerar que el Decreto-Ley sea inconstitucional desde la óptica de la inexistencia de las razones de urgencia y necesidad que constituyen su presupuesto habilitante, puesto que el Gobierno actuó dentro del margen de apreciación política de las situaciones de urgencia que, de acuerdo con la Constitución, le habilita para dictar Decretos Leyes, y según las facultades que a este órgano constitucional le incumben para la gobernación del país, en general, y para dirigir la actividad económica en particular, todo ello de acuerdo con los arts. 86.1 y 97 de la Constitución».

Es cierto que en la jurisprudencia posterior el TC ha adoptado una postura más estricta analizando las razones esgrimidas para la aprobación del Decreto-Ley. Así, en la STC 68/2007, el Alto Tribunal analiza la constitucionalidad de la norma en cuestión determinando si estamos ante una situación grave, imprevisible y relevante y que, por tanto, no permita abordar la situación utilizando el procedimiento legislativo ordinario. Para enjuiciar las circunstancias habilitantes de la extraordinaria y urgente necesidad entiende el TC que hay que analizar las razones del preámbulo, las del debate parlamentario posterior y el expediente de elaboración del Decreto-Ley. Además, el análisis de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad no se debe referir a la norma en ge-

(14) Algunas Comunidades Autónomas como Castilla y León, Aragón y Cataluña mantienen unos porcentajes de utilización de decretos-leyes bastante razonables. Sin embargo, otras, especialmente Andalucía y Baleares y, en menor medida, Extremadura y Valencia, hacen un uso realmente abusivo del decreto-ley, llegando a aprobar en un año más decretos-leyes que leyes ordinarias.

neral y en abstracto, sino a cada contenido material regulado (15). Sin embargo, esta postura ha vuelto a cambiar, pues en las sentencias dictadas recientemente sobre la utilización del Decreto-Ley, el TC vuelve a apostar por una interpretación flexible sobre el uso que los gobiernos están realizando de la potestad de dictar decretos leyes (16).

En definitiva, este mal uso del Decreto-Ley entendemos que tiene consecuencias muy graves para el ordenamiento jurídico y, sobre todo, para nuestra concepción del Estado de Derecho, por cuanto que se pervierte el principio de división de poderes que aporta equilibrio en el ejercicio del *imperium* estatal. Pero junto a esta distorsión, si se quiere teórica, en muchas ocasiones se está atentando de forma peligrosa a los derechos de los ciudadanos al entrar a regularse situaciones individuales y singulares a través de normas con fuerza de ley, vulnerándose su derecho a la tutela judicial efectiva.

2. El abuso de las leyes singulares por las Comunidades Autónomas

Otro fenómeno necesitado de alguna reflexión por la distorsión que produce en la potestad legislativa es el abuso, fundamentalmente, de las CCAA aprobando leyes que, a pesar de seguir la correspondiente tramitación parlamentaria, no reúnen las características esenciales de la ley (su generalidad y abstracción) y carecen de las mínimas garantías para el ciudadano. Este tipo de leyes singulares han sido calificadas por la doctrina como leyes dictadas en fraude constitucional y que ponen en peligro algunas de las más esenciales garantías del Estado de Derecho (17).

El propio TC ha señalado que no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa por lo que deberían respetar, en todo caso, las exigencias derivadas del principio de igualdad, responder siempre a situaciones excepcionales y de relevancia singular y no condicionar o impedir el ejercicio de derechos fundamentales, en tanto que materia reservada en principio a leyes generales. Y ello, además, realizando sobre este tipo de leyes el test de constitucionalidad de la «razonabilidad», la «proporcionalidad» y la «adecuación».

Este control de la constitucionalidad que el TC ha construido sobre las leyes singulares y que realiza de manera estricta, a diferencia de lo que hemos visto con los decretos leyes, responde a un problema de fondo.

(15) Esta doctrina se ha mantenido también en sentencias posteriores como la STC 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero.

(16) Así, la STC 100/2012, de 8 de mayo; 150/2012, de 5 de julio; 170/2012, de 4 de octubre; 93/2015, de 14 de mayo.

(17) ARANA GARCÍA, E., *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Ed. Aranzadi, 2015, pág. 122.

Mediante el uso de estas leyes singulares el Parlamento se está inmiscuyendo en las funciones típicas del ejecutivo y de la Administración pública. Se regulan por ley situaciones más propias del reglamento y del acto administrativo. Y a pesar de que la ley debe responder a las notas de generalidad y abstracción que permitan su aplicación sucesiva, al no existir una reserva de reglamento en nuestra CE, nada impide que el legislador pueda regular cuestiones que no han sido reguladas por reglamento. Pero el problema es que al regular situaciones singulares en muchos casos directamente ejecutivas se está limitando el derecho de defensa de los particulares que no pueden recurrir estas decisiones legales que les afectan en vía contencioso-administrativa. De ahí, que el propio TC las permita como algo excepcional.

No obstante, hay que tener en cuenta que aunque su uso deba ser excepcional y siempre que la regulación sea de una relevancia singular, razonable, proporcional y adecuada, existe una merma en las garantías de los ciudadanos frente a la actuación administrativa, pues ese control de la constitucionalidad de este tipo de leyes solo lo va a poder realizar el Tribunal si se cumplen dos condiciones: que sus titulares puedan ejercer la reclamación del control de constitucionalidad de la norma legal autoaplicativa, por una parte, y que el control que realice el TC sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que pueda otorgar la jurisdicción contencioso administrativa, por otra.

Además, si bien es cierto que hasta hace algún tiempo, era una técnica usada únicamente en materia expropiatoria (ahí aparece la clásica STC 166/1989, de 19 de diciembre, sobre la expropiación legislativa del caso RUMASA), en los últimos años hemos observado una expansión de las mismas a otras materias como, por ejemplo, su utilización para impedir la ejecución de sentencias (18) y, sobre todo, en materia medioam-

(18) Es el caso, por ejemplo, de la STC 50/2015, de 5 de marzo, que declara inconstitucional la Ley 5/2010, de 28 de mayo, de modificación de la Ley 4/2000, de 27 de junio, de Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), por entender que no existe justificación para que la modificación se haya llevado a cabo mediante ley, siendo muy significativo que la regulación material de la Ley no presente sustanciales diferencias con la que se contenía en el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León y luego confirmado por el TS.

La STC 231/2015, por su parte, sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que convalidaba todas las obras y actuaciones relativas a la ordenación de los recursos hídricos en las cuencas del Guadiana, Guadalquivir y Ebro, derivadas de la ejecución del Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, declarado nulo por Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2009. El TC entiende que la norma es razonable y proporcionada a la situación excepcional que se trataba de remediar con su aprobación (la grave sequía) «dada la trascendencia de las obras y actuaciones realizadas para la satisfacción de intereses de relevancia constitucional y la incertidumbre que podía aquejar a la validez de dichas obras y actuaciones tras la anulación del Real Decreto 1419/2005, por una parte, y la inexistencia de remedios alternativos para conseguir con igual eficacia la preservación de aquellas obras y actuaciones». Y señala con respecto a la vulneración

biental o para aprobar proyectos de interés autonómico en materia de ordenación del territorio (19).

Es importante detenernos en la propia categoría de leyes singulares pues parece que el TC solo considera leyes singulares las que atiendan a una situación singular y concreta. Es decir, singular en cuanto al número de destinatarios de la norma y concreta porque sólo es susceptible de aplicarse una vez (denominadas también autoaplicativas porque no necesitan de una actuación administrativa posterior para su ejecución). Lo contrario sería una ley general y abstracta (20). O también podrían calificarse como leyes singulares las que reúnan alguna de las dos características pues el TC no exige que tenga que darse ambas de forma concurrente.

Sin embargo, entendemos que igual de singular es la ley que regulando una situación específica lo hace de forma abstracta permitiendo su aplicabilidad repetidas veces, pues cada vez que se aplique puede estar impidiendo el ejercicio de derechos fundamentales de los afectados por la norma. Es suficientemente expresiva de esto la STC 203/2013, de 5 de diciembre, sobre la Ley 6/2007, de 28 de marzo, por la que se aprueba el proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente» en Castilla León (provincia de Soria), en la que el TC niega que la ley impugnada sea una ley singular porque entiende que la regulación urbanística que contiene tiene carácter general, cuando, en realidad, lo que establece dicha ley no es una regulación general, sino abstracta, es decir, repetible en el tiempo, siendo claramente una ley singular en cuanto a los destinatarios (ya que introduce una regulación territorial y urbanística específica para un territorio determinado respecto del régimen general) (21). En este caso se

del artículo 24.1 CE, que no cabía «sino rechazar que la disposición cuestionada haya menoscabado el derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes», añadiendo, a mayor abundamiento, que en este caso ese derecho no se ve afectado siquiera, por el precepto legal. Pues, los ejecutantes no habrían visto malograda, en su virtud, «una certeza o expectativa de buen derecho, en orden a que las actuaciones administrativas cuya pervivencia controvierten sean removidas». Entiende el TC que aunque el precepto legal cuestionado «habría de tener efectos en el incidente de ejecución forzosa» en suspenso a causa el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no convierte en inejecutable ni contradice directamente el fallo mismo, que únicamente «se contrajo a declarar la nulidad de pleno derecho del repetido Real Decreto 1419/2005», por lo que no sería «posible reprocharle a la Ley haber obviado el reconocimiento judicial de lo que correspondiera o fuera atribuido por el fallo al patrimonio jurídico de personas determinadas».

Aunque con planteamientos distintos y resultados distintos, en ambos casos podemos observar cómo se dicta una ley que viene a convalidar una actuación previamente regulada por una norma reglamentaria que ha sido declarada nula por sentencia judicial firme.

(19) Puede verse al respecto VERA JURADO, D., «Los proyectos de interés autonómico», *Revista de Práctica Urbanística*, 2020 (en prensa).

(20) Sobre la generalidad y abstracción de las leyes, véase HIERRO, L.L., «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 1989.

(21) En el mismo sentido, REY MARTÍNEZ, F., «A vueltas con el concepto de ley singular», *La Ley*, núm. 8288, 2014, pág. 9.

trata de una ley singular y abstracta. Aunque finalmente el TC la declara inconstitucional por considerar que se refiere a un solo supuesto y carece de justificación porque la misma ordenación podría haberse abordado mediante una norma aprobada por el Consejo de Gobierno, de modo que «la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación». Por tanto, al no ser posible el control judicial, la sentencia considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, se diferencian por el propio TC distintos tipos de leyes singulares: las de destinatario único, las leyes autoaplicativas y las que lo son en razón de la singularidad del supuesto de hecho que regulan (22). Adviértase que mientras las dos primeras responden a criterios objetivos, la última modalidad tiene un alto grado de subjetividad pues determinar si existe o no singularidad en el supuesto de hecho que regula la ley queda a la apreciación del Tribunal. Si bien es cierto que se viene identificando esa singularidad con el que la ley regule materias que corresponden al ámbito propio del Ejecutivo o de la Administración (23).

En cualquier caso, se observa en la jurisprudencia del TC cierta modulación en la aplicación de sus propios límites, lo que le ha llevado a dictar resoluciones distintas ante casos muy similares. Así, por ejemplo, podemos señalar el cambio de criterio en la consideración de lo que se considera excepcionalidad de la ley. Mientras en un principio la idea de excepcionalidad derivaba del hecho de que las leyes singulares no son equiparables a las leyes generales, y por tanto, aquellas no son un ejercicio normal de la potestad legislativa, sino que se configuran como ejercicio excepcional de esta (STC 166/1989), en los últimos pronunciamientos se ha desvinculado de la ausencia de generalidad de la ley para vincularla a la inexistencia de reserva de ley previa que dé cobertura al dictado de la ley singular (24), entendida ahora como ley que regula una actividad de naturaleza típicamente reglamentaria (SSTC 203/2013 y 50/2015).

(22) Esta tipología se sistematiza en la propia STC 203/2013 y se recoge luego en otros pronunciamientos como en la STC 170/2016, de 6 de octubre, que termina descartando que la norma impugnada pudiera ser considerada una ley singular al no encajar «en ninguna de las modalidades o tipologías diferenciadas por la doctrina elaborada por este Tribunal».

(23) Resulta de enorme interés el trabajo de RODRÍGUEZ PATRÓN, P., «La “ley singular” como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, págs. 169 a 197.

(24) Adviértase que la existencia de una reserva de ley no siempre resultará idónea para normalizar la ley materialmente administrativa, pues cuando tal reserva se contenga en otra norma legal, esta puede constituir un «instrumento dirigido a evitar o disminuir la protección de los derechos e intereses legítimos amparados por la legalidad ordinaria». Es el caso de la STC 129/2013, en el que se declaró la inconstitucionalidad de una reserva de ley en relación con la aprobación de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad Autónoma y de la ley singular que aprobaba el correspondiente proyecto regional.

Es decir, que solo serán leyes singulares aquellas que se dicten sin existir una reserva material para ellas, y en esos casos el legislador deberá justificar que la ley no establece una desigualdad arbitraria o injustificada(25) (para cuya comprobación el TC aplicará el canon de constitucionalidad de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación). La ley singular tiene que responder a una situación excepcional igualmente singular, debiendo estar su adopción circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración. Así, este tipo de leyes sólo será compatible con el principio de igualdad cuando la singularidad de la situación resulte inmediatamente de los hechos.

En lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva también se observa un cambio de postura. En unos casos, entiende el TC que la propia singularidad de la ley por su extraordinaria trascendencia y complejidad y el que no puedan utilizarse para ello los instrumentos normales de que dispone la Administración, hace que el derecho a la tutela judicial efectiva no se vea lesionado pues pertenece a la propia naturaleza de la ley el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios, y en cualquier caso, la elevación por parte del órgano judicial ordinario de la cuestión de inconstitucionalidad al TC, o bien la resolución judicial denegando motivadamente su presentación otorgarían contenido al derecho a la tutela judicial frente a la Ley cuestionada(26). Y en otros casos entiende que la jurisdicción idónea para proteger los derechos de los afectados es la contencioso administrativa porque el juicio sobre la adecuación y la proporcionalidad de las medidas contenidas en la ley supone un menoscabo de la jurisdicción constitucional, que no puede procurar una tutela materialmente equivalente a la que puede dispensar frente a un acto administrativo un Juez de lo contencioso(27). Con este argumento en la STC 129/2013 (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2002, de 10 de julio, sobre declaración de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés de la Comunidad Castilla y León), el TC declara inconstitucional la

(25) Por todas, las SSTC 166/1986; 203/2013 y 122/2016.

(26) Así ocurre en las SSTC 166/1989; 248/2000, de 19 de octubre, en la que se enjuicia como ley singular de caso único la Ley balear de declaración de San Punta N'amer como área natural de especial interés, y la 231/2015, que resolvía la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS respecto a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

(27) Así se expresan las SSTC 48/2005, sobre la Ley del Parlamento de Canarias sobre declaración de utilidad pública de la expropiación forzosa de determinados edificios de Santa Cruz de Tenerife para proceder a la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias; y 122/2016, que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal «singular» que significaba *de facto* la paralización de un único procedimiento de concurso de adjudicación de una concesión administrativa.

ley singular por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el control que puede ejercer no es equivalente al que corresponde a los tribunales ordinarios. También, y con parecidos argumentos, se han declarado inconstitucionales otras leyes de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (28).

Ello unido al estricto control de constitucional que realiza el Tribunal sobre este tipo de leyes ha llevado a algunos autores a plantear la necesidad de su categorización como un tipo de ley (29). En este sentido, se señala que no puede olvidarse que solo la legitimidad ha de ser objeto del control del juez constitucional, pues el juicio de constitucionalidad «no puede confundirse con un juicio de intenciones políticas, sino que tiene por finalidad el contraste abstracto y objetivo de las normas legales impugnadas con aquellas que sirven de parámetro de su constitucionalidad. Sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para apreciar si la norma enjuiciada se ajusta a los valores y principios constitucionales, el concreto objetivo político que con ella pretenda conseguir el legislador no es cuestión que incumba a este Tribunal, sino más bien problema de simple valoración política, que debe plantearse y debatirse en otros momentos y en otros foros, conforme a las reglas democráticas de la acción y la crítica política» (STC 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 2).

Al no existir en nuestro sistema constitucional reserva reglamentaria, la ley puede tener en nuestro ordenamiento cualquier contenido —siempre dentro de los límites establecidos por la CE— y, como hemos visto, no le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario (30). Ello ha llevado a algunos autores a considerar que no debería considerarse excepcional, con la consecuencia de estrechar el control de constitucionalidad, la ley que carece de generalidad o, peor todavía, que no se dicta sobre la base de una reserva de ley pre-

(28) Así, la Ley 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente» (Soria), sobre la que se manifiesta la STC 203/2013, de 5 de diciembre de 2013, o la Ley 5/2010, de 28 de mayo, de modificación de la Ley 4/2000, de 27 de junio, de Declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia), sobre la que se manifiesta la STC 50/2015, de 5 de marzo, como resultado de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 24.1, en relación con el art. 117.3 CE. La declaración de inconstitucionalidad se basa, como en el caso de la STC 203/2013, en la falta de justificación de que la modificación se lleve a cabo mediante ley. Según la sentencia, «resulta muy significativo que la regulación material de la Ley no presenta sustanciales diferencias con la que se contenía en el Decreto 13/2006, de 9 de marzo, anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en una Sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo». Con ello se evidencia, sin duda, que el propósito perseguido por el legislador autonómico era el de evitar el control judicial efectivo.

(29) RODRÍGUEZ PATRÓN, P., «La “ley singular” como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, pág. 173.

(30) Así lo ha dicho el propio TC en las SSTC 73/2000, FJ 15 y 248/2000, FJ 5.

via (31). En esta línea, apuntan la necesidad de reflexionar si el control de la constitucionalidad de este tipo de leyes no debería ser el de cualquier otra ley y consistir en determinar si vulneran algún precepto constitucional, determinación que vendrá condicionada por las circunstancias concretas del caso y guiada por las alegaciones de las partes en cada proceso.

Pero si mantenemos, como creemos, el convencimiento de que ese control de la constitucionalidad de las leyes singulares tan estricto debe mantenerse por el TC, pues las leyes singulares se han convertido en un cauce jurídico que no tiene otra finalidad que eludir el control judicial de determinadas actuaciones autonómicas o, incluso, eludir el cumplimiento de sentencias firmes que las han prohibido, quizás el planteamiento deba ser otro, pero, en cualquier caso, habrá que garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva mediante, por ejemplo, la interposición del recurso de amparo frente a este tipo de leyes. Existen ya voces en este sentido que reclaman la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para permitir un recurso de amparo directo contra ley al igual que existe en el derecho alemán (32).

III. Algunos problemas de potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria de las Administraciones públicas no ha quedado inmune a esta oleada de actuaciones que están desordenando nuestro sistema de fuentes del derecho como decíamos en la introducción. Más bien al contrario, en el ámbito reglamentario nos encontramos con una serie de cuestiones complejas que están desvirtuando la fuente más característica del derecho Administrativo: el reglamento.

Podríamos distinguir entre cuestiones que afectan al sujeto que dicta la norma reglamentaria, cuestiones que afectan al objeto y cuestiones que afectan a la forma de la misma.

1. Alteraciones subjetivas de la potestad reglamentaria

La potestad administrativa de dictar normas jurídicas sometidas a la ley y al control judicial se caracteriza por ser una función normativa su-

(31) En concreto, véase MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Civitas, 1994, pág. 112, y RODRÍGUEZ PATRÓN, P., «La “ley singular” como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017, pág. 193.

(32) DÍAZ LEMA, J.M., «El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 39, pág. 72.

bordinada a la ley. Es, precisamente, esta subordinación formal del reglamento a la ley, junto a la reserva constitucional de ley en ciertas materias, lo que legitima la existencia de la potestad reglamentaria en el sistema constitucional y, junto al control judicial de la potestad reglamentaria, permite distinguir ambos productos jurídicos: ley y reglamento (33). Pero los problemas empiezan cuando esta potestad se atribuye también a entes que no son Administración pública, y por tanto, se produce lo que podemos denominar alteraciones subjetivas.

Es cierto que el propio concepto de Administración pública no es una cuestión baladí. Como es sabido, nuestro Derecho positivo no establece un concepto unitario de Administración pública. Las normas jurídico-administrativas, especialmente cuando son de carácter transversal y se dictan en desarrollo de la competencia estatal básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.^a CE), o de legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE, por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa), dedican siempre las primeras disposiciones a determinar su ámbito de aplicación, estableciendo reglas específicas respecto a lo que se entiende por Administración pública a efectos de tal Ley. No se apartan de esta tónica la LPAC y LRJSP. Parece que en este punto nuestras normas reflejan la resignada afirmación de Forsthoff, para quien «la Administración se deja describir, pero no definir» (34).

No cabe duda que en estos momentos se apuesta por un término amplio de Administración pública que incluye no sólo las Administraciones en sentido estricto sino también el resto de entidades públicas que han sido creadas por la propia Administración para el ejercicio de sus funciones públicas, y, en definitiva para intervenir en el tráfico jurídico. Es lo que ya ha hecho la propia LRJSP con el término *sector público*, ya implantado en nuestro ordenamiento jurídico con la LCSP. Pero, sea cual fuere la forma de personificación que adopte la Administración (en cuanto que entidad creada para articular las relaciones del poder público con la ciudadanía), ese ente u organismo ha de respetar los principios jurídicos constitucionales que presiden el quehacer de la Administración (35). El núcleo esencial de tales principios radica en el art. 103.1 CE,

(33) En este sentido, GAMERO CASADO, E., en *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, 2015, pág. 37.

(34) Sostiene el autor: «Desde antiguo se encuentra la ciencia del Derecho Administrativo ante el problema de una definición de su objeto, la Administración. La razón de esto no se debe a una formación deficiente de la ciencia; desde luego, no se trata de un error superable de la teoría. Más bien radica en la misma índole peculiar de la Administración que se deja describir, pero no definir»; *cfr.* FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, pág. 11.

(35) Así se establece en GAMERO CASADO, E., en *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, 2015, pág. 62.

que como es sabido, dispone: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Quiere decirse que, cualquier entidad creada por el poder público para intervenir en el tráfico jurídico, debe respetar y atender tales principios, cualquiera que sea su forma de personificación. Además, tales entidades se someten al Derecho Administrativo cuando ejerzan potestades administrativas, pues la atribución y el ejercicio de las potestades administrativas se encuentran rodeados de garantías específicas, esto es, se regulan por un Derecho específico, que es precisamente el Derecho Administrativo. Así deriva como hemos visto del art. 2.2 b) LRJSP cuando establece: «Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (...) quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

El problema reside en la falta de control por la jurisdicción contencioso-administrativa del ejercicio de las potestades administrativas así como del cumplimiento de dichos principios por las entidades del sector público institucional con personalidad jurídico-privada. Sin duda, su previsión legal supondría un avance más en el freno de la huida del Derecho administrativo.

En cualquier caso, la atribución de la potestad reglamentaria a entes que no son Administración, aunque dicha atribución venga establecida en la Ley o incluso en la propia CE, como ocurre, por ejemplo, con las Universidades —cuya potestad reglamentaria está implícita en el reconocimiento de su autonomía en el art. 27.10 de la CE, pero que con las nuevas LRJSP y LPAC han dejado de ser consideradas como Administración pública (36)— o los colegios profesionales —a los que la jurisprudencia le ha justificado su potestad reglamentaria como correlato de la garantía de su independencia y funcionamiento democrático que se impone en el art. 36 de la CE—, no deja de suponer una alteración de la potestad reglamentaria tal y como fue concebida en un primer momento.

(36) Es preciso señalar que la doctrina más autorizada sigue manteniendo su consideración de Administración pública tal y como ha venido afirmando rotundamente tanto el TC (sentencia de 29 de octubre de 2012) como el TS (sentencia de 25 de abril de 1985). El reciente informe 22/2019 de la Abogacía General del Estado analiza también esta cuestión al hilo de una petición de la Universidad Complutense de Madrid sobre si los escritos dirigidos a las Universidades pueden presentarse válidamente en los registros de la Administración estatal y autonómica. En el citado informe se concluye que las Universidades mantienen su condición de Administraciones públicas y dicha naturaleza deriva de la configuración de la entidad, con independencia del calificativo que le confiera la ley. (<https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2019/04/dictamen-s.pdf>).

2. Alteraciones objetivas de la potestad reglamentaria

No sólo nos encontramos con alteraciones subjetivas (en cuanto a los sujetos que ejercen la potestad) sino también objetivas (en cuanto al objeto del reglamento) y formales (en cuanto a la forma que adopta la norma reglamentaria), lo que todavía ha venido a complicar aún más el sistema jurídico administrativo.

Con las alteraciones objetivas queremos poner de manifiesto lo complicado que es en estos momentos encontrar el límite entre el reglamento y el acto administrativo. Si bien el reglamento como norma que se integra en el ordenamiento jurídico responde, entre otras, a las notas características de generalidad y abstracción dejando la concreción y singularidad para la ejecución de la norma reglamentaria a través del acto administrativo (37), cada vez es más frecuente que las Administraciones públicas recurran a la creación de normas reglamentarias para regular situaciones individuales con las privaciones del derecho a la tutela judicial efectiva que ello supone, y a la inversa, que materias reguladas tradicionalmente a través de disposiciones de carácter general (reglamentos) pasen a considerarse actos administrativos. Estamos pensando, por ejemplo, en la Sentencia del TS de 5 de febrero de 2014 que ha supuesto un punto de inflexión en la consideración de las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones públicas como reglamento administrativo para pasar a considerarse actos administrativos. El TS entiende que la ausencia de generalidad y demás caracteres propios de las disposiciones reglamentarias así como la necesidad de innovar el ordenamiento jurídico con carácter general y abstracto, y de ser susceptible de ulteriores y sucesivas aplicaciones, le lleva a afirmar que las relaciones de puestos de trabajo «no son un acto ordenador, sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como es el del personal integrado en ella» (F.J. 3).

En consecuencia, el TS parece que lo tiene muy claro, pues sólo hay que ver si el acto en cuestión innova o no el ordenamiento jurídico, si se integra en él con carácter general y abstracto y si es susceptible de sucesivas aplicaciones, pero en la práctica la aplicación de estos criterios no resulta tan fácil. El propio TS recurre a la consideración de acto administrativo en situaciones que están más cerca de una disposición general tan sólo al objeto de garantizar su impugnabilidad como vamos a ver que ocurre, por ejemplo, con las instrucciones y circulares.

(37) Sobre las diferencias entre el reglamento y el acto administrativo, véase MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII, El Reglamento, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, págs. 16 y ss.

3. Alteraciones formales de la potestad reglamentaria

Por lo que respecta a las alteraciones formales, nos gustaría llamar la atención sobre la forma que adoptan las normas reglamentarias y los problemas de jerarquía normativa y de seguridad jurídica que ello está ocasionando. Dejando al margen las formas tradicionales de los reglamentos (reales decretos, órdenes ministeriales —si proceden de la AGE—; decretos y órdenes —si los dictan las CCAA— y ordenanzas y bandos —si su ámbito territorial es la Administración local—), estamos asistiendo a una utilización un tanto perversa de las instrucciones y circulares —instrumentos sin carácter normativo— como normas jurídicas que desprenden efectos frente a terceros pero sin que éstos tengan todas las garantías frente a ellos. Y, por otro lado, siendo los instrumentos de planificación normas de carácter reglamentario, los efectos de su naturaleza jurídica están provocado una situación de enorme inseguridad jurídica en algunos ámbitos como el urbanismo y la ordenación del territorio. Dada la trascendencia de ambos supuestos, merecen una especial atención.

3.1. LAS INSTRUCCIONES Y CIRCULARES COMO VERDADERAS NORMAS JURÍDICAS

Las instrucciones y circulares, así como otras comunicaciones que tienen forma articulada, son instrumentos que, ordinariamente, no pueden tener carácter normativo, pues están concebidos para organizar las dependencias administrativas y su actividad. Son instrumentos de administración imprescindibles para la buena gestión ordinaria, pero no son la expresión de un poder reglamentario de ninguna clase. Para existir esta potestad tiene que haber sido atribuida por la CE o por alguna norma, lo que no ocurre en el caso de las instrucciones y circulares. Estas se enmarcan en las relaciones jerárquicas que son un elemento característico de la disciplina interna de la organización administrativa⁽³⁸⁾.

Por tanto, su principal característica es que son disposiciones de carácter general que se dictan en el ámbito interno de la organización administrativa y mediante las que los órganos superiores, en desarrollo del principio de jerarquía orgánica, dirigen la actividad de los inferiores y del personal al servicio de la Administración. Al no afectar a la esfera externa de la Administración, estas disposiciones no tienen la condición de fuente del derecho, por lo que no pueden ser considerados reglamentos. Su carácter interno ha justificado tradicionalmente, por lo demás, la innecesariedad de que se publiquen así como la inadmisión, por parte de los

(38) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII, El Reglamento, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pág. 21.

Tribunales, de impugnaciones autónomas frente a este tipo de normas. En este sentido, la STC 26/1986, de 19 de febrero, afirmaba que «las denominadas instrucciones (al igual que las circulares) no alcanzan propiamente el carácter de fuente del derecho, sino tan solo el de directiva de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de actuaciones propias de esa jerarquización, no siendo una especial manifestación de la potestad reglamentaria, cuyos efectos consisten en su cumplimiento por los destinatarios, incurriendo en responsabilidad disciplinaria en caso contrario sin que sea menester su publicación».

Ahora bien, es cierto que, con carácter excepcional, la jurisprudencia ha admitido que, sin variar su naturaleza esencial, algunas de sus determinaciones puedan tener carácter normativo, y ello sin existir una habilitación legal específica para ello (a pesar de la jurisprudencia bastante reiterativa, por cierto, del TS sobre la necesidad de una habilitación legal expresa para que las autoridades inferiores al ministro puedan dictar normas de cualquier clase (39)), y que, en la práctica, estas disposiciones afectan a terceros saliendo sus efectos de la esfera interna de la Administración, por lo que su regulación y su tratamiento por la jurisprudencia ha sufrido algunas variaciones. La máxima expresión de estos cambios la encontramos en el art. 6 de la LRJSP que establece que: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir».

Adviértase, en primer lugar, que no aparece en el precepto el término «circular», pero debemos entender que se alude de forma genérica a ella con la denominación instrucciones y órdenes de servicio (40). Es impor-

(39) Así, SSTs de 17 y 24 de febrero, 15 de abril y 29 de diciembre de 1998; 7 y 17 de julio de 1999; 14 de mayo de 2001; 31 de diciembre de 2004; etc.

(40) Según COSCULLUELA MONTANER, L.M., se ha utilizado esta expresión para no inducir a confusión dada la doble naturaleza de las circulares como circulares normativas y no normativas, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, 1997, pág. 116. Algún autor ha tratado de diferenciar entre estos instrumentos vinculándolos al alcance personal de cada uno de ellos. En concreto, se postulaba que únicamente las circulares constituyen auténticas disposiciones reglamentarias aplicables a todos los administrados. Por el contrario, las instrucciones y órdenes se limitarían al

tante señalar como el propio precepto prevé que las instrucciones y las órdenes de servicio puedan tener distintos destinatarios y/o efectos, debiendo publicarse en el correspondiente boletín oficial aquellas que tuvieran eficacia general. Por tanto, parece que dentro de esta categoría nos podemos encontrar disposiciones de carácter general con distinta naturaleza jurídica.

En efecto, los órganos titulares de la potestad reglamentaria podrán dictar distintos tipos de instrucciones y circulares. Unas de carácter reglamentario —siempre que, como regla general, cuenten con una habilitación concedida en una ley o decreto—; otras también de naturaleza reglamentaria pero en el ámbito de la organización interna sin necesidad de habilitación legal o reglamentaria; y otras, sin contenido reglamentario alguno, como cualquier otro órgano administrativo que ejercita su poder jerárquico con respecto a sus órganos inferiores.

Ahora bien, qué órgano tiene atribuida la potestad, cuáles sean sus efectos jurídicos y sus consecuencias no queda del todo claro. Más bien al contrario, siguen siendo cuestiones que plantean algunos problemas jurídicos cómo vamos a ver.

Con respecto al órgano titular de la potestad reglamentaria debemos recordar que por expreso mandato del art. 24 de la Ley del Gobierno, la potestad reglamentaria dentro de la Administración General de Estado acaba en los ministros, no reconociéndose como antiguamente tal potestad a las autoridades y órganos inferiores al ministro (art. 23.2 Texto Refundido de la Ley Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957). Y así viene recogido también en el art. 61 de la LRJSP que atribuye a los ministros la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento. Por tanto, la única posibilidad de que un órgano inferior (director general, subsecretario y secretario de estado) pueda dictar instrucciones y circulares de carácter reglamentario sería contando con una habilitación expresa en una norma de carácter sectorial. Pero incluso en este caso, creemos que se desvirtúa la potestad reglamentaria, pues órganos con una potestad un tanto discutida pueden eludir el procedimiento de elaboración de los reglamentos, y enmascarando en una instrucción no normativa, en principio pensada para dirigir la actividad de los inferiores, un contenido de auténtica norma reglamentaria con efec-

ámbito doméstico de la Administración, influyendo en relaciones de jerarquía, ya sea esta administrativa o laboral. Esta idea es aceptada por una parte de la doctrina científica, que rechaza la consideración de estas como fuentes de derecho, bien por su inexistencia en la relación de fuentes del art. 1.1 del C.C. (GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 138), bien atendiendo a su naturaleza —por carecer de publicidad oficial alguna—, o bien por su contenido, ya que son un mero mandato a los órganos inferiores, fundado en el principio de jerarquía, que carecen de capacidad normativa (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 27, 1958, pág. 38).

tos *ad extra* de la organización. Esta reflexión es totalmente extrapolable al ámbito autonómico donde la potestad reglamentaria finaliza en los titulares de las consejerías.

Los efectos jurídicos que estas instrucciones y circulares pueden tener lo tiene claro el legislador, pues tanto si se trata de disposiciones de carácter general con o sin naturaleza reglamentaria, en uno u otro caso no tienen valor normativo (al margen de las reglas de la jerarquía), pues el art. 6 LRJSP señala expresamente que su incumplimiento no afecta a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos. Es decir, el precepto sigue pensando en sus efectos exclusivamente internos como normas de autoorganización, y si éstas imponen obligaciones a los órganos inferiores o empleados públicos remite a la responsabilidad disciplinaria. Pero no repara en los efectos jurídicos cuando estos instrumentos tienen carácter reglamentario y desprenden efectos frente a terceros, es decir, imponen obligaciones *ad extra* a la ciudadanía en general. Al margen de la necesidad de publicación en el boletín oficial correspondiente para que la norma tenga eficacia jurídica, poco más se recoge en el precepto.

Y en lo que respecta a sus consecuencias, es importante determinar si estas instrucciones o circulares pueden ser objeto de impugnación por los particulares cuando afectan a sus derechos e intereses legítimos. El TC tiene declarado que pueden ser objeto tanto de conflictos de competencia como de recursos de amparo con independencia de que tengan o no carácter normativo pues lo determinante para el Alto Tribunal es que en relación con los conflictos de competencia una simple circular puede alterar el orden de competencias y dada la necesidad de facilitar la implantación del modelo de distribución territorial, conviene ampliar hasta el límite de lo posible el concepto de conflicto de competencias; y en lo que hace al recurso de amparo, las circulares e instrucciones pueden lesionar, directamente, derechos fundamentales y, en consecuencia, pueden impugnarse en la vía contencioso-administrativa y en sede de amparo constitucional pues se trata con toda evidencia de actuaciones jurídicas de la Administración sujetas al Derecho Administrativo y vinculadas también al respeto de los derechos fundamentales, tengan o no carácter normativo en sentido estricto (41).

Parece pues, que lo determinante es el contenido de estos instrumentos que es el que determina tanto su naturaleza como los efectos que deben surtir. Así lo ha establecido el TS cuando afirma que el efecto normativo que haya o que no haya de atribuirse a la decisión de un órgano administrativo no depende solo de la clase de materia sobre la que verse;

(41) Pueden verse al respecto las SSTC 57/1983, 54/1990, 101/1995, entre otras, sobre conflictos de competencias y las SSTC 47/1990 y 150/1994 sobre recursos de amparo.

lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión, lo cual implica que cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y exteriorice, por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el art. 6 de la LRJSP dentro de la potestad doméstica de la Administración (42).

Pero otra cosa es la admisibilidad de la impugnación directa de las instrucciones y circulares, no sólo por el personal al servicio del órgano administrativo que la dicta y que está obligado a su cumplimiento, sino, en general, por terceros mediatamente afectados, ya sean éstos particulares o, incluso, otras Administraciones públicas. En principio, entendemos que dado que constituyen una manifestación de la actuación administrativa, debe estar sometida al control de los Tribunales, sin excepción alguna. Sin embargo, en la práctica el TS solo ha admitido recursos directos contra instrucciones administrativas si ha entendido que la instrucción recurrida tenía o bien una naturaleza materialmente reglamentaria (43) o bien naturaleza de acto administrativo (44). Es importante señalar que cuando el TS atribuye a las circulares e instrucciones la naturaleza de acto administrativo, lo hace con el fin de permitir su impugnación y, por tanto, su control por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero como ha señalado la doctrina eso supone una utilización del concepto de acto administrativo como medio, poniendo en entredicho el concepto estricto de acto administrativo manejado y todo su régimen jurídico (45). En cambio, cuando considera la instrucción o circular como norma interna, entiende que no puede ser recurrida directamente, pudiéndose impugnar, tan sólo, los actos de aplicación individual que de ellas se derivan. Es decir, cuando sus destinatarios son exclusivamente los empleados de la Administración (relaciones de sujeción especial), las instrucciones se consideran auténticas órdenes o mandatos obligados a cumplir por sus destinatarios, sin aguardar acto concreto alguno de apli-

(42) STS de 21 de junio de 2006.

(43) SSTS 28 de febrero de 1995, 5 de julio de 1995 y 18 de marzo de 1996.

(44) SSTS 9 de febrero de 1995, 13 de octubre de 1995 y 10 de febrero de 1997.

(45) MORENO REBATO, M., señala, por ejemplo, que las circulares y las instrucciones no se notifican a sus destinatarios, no expresan los recursos que proceden frente a ellas, no son actos de trámite que permitan su impugnación separadamente de la resolución, sino que constituyen un acto terminal, un mandato elaborado sin ajustarse a procedimiento alguno que en caso de incumplimiento por sus destinatarios no podrá dar lugar a la ejecución forzosa, en «Circulares, Instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.

cación. Son simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Y, paralelamente, esa decisión tendrá una eficacia puramente interna y carecerá de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por esos posteriores actos administrativos que puedan dictarse, las cuáles podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten.

Solo si la instrucción o circular tiene carácter normativo, y para ello, lo relevante es, como hemos dicho, no su denominación, sino la condición de innovar el ordenamiento jurídico como elemento diferenciador entre el reglamento y las circulares *ad intra*(46), en cuyo caso será posible la impugnación directa en vía contencioso-administrativa (47).

En cualquier caso, lo cierto es que en la práctica nos encontramos con verdaderas normas reglamentarias bajo la forma de instrucciones y circulares. Piénsese, por ejemplo, en la circulares del Banco de España, disposiciones que dicta esta Administración independiente para el adecuado ejercicio de las competencias que tiene legalmente atribuidas. Nadie pone en duda el valor normativo y la indudable fuerza jurídica de esas circulares para ordenar este área de intervención pública, pues en este sector no solo existe habilitación legal expresa para dictar este tipo de normas(48), sino que además, son disposiciones que se publican en el *Boletín Oficial del Estado*(49) y son disposiciones susceptibles de impugnación directa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En el mismo plano se encuentran también las circulares de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, entendidas como disposiciones normativas dictadas en el ejercicio de sus competencias y

(46) SSTS 14 de mayo de 2001 y 6 de mayo de 2004.

(47) Entre los pronunciamientos más recientes véase, entre otros, SSTS de 30 de julio de 2013; 31 de enero de 2018 y 9 de julio de 2018.

(48) En concreto, el art. 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, modificada por la Ley 12/1998, de 28 de abril, bajo la rúbrica ya suficientemente expresiva de disposiciones (véase «Disposiciones de carácter general») dictadas por el Banco de España, se establece que éste podrá dictar las normas precisas para el ejercicio de las funciones correspondientes a la política monetaria y referentes a la emisión o retirada de moneda, que se denominan Circulares monetarias. Asimismo, para el adecuado ejercicio del resto de sus competencias, podrá dictar las disposiciones precisas para el desarrollo de aquellas normas que le habiliten expresamente al efecto. Tales disposiciones se denominarán sencillamente (sin el adjetivo de Monetarias) Circulares.

(49) La propia Ley de Autonomía del Banco de España establece que «unas y otras disposiciones serán publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* y entrarán en vigor conforme a lo previsto en el apartado primero del artículo 2 del Código Civil».

que necesitan publicarse en el *Boletín Oficial de Estado* para surtir efectos(50).

Pero quizás, mayores problemas jurídicos presenta la utilización de las instrucciones y circulares por las Administraciones públicas para establecer pautas sobre la interpretación de disposiciones legales o reglamentarias o desentrañar su sentido, a efectos de lograr una aplicación más eficaz y coherente de la norma. Es decir, utilizar la instrucción o la circular como norma interpretativa del resto del ordenamiento. Esta nueva modalidad se está convirtiendo en algo muy llamativo, por ejemplo, en materia de ordenación del territorio y urbanismo.

Especialmente singular es, por ejemplo, la Instrucción 1/2014 de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Cambio Climático en relación a la incidencia territorial de los instrumentos de planeamiento urbanístico general y la adecuación de los mismos a la planificación territorial. En ella se reinterpretan los límites al crecimiento urbanístico contenidos en el Plan de Ordenación Territorial de Andalucía (en adelante, POTA), que impide a los municipios ir más allá del 30% de aumento de población y del 40% en lo que a ocupación de suelo refiere. Con esta instrucción se permite, en casos «justificados y excepcionales», autorizar crecimientos por encima de los parámetros recogidos en el artículo 45 del POTA. Difícil justificación dentro del sistema de fuentes del derecho administrativo tiene que a través de una instrucción de un órgano administrativo inferior se modifique un plan territorial que tiene naturaleza reglamentaria —por tanto, es norma jurídica— que ha necesitado una doble aprobación (Consejo del Gobierno y Parlamento de la Junta de Andalucía) por Decreto y que ha sido publicado para poder tener eficacia(51). Y lo mismo puede decirse de la Instrucción 1/2012 de la Dirección General de Urbanismo a los órganos urbanísticos de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda en relación con la entrada en vigor y aplicación de la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA); o de la Instrucción conjunta de la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental y de la Dirección General de Urbanismo al objeto de determinar la aplicación de la Disposición Transi-

(50) El art. 21 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores establece que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para el adecuado ejercicio de las competencias que se le atribuyen, podrá dictar las disposiciones que exija el desarrollo y ejecución de las normas contenidas en los reales decretos aprobados por el Gobierno o en las órdenes del Ministro de Economía y Competitividad siempre que estas disposiciones le habiliten de modo expreso para ello. Tales disposiciones recibirán la denominación de Circulares, serán aprobadas por el Consejo de la Comisión, no surtirán efectos hasta tanto sean publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 2 del Código Civil.

(51) El Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía fue aprobado por Decreto 206/2006, de 28 de noviembre y publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* del día 29 de diciembre de 2006.

toría Primera del Decreto-Ley 3/2015 en los procedimientos de evaluación ambiental estratégica de los instrumentos de planeamiento.

Y por citar, alguna de las más recientes, la Instrucción 3/2019, de la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, sobre el trámite de aprobación provisional de determinados instrumentos de planeamiento urbanístico. Esta instrucción viene a dejar sin efecto, aunque quizás llega algo tarde, una instrucción anterior (1/2004) que establecía la necesidad de cumplir con el trámite de aprobación provisional de los planes urbanísticos para determinados supuestos a pesar de haber sido suprimido dicho trámite por la LOUA. Lo que hace plantearnos si hasta que no se ha modificado la citada instrucción no ha resultado de aplicación lo dicho por la LOUA con respecto a la aprobación provisional de los planes urbanísticos, en cuyo caso estamos dando más valor a las instrucciones que a la propia ley. ¿Cómo encajamos esto en el sistema de fuentes y en el principio de jerarquía normativa? ¿dónde está el límite entre la interpretación y el desarrollo normativo? Máxime cuando en estos supuestos las instrucciones carecen de eficacia normativa pues no se publican en boletín oficial alguno, tan solo exige la propia instrucción su publicación en el portal de transparencia y en la página web de la consejería correspondiente. Nos negamos a pensar que esas publicaciones dotan de eficacia normativa a estas instrucciones cuando menos singulares y que, sin duda, afectan a derechos de los particulares. Tenemos claro que cuando incluyen normas aclaratorias o interpretativas, carecen de valor normativo para los ciudadanos y los tribunales(52), pero si exceden de esa función interpretadora del ordenamiento jurídico y desarrollan la norma, estaríamos dando por válida la existencia de normas reglamentarias elaboradas sin sujeción a los límites formales y sustantivos (competencia, jerarquía, procedimiento) que garantizan la validez de las disposiciones administrativas generales.

Este análisis nos reafirma en que hemos llegado a una situación absurda y de absoluta confusión de lo que es la política legislativa (lo que queremos regular), la técnica normativa (la elección del tipo de norma para regular lo que queremos) y, como vamos a analizar en el epígrafe IV de este trabajo, la técnica legislativa (el procedimiento de elaboración de la norma propiamente dicha).

3.2. LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA COMO NORMA REGLAMENTARIA

La planificación administrativa constituye una función pública que se caracteriza por conformar el ejercicio de competencias concurrentes del

(52) En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 8.ª edición 1997, págs. 179 y 180.

Estado y las CCAA, y de las CCAA y los EELL. Ello hace que estos instrumentos sean un tanto singulares pues implican la participación común en los procedimientos de elaboración de distintas Administraciones públicas (53).

Además, el recurso creciente a esta técnica está vinculado también a su peculiar idoneidad y flexibilidad para fijar programas de acción, orientar la actividad administrativa y establecer las condiciones de desarrollo y las políticas de intervención pública en los sectores a los que los planes se refieren (54).

Para articular materias que son de competencia tanto estatal, autonómica como local, se ha diseñado un complejo procedimiento de elaboración estructurado en una multitud de trámites en los que participan las distintas Administraciones bien mediante la emisión de informes preceptivos —y algunos de ellos incluso vinculantes—, bien participando en el trámite de audiencia pública, o bien mediante la asunción de funciones resolutorias del procedimiento. Sólo hay que pensar en los planes territoriales, urbanísticos o medioambientales para entender la multitud de trámites procedimentales que tienen que superar hasta su aprobación. Además, es clara la importancia que tienen los informes sectoriales en la función planificadora y que responde a la necesidad de articular la concurrencia de distintas competencias sobre un mismo espacio, tal y como ha manifestado el TC al afirmar que «hemos admitido la constitucionalidad de la exigencia de informes de la Administración estatal en el ejercicio de competencias autonómicas como un expediente de acomodación o integración de dos competencias concurrentes —estatal y autonómica— que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico, y están llamadas, en consecuencia, a cohesionarse» (55). Y además, el hecho de que la mayoría de esos informes sean preceptivos y vinculantes viene a fortalecer la competencia de las Administraciones públicas en los procesos de planificación no impulsados ni tramitados por ellas mismas. Por tanto, al final la aprobación definitiva del plan se convierte en un acto complejo que requiere de distintas voluntades que han de colaborar en aras de los intereses generales que cada una representan (56).

(53) Los planes o programas conjuntos se regulan en el art. 151 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(54) En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «El Reglamento», en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pág. 137.

(55) SSTC 103/1989, de 8 de junio y 124/2003 de 19 de junio.

(56) El propio TC en su STC 149/1991 (FJ 7) establece que la exigencia de un informe vinculante «convierte, de hecho, la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas».

Y si ese carácter singular de los instrumentos de planificación exige un procedimiento de aprobación especialmente complejo, una vez aprobados los planes tienen la condición de normas y como tales se integran en el ordenamiento jurídico, pues tienen carácter general, vocación de permanencia y su aplicación sucesiva a las situaciones de hecho en ellos contempladas. De ahí que en su elaboración se respeten, en todo caso, los trámites esenciales del procedimiento de elaboración de los reglamentos como son la obligación de llevar a cabo memorias o estudios previos, la audiencia a las entidades y particulares afectados por el plan, su participación en la formulación del plan y la publicación del instrumento de planificación que es indispensable para su entrada en vigor.

No obstante, debemos destacar que la cuestión de la naturaleza jurídica de los planes no ha sido cuestión pacífica en la doctrina. Siempre ha existido la dicotomía entre el plan como acto administrativo con efectos generales o el plan como disposición general. Y es que estos instrumentos de planificación tienen unas características muy singulares que permiten defender ambos planteamientos. Así, el hecho de que determinados documentos del plan no tengan naturaleza normativa como los planos de información o la memoria; el que puedan aprobarse por silencio administrativo; que sus efectos se agoten con su cumplimiento-ejecución y el que sean disposiciones directamente ejecutivas, son características más propias de los actos administrativos que de las normas(57). Pero, por otro lado, los planes desarrollan y completan la legislación sectorial correspondiente, siendo sus determinaciones de carácter general y abstracto; tienen eficacia *erga omnes*; se pueden impugnar ante los tribunales a través del recurso indirecto contra reglamentos; vinculan tanto a la Administración como a los particulares y, en fin, su eficacia no se agota con su cumplimiento, pues incluso cuando todas sus determinaciones sean ejecutadas, el mismo produce una operatividad negativa. Ésta ha sido la postura doctrinal mayoritaria(58). Y en el mismo sentido, se ha

(57) Esta postura ha sido defendida por GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, J.L. y HEREDERO HIGUERAS, M. tal y como recoge RASTROLLO SUÁREZ, J.J., en *Poder público y propiedad privada en el urbanismo: la junta de compensación*, Ed. Reus, 2013, pág. 123; y SERRANO MORENO, J.L. y PEÑA FREIRE, A.M., «Siete claves metodológicas para leer el Derecho urbanístico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Núm. 1, 1998, págs. 31 y 32.

(58) Defendida, entre otros, por ANTÓN OLIVA, Á. *Derecho Urbanístico*, Ed. Centro de Estudios Financieros, 1996, págs. 8 y 9; CARCELLES FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1977, pág. 108; Díez PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Problemas jurídicos del urbanismo», *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964, pág. 45.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; *Manual de Derecho urbanístico*; Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2001; pag.46; GORDILLO, A., *Introducción al derecho de la planificación*, Ed. Jurídica Venezolana, 1981, pág. 104 y 105; LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1981 y 1982; MARTÍN REBOLLO, L., «El planeamiento municipal: perspectiva general», en *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Ed. Aranzadi, 2009, págs. 250-251; MUÑOZ MACHADO, S. y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El planeamiento urbanístico*, Ed. Iustel, 2009, págs. 61-66; PARDO ÁLVAREZ, M., *La potes-*

pronunciado la jurisprudencia. Tanto el TC(59) como el TS(60) han manifestado con rotundidad el carácter normativo de los planes. Este último solo titubeó en la sentencia de 25 de junio de 1986 al afirmar que «la distinción entre norma y acto tiene bastante de artificial (...) porque muestra, más que una contraposición tajante entre acto y norma, una graduación». Y ha sido precisamente esa dificultad de distinguir claramente entre acto y norma de la que hablaba el TS, la que ha llevado a algunos autores a mantener una postura intermedia que entiende el plan como una institución compleja, pues tiene la condición de norma y acto al mismo tiempo, ya que los efectos producidos por los planes pueden ser característicos tanto de los actos como de las normas(61). En este sentido, de hecho, ya el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, manifestó hace muchos años, sus dudas acerca de la calificación normativa de los instrumentos de planificación, advirtiendo de la naturaleza en cierta forma mixta de los planes(62).

tad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho, Ed. Marcial Pons, 2005, págs. 293-329; PAREJO, L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Civitas, 1981, pág. 172; SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., «Derecho urbanístico», *Manual para Juristas y Técnicos*. El consultor de los Ayuntamientos», Madrid, 2001 pág. 173; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *El control del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, págs. 56 y 57.

(59) En este sentido, podemos destacar la STC 56/1986, de 13 de mayo, en la que se afirma (FJ 4.º): «Conviene recordar que el planeamiento urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos».

(60) En efecto, el TS viene señalando este carácter normativo desde la STS de 8 de mayo de 1968, aunque también son destacables las SSTS de 10 de abril 1990; 6 marzo de 1993; y 26 de diciembre 1995. Y por señalar algunas más recientes, por ejemplo en la STS de 15 de enero de 2010 se establece que «la naturaleza normativa de los instrumentos de planeamiento impide que se puedan refundir o condensar normas de un plan que ha sido declarado nulo por sentencia judicial firme»; la STS 8 de septiembre de 2011 somete los planes de urbanismo al principio de publicidad de las normas; la STS 11 de octubre de 2011 declara la improcedencia de interposición de recursos en vía administrativa contra planes de urbanismo en cuanto instrumentos de ordenación, con independencia de lo que determine la normativa autonómica correspondiente; la STS 4 de noviembre de 2011 afirma que los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, por lo que se no se reconoce a los interesados acción de nulidad para instar su revisión de oficio; también se afirma claramente en la STS 8 de marzo 2012 que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística tienen naturaleza de disposiciones de carácter general, y en la STS de 28 de septiembre de 2012 que declarada la nulidad de instrumentos de planeamiento (ya sea por defectos formales o sustantivos) no es posible la conservación ni la convalidación de trámites, es imposible la subsanación posterior —mediante la adopción de actos administrativos que complementen la memoria de la disposición anulada— de la invalidez de disposiciones generales, y la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos no puede servir de cobertura para conservar la elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad de sus normas declarada por sentencia firme.

(61) Así se ha pronunciado CARRETERO PÉREZ, A. «Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 16, 1970, pág. 92; y VIGNOCCHI, G., «Planes reguladores y planificación urbanística en el Derecho Italiano», en *Revista de Administración Pública*, núm. 66, 1971, págs. 17 y ss.

(62) *Comentarios a la Ley del Suelo*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 136.

En cualquier caso, lo que parece claro es que no existe una identificación total ni en cuanto al contenido ni en cuanto a los efectos entre los planes y las disposiciones generales. Y eso unido a la situación de absoluta inseguridad e ineficacia que están generando las declaraciones de nulidad radical de los planes, fundamentalmente urbanísticos y territoriales, que están dictando los tribunales de justicia en los últimos años, hace que nos hayamos planteado de nuevo la naturaleza jurídica y la eficacia de estos instrumentos (63).

Es obvio que la declaración de nulidad tiene unas graves consecuencias pues la anulación del plan se declara, en general, sin matices y sin posibilidad de subsanación de las deficiencias que la han determinado, y ello, a pesar de que en la mayoría de las ocasiones se trata de vicios de procedimiento y forma (64). Conlleva, además, la nulidad en cascada de su planeamiento de desarrollo e, incluso, de cada uno de sus actos de aplicación. Y por último, hasta que se apruebe un nuevo plan que sustituya al anulado vuelve a cobrar vigencia el planeamiento anterior. Estos efectos tan desproporcionados son consecuencia de la consideración de los planes como disposiciones de carácter general, a las que se aplica la nulidad absoluta cuando vulneren las normas y principios establecidos en el art. 47.2 de la LPAC. Por tanto, ante cualquier vulneración en el plan, ya sea de forma o de fondo se aplica la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho.

(63) Véase al respecto mi trabajo «Los instrumentos de planificación urbanística: a vueltas con su naturaleza jurídica y su eficacia», en VERA JURADO, V., *Ciudad y Territorio en el siglo XXI: Reflexiones desde el Derecho público*, Ed. Instituto García Oviedo, 2020. Aunque existen ya voces en este sentido. Así, podemos señalar BAÑO LEÓN, J.M.^º, *Derecho Urbanístico Común*, Ed. Iustel, 2009; «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, 2016, págs. 859-864, y «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 311, 2017, págs. 43-56; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, págs. 197-215; IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 301, 2015, págs. 121-123, y «Propuestas de reformas normativas para evitar los actuales efectos de la nulidad del planeamiento urbanístico», en AGUADO GONZÁLEZ, J. (coord.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Ed. Bosch, 2018, págs. 231-278; PAREJO ALFONSO, L., «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza», en *Práctica Urbanística*, núm. 141, 2017.

(64) Sirvan de ejemplo, las SSTs de 6 de mayo de 2015, por la que se declara la nulidad del PGOU de Gijón; 20 de julio de 2015 por la que se declara la nulidad del PGOU de Puerto Lumbreras (Murcia); de 27 de octubre de 2015 que declara la nulidad del Plan General de Ordenación de Marbella; de 10 de noviembre de 2015, por la que se declara la nulidad del PGOU de Vigo; de 8 de noviembre de 2016, por la que se declara la nulidad del PGOU de Santander; de 12 de diciembre de 2016, por la que se declara la nulidad del PGOU de Monterrei (Orense); de 17 de febrero de 2017, por la que se declara la nulidad del PGOU de Verín (Orense); de junio de 2017, por la que se declara la nulidad del PGOU de Buñol (Valencia). Y como anulaciones parciales la STS de 10 de febrero de 2016, sobre el Algarrobico.

Todo ello nos lleva a cuestionarnos si es adecuado, siempre y necesariamente, sin ninguna matización, aplicar la nulidad de pleno derecho a cualquier clase de ilegalidad en que incurran los planes (65). Creemos que el ordenamiento jurídico debe buscar soluciones más flexibles para algunos casos de infracción legal. No se trata solo de que la declaración de nulidad pueda resultar en muchos casos excesiva, sino que junto al principio de legalidad existen otros principios que también deben tenerse en cuenta para ponderar las consecuencias de la ilegalidad cuando concurren determinadas circunstancias. Así, los principios de proporcionalidad (no cabe causar un daño superior al interés público que el que se trata de evitar, un error en la forma o el procedimiento), seguridad jurídica (no pudiendo atacarse determinados actos después de transcurrido cierto tiempo), o de conservación (que obligaría a mantener las normas que satisfacen de modo suficiente y razonable los fines que se pretendían al acordar su aprobación).

Además, es preciso destacar que esta situación no es singular de España, pues las anulaciones de planes de ordenación territorial y urbanística amparadas en el principio de la nulidad absoluta de los reglamentos ilegales también ha sido significativa en otros Estados europeos que han promovido un cambio en la regulación de sus aspectos sustantivos y han exigido, también, la modificación y la actualización de su sistema de control en vía administrativa y judicial. Sirva de ejemplo los modelos alemán, francés o italiano (66).

En definitiva, se trata de aplicar al régimen de la nulidad de pleno derecho algunos efectos característicos de la anulabilidad cuando las infracciones o irregularidades no son graves, flexibilizando el tratamiento que merecen determinadas vulneraciones de la legalidad en que pueden incurrir las normas (al menos, los planes). En este sentido, se trataría de modular los efectos de la declaración de nulidad de los planes y para ello es fundamental aplicar el principio de conservación de los planes. Ello permitiría aplazar los efectos de la nulidad como ha hecho en alguna ocasión el TC al fijar un plazo para subsanar los defectos encontrados en el

(65) Algunos trabajos recientes también han manifestado la necesidad de reconsiderar el tratamiento de la nulidad, tanto a nivel general como particular, sobre el ámbito del Derecho urbanístico. Así, podemos citar, AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Ed. Bosch, 2018; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, págs. 137-162; LÓPEZ RAMÓN, F., «La calificación de los vicios de los reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, págs. 13-48; SORIA MARTÍNEZ, G., BASSOLS COMA, M., *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Ed. Aranzadi, 2017.

(66) Sobre las modulaciones que se han ido introduciendo en Francia, Italia y Alemania en el régimen de la nulidad absoluta y relativa, puede verse TARDÍO PATO, J.A., «Los efectos temporales de la anulación por anulabilidad en Italia, Francia y Alemania (confluencias con el derecho español)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 206, 2018.

procedimiento como la inexistencia de informes preceptivos(67), e incluso podría impedir la reviviscencia del plan anterior en aquellos casos en los que los intereses generales en juego aconsejaran mantener la vigencia del plan anulado hasta que se elabore el nuevo plan(68). Es cierto que ello supone defender la validez de un reglamento ilegal en base al principio de conservación de los planes, pero es una forma de satisfacer los intereses generales previstos en el plan y una forma de dar seguridad y certeza al sistema jurídico, siempre y cuando ello se haga atendiendo al principio de proporcionalidad.

En el mismo sentido, y con base también en el principio de conservación, habría que replantearse el efecto cascada de la declaración de nulidad. Es decir, la anulación de un plan no debería afectar a los planes que lo desarrollen, salvo que la propia sentencia lo declare expresamente bien porque se declare la nulidad de las normas que lo integran y siempre que la sentencia declare que dicha nulidad produce a su vez la nulidad del instrumento que desarrolla el instrumento anulado, bien por estar afectados por los mismos vicios. De hecho, ya se recoge una previsión en este sentido en la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Su art. 9.3 establece: «La invalidez de un plan jerárquicamente superior no afectará por sí sola a los planes de desarrollo e instrumentos de gestión que por razón de especialidad y autonomía en el modelo territorial y urbanístico mantengan una autonomía funcional respecto de aquel».

Por otro lado, debemos redefinir la naturaleza jurídica de los planes. Si éstos se consideran instrumentos de naturaleza mixta, de forma que siendo actos administrativos de carácter general puedan incorporar en su contenido determinadas normas, las consecuencias de su anulación dependerán del tipo de actuación administrativa de que se trate, pues

(67) Es el caso de la STC 13/2015 de 5 de febrero, que declara la nulidad de ciertas disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

(68) Algún ejemplo tenemos tanto en la jurisprudencia del TS como en la legislación en materia de haciendas locales. Me refiero, por un lado, a la STS de 23 de abril de 2014 en la que se anula el RD 1422/2012, de 5 de octubre, por el que se establecen las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Lleida-Alguaire pero manteniendo su eficacia hasta que la Administración dicte un nuevo reglamento. De este modo, el TS modula los efectos de la nulidad y deja sin aplicación el efecto «ex tunc» característico de dichas declaraciones. En concreto dice el TS: «Nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena. Pero este grado máximo de invalidez al que están sometidas las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad que se producen “ex tunc”, desde el momento inicial, no pueden ser posteriormente enmendados». La justificación para ello es evitar un vacío normativo que ponga en peligro la seguridad aeronáutica. Y por otro lado, podemos destacar también el art. 19.2 del Texto Refundido de las Haciendas locales que en relación con los efectos de la nulidad de las ordenanzas fiscales permite mantener la vigencia de un reglamento anulado mientras se tramita un nuevo reglamento.

no serán las mismas cuando se anulen determinaciones normativas que cuando se anulen otras sin ese carácter. Es decir, la nulidad absoluta y la imposibilidad de subsanación que se predica de la invalidez de las disposiciones generales no se aplicarían a la anulación de determinaciones que son resoluciones administrativas de carácter general o particular o a los vicios formales en que se haya incurrido en la tramitación. En estos casos, la sentencia deberá distinguir entre los supuestos de nulidad y los de anulabilidad, en los que será posible la convalidación y la retroacción de actuaciones para la subsanación del vicio determinante de la anulación.

En definitiva, aunque algunas de estas propuestas ya fueron recogidas en una proposición de ley en el año 2018 que no llegó finalmente a ver la luz, parece necesario regular con carácter urgente todas estas cuestiones. Desde simplificar el procedimiento de elaboración de los planes, pasando por la redefinición de su naturaleza y modulando los efectos de la declaración de nulidad de los mismos en base al principio de conservación y de proporcionalidad. Máxime cuando ya existen algunos ejemplos de sentencias que declaran la nulidad parcial de estos instrumentos. Es el caso, por ejemplo, de las recientes STS 318/2020, de 4 de marzo, y 569/2020, de 27 de mayo. Solo así conseguiremos dotar a estos instrumentos de seguridad jurídica y eficacia.

IV. La técnica legislativa en España

La crisis del principio de legalidad y la alteración del principio de jerarquía normativa que hemos analizado desde una perspectiva muy particular exponiendo problemas concretos de técnica normativa (de potestad legislativa y de potestad reglamentaria), todavía tiene una dimensión más, y esta está íntimamente relacionada con los problemas de técnica legislativa que se añaden en este contexto. En efecto, la pérdida de las condiciones de racionalidad legislativa, así como de las notas de generalidad y abstracción en las normas, es otra causa más de la crisis de la ley⁽⁶⁹⁾. Sin olvidar que la proliferación normativa a la que estamos asistiendo, en la que las normas se aprueban sin respetar unos mínimos estándares de calidad y racionalidad, está ya desencadenando una fatal consecuencia: la ineficacia de las leyes, y por tanto, del poder legislativo, y, por ende, la implantación de un sistema normativo caótico con fuertes dosis de inseguridad jurídica.

(69) En este sentido, PRIETO SANCHÍS, L., en «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional», *Ley, principios, derechos*, España, Dykinson, 1998, págs. 17 y ss.

1. Concepto y definición

La técnica legislativa se ha definido como el *arte de legislar clara y eficazmente* (70) y tiene por objeto «no solo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes, como son la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas» (71). Sin embargo, pese a su definición doctrinal (72), la técnica legislativa no se encuentra regulada ni en la CE ni en la Ley. Por tanto, no tenemos ninguna norma o precepto que defina qué significa y cómo respetarla.

Aún así, se ha vinculado la técnica legislativa con el principio de seguridad jurídica para entender el valor constitucional que representa (73). El propio TC, a partir de la sentencia 46/1990 —sobre la legislación de aguas de las Islas Canarias— así lo ha venido haciendo. Afirma el Alto Tribunal que «La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que *el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa*, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y *buscar la certeza respecto a qué es Derecho* y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo» (74).

(70) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 13, 2005, págs. 121-164.

(71) SAINZ MORENO, F., «Técnica normativa», en *Enciclopedia Jurídica*. Madrid, Civitas, 1995. v. 4, págs. 6485-6489.

(72) Sobre el concepto y su ámbito, puede verse CORONA FERRERO, J.M.³, «En torno al concepto de técnica legislativa», en *La técnica legislativa a debate*. Madrid, Tecnos, 1994, págs. 49-56; GÓMEZ ORFANEL, G., «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, 1991. págs. 11-18; MUÑOZ MACHADO, S., *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Madrid, Civitas, 1986. pág. 217; RUIZ SANZ, M., «De la ciencia de la legislación hacia la técnica normativa», en *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva época*, núm. 13-14 (1996-1997), págs. 637-650.

(73) En ese sentido, puede verse SEGOVIA MARCO, A., «La técnica legislativa en la elaboración de los anteproyectos de leyes», *Revista Gabilex*, núm. 1, 2015.

(74) Otro ejemplo claro de relación entre el principio de seguridad jurídica y la técnica legislativa aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990 (FJ. 8): «La seguridad jurídica es, se-

Parece claro, entonces, la importancia que tiene la claridad de las normas de tal forma que la falta de claridad, certeza y la existencia de unas normas que no respondan a unos mínimos criterios de calidad vulneran el principio de seguridad jurídica. Otra cosa será que esa vulneración puede conllevar una declaración de inconstitucionalidad. De hecho, el propio TC ha indicado en alguna ocasión que «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues, aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso» (75).

En cualquier caso, queremos incidir en la necesidad de superar un concepto estricto de técnica legislativa que atienda solo al proceso de redacción de las normas (76). Existen otros aspectos de la actividad legislativa que son fundamentales para mejorar nuestro sistema normativo y que se han considerado hasta el momento irrelevantes para la teoría del derecho pues nos hemos preocupado solo del resultado o producto normativo.

Creemos que el proceso de formación de la voluntad legislativa y de la toma de decisiones (77) en la elaboración de un proyecto legislativo donde es importante que exista tanto una planificación previa de la inter-

gún reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 27/1981, 99/1987 y 227/1988), “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio”. En el presente caso son los aspectos relativos a la certeza de la norma, entendida como previsibilidad sobre los efectos de su aplicación y a su retroactividad los que se hallan en cuestión. Por lo que atañe al primero de ellos, hay que comenzar por recordar que los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a éstos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos. Resulta inexcusable en este contexto el esfuerzo del legislador, tanto estatal como autonómico, por alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia. Sin embargo, lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad: siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la CE) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desafortunadas e inoportunas a otros (STC 76/1990, F.J. 8.º)».

(75) Así, en las SSTC 58/1982; 132/1989; 204/1994; 235/2000; 134/2006; y 238/2012.

(76) Ese es el concepto manejado por el Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) en *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

(77) Esta fase de la teoría de la legislación también se conoce como metódica de la legislación. Véase *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 233.

vinción legislativa como un análisis económico de la justificación de las decisiones legislativas, así como la coherencia de la norma que se elabora con el ordenamiento jurídico en el que se integra y la evaluación *a posteriori* de los resultados obtenidos y los objetivos alcanzados con la norma son los pilares en lo que debe asentarse una técnica legislativa de calidad. Y ello, teniendo presente dos premisas básicas: el sistema normativo debe ser flexible, no encorsetado y rígido, para lo que hay que darle la posición que merecen a los principios en la normas no solo porque mejoran la legislación y ayudan a su interpretación y aplicación, sino porque dan flexibilidad al sistema (78); y la técnica normativa (la fuente del derecho) más acertada siempre será la que mayores garantías ofrezca a los ciudadanos.

2. Medidas adoptadas para mejorar nuestra técnica legislativa

En cualquier caso, a pesar de no existir en España una tradición en el ámbito de la teoría de la legislación, hemos asistido en los últimos tiempos a una preocupación sobre la necesidad de establecer reglas de técnica legislativa. Así, tenemos que destacar la aprobación por el Consejo de ministros de varias Directrices en esta materia. En concreto, el Acuerdo del Consejo de ministros de 18 de octubre de 1991, por el se aprueban las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley (79) y el Acuerdo del Consejo de ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa (80). Ambas son orientaciones, referencias técnicas sobre la forma de elaborar y, en concreto, redactar las disposiciones legales. De las mismas no dimanar derechos y obligaciones para terceros ni pueden invocarse ante los tribunales como fuente del ordenamiento, pues no tienen carácter normativo. Se aprueban con la finalidad de facilitar la comprensión y aplicación de las normas. Las Directrices del año 2005 vinieron a sustituir a las del año 1991, pues el aumento de la producción normativa requería ampliar el objeto de las directrices así como su ámbito de aplicación (81). Y

(78) Sobre el llamado «argumento de los principios» puede verse GARCÍA FIGUEROA, A., «Legislación y neoconstitucionalismo», en ARANA GARCÍA, E., *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Ed. Aranzadi, 2015, págs. 53 y ss.

(79) Publicado en el *BOE* de 18 de noviembre de 1991.

(80) Publicado en el *BOE* de 29 de julio de 2005.

(81) En efecto, las Directrices de 1991 se limitaban a los anteproyectos de ley y solo recogían directrices de calidad técnica, mientras que las de 2005 atienden a cuestiones tanto técnicas como lingüísticas y se aplican a cualquier norma, tanto anteproyectos de ley, como proyectos de real decreto legislativo, de real Decreto-Ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de ministros y, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el *Boletín Oficial del Estado*.

ello, según su preámbulo, para lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones (82).

Quizás lo más novedoso de las Directrices aprobadas en 2005 es lo relativo al lenguaje de las normas. En ellas se hace referencia a la necesidad de conseguir un lenguaje claro y preciso, y que además sea accesible; dado que las normas jurídicas van destinadas al «ciudadano medio». Más concretamente, podemos, por ejemplo, encontrar recomendaciones como las siguientes: utilizar un léxico común; aportar descripciones aclaratorias de términos técnicos (en el caso de que sea necesario el uso de dichos términos); evitar el uso de extranjerismos si se dispone de un equivalente en castellano, y las palabras y construcciones que sean inusuales.

No hay duda que establecer criterios lingüísticos en la elaboración de las normas supone un paso importante en el camino hacia la consecución de normas de mayor calidad. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, en la práctica no podemos afirmar que las normas se aprueben con un lenguaje claro, preciso y accesible (83).

A estas Directrices de técnica normativa debemos unir algunos aspectos vinculados de forma directa o indirecta con la técnica legislativa que de forma algo asistemática han regulado algunas leyes. Así, por ejemplo, la obligación de respetar en el ejercicio de la iniciativa normativa los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia; el análisis *ex ante* y *ex post* de las normas y garantizar la audiencia pública en la fase de elaboración de las normas, que recoge la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. También podemos citar la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno, que pretende incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones públicas y entidades públicas en materia de información institucional, organizativa y de planificación; y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, que viene a impulsar un marco regulatorio eficiente para las actividades económicas que simplifique la legislación

(82) Véase al respecto SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Las Directrices de técnica normativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, págs. 41 a 92.

(83) En este sentido, puede verse CENTENERO SÁNCHEZ-SECO, F., «Los criterios lingüísticos de las directrices de técnica normativa: una propuesta para la solución de enfrentamientos entre principios», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 58, 2012, págs. 15-34. En este trabajo, el autor presenta una interesante propuesta del ámbito doctrinal anglosajón que puede ofrecer cotas mayores de funcionalidad para la redacción de normas.

existente, elimine regulaciones innecesarias, establezca procedimientos más ágiles y minimice las cargas administrativas, y para ello, es fundamental adoptar criterios de buena regulación, algunos de los cuales se han previsto en la LPAC y que se analizan en el apartado siguiente (84).

2.1. LOS PRINCIPIOS DE BUENA REGULACIÓN DE LA LPAC

En esa regulación asistemática que se ha hecho de algunos aspectos de la técnica legislativa, debemos dedicar una especial atención a las novedades que ha introducido la LPAC de 2015. En ella se recogen algunos principios y criterios de buena legislación. Así, se dedica su Título VI a la iniciativa legislativa y potestad normativa de las Administraciones públicas. En él, junto con algunas mejoras en la regulación vigente sobre jerarquía, publicidad de las normas y principios de buena regulación, se incluyen varias novedades para incrementar la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas, entre las que destaca, la necesidad de recabar, con carácter previo a la elaboración de la norma, la opinión de ciudadanos y empresas acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias (85).

Asimismo, en aras de una mayor seguridad jurídica y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante*. Para ello, todas las Administraciones divulgarán un plan anual normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente. Al mismo tiempo, se fortalece la evaluación *ex post*, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el ob-

(84) Adviértase que los artículos 4 a 7 de la Ley de Economía Sostenible han sido expresamente derogados por la disposición derogatoria única de la LPAC, integrándose sus contenidos en el título VI de esta Ley, y los correspondientes de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado mantienen su vigencia en el ámbito de las actividades económicas.

(85) En desarrollo de dicha previsión se ha aprobado el Acuerdo del Consejo de ministros, de 30 de septiembre del 2016, por el que se dictan instrucciones para habilitar la participación pública en el proceso de elaboración normativa a través de los portales web de los departamentos. Su finalidad es recabar la opinión de los ciudadanos, organizaciones y asociaciones antes de la elaboración de un proyecto normativo de la Administración del Estado. Así, la instrucción, para el caso de optar por la consulta pública previa, recoge un listado de las iniciativas para las que se encuentra abierto el trámite. En relación con cada proyecto se ofrecerá información sobre: a) antecedentes de la norma, con breve referencia a los antecedentes normativos; b) problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma; c) necesidad y oportunidad de su aprobación; d) objetivos de la norma; y, e) posibles soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias.

jeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado (86).

Estas medidas atienden tanto a la fase de elaboración de las normas como a los resultados alcanzados por las normas aprobadas, es decir, se centran tanto en la calidad técnico-formal como material haciendo una evaluación *ex ante* y *ex post* de las normas. Ambas forman parte de la técnica legislativa. En efecto, la técnica legislativa no sólo debe ocuparse de los aspectos formales de las leyes (lenguaje, estructura, sistemática) sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, es decir, que sean materialmente adecuadas (87). Para ello surge precisamente la evaluación *ex post* de las normas. Una norma será de calidad cuando sea conforme con los siguientes principios de buena regulación: proporcionalidad, consistencia, transparencia, responsabilidad y eficacia (88).

En este sentido, lo primero que introduce el art. 129 de la LPAC son principios de buena regulación. Así, «en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia». En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, debe quedar suficientemente justificada su adecuación a dichos principios. Además, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución. Obsérvese la obligatoriedad que introduce el legislador en este artículo («debe quedar»; «debe estar»), por tanto, su vulneración, ahora sí, podrá ser motivo de impugnación.

En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios. Y a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un

(86) Véase la Exposición de Motivos de la LPAC.

(87) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Manual de Técnica legislativa*, Civitas-Thomson, 2011, pág. 73.

(88) PONCE SOLÉ, J., «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, págs. 485 y ss.

marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.

En aplicación del principio de eficiencia, por su parte, la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos; y cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

En definitiva, una serie de principios de buena regulación que, sin duda, constituyen un mandato a las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias normativas. Principios, por otra parte, de sobra conocidos, pues los que no derivan de la propia CE como el de proporcionalidad, necesidad o transparencia (los principio de seguridad jurídica; eficacia y eficiencia tienen su reflejo en el texto constitucional), ya habían sido regulados por la Ley de Economía Sostenible o la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado como principios de la buena regulación económica (89). Aún así, ahora ya se contemplan como un conjunto de principios de aplicación general a cualquier materia objeto de regulación y que, sin duda, mejorarán la calidad normativa.

Especialmente novedosa es la necesidad de planificar anualmente las iniciativas normativas (ya sean leyes o reglamentos) que se pretenden aprobar (90). Dicho plan normativo, dice el art. 132, deberá publicarse en el portal de transparencia de la Administración pública correspondiente. Este instrumento ha sido desarrollado por el Real Decreto 286/2017, de

(89) En este sentido, véase FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, 2016, págs. 55-74.

(90) El art. 28 de la LRJSP establece, además, que en el informe anual de evaluación se debe reflejar el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, añadiendo que cuando tal Plan haya identificado normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, el Informe comprenderá un análisis *ex post* de la eficacia, eficiencia y sostenibilidad de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias. Sobre los efectos de esta evaluación *ex post*, lo único que recoge este artículo es que el citado informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación, y, en su caso, derogación de las normas evaluadas.

24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa. Sin duda se trata de una medida que introduce criterios de racionalidad en la aprobación de las normas.

La evaluación *ex post* de las normas se introduce en el art. 130 LPAC que obliga a que las Administraciones públicas revisen periódicamente su normativa vigente y comprueben en que medida las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de esta evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente. Para MONTALVO JÄÄS-KELÄINEN(91) la regulación que se contiene en la LPAC sobre la evaluación *ex post*, sin dejar de ser plausible, es muy escasa por diversas razones: en primer lugar, se limita a establecer un mandato de mera mejora de la legislación inferior, es decir, un llamamiento a la evaluación *ex post* de las normas aprobadas por las Administraciones públicas y sin abarcar, por tanto, a las leyes. En segundo lugar, se trata de una regulación de mínimos, o, incluso, podríamos decir que se limita a establecer unos principios inspiradores de una futura regulación más detallada que todavía no ha llegado(92).

En definitiva, no hay duda que con esta regulación se ha realizado un esfuerzo por el legislador que era absolutamente necesario para mejorar la calidad de las normas, pero es cierto también que parece insuficiente para subsanar las carencias de nuestra técnica legislativa. Como expresa MONTORO CHINER(93), es difícil encontrar en estos preceptos dónde están las reglas, el mandato vinculante de las fases del procedimiento, los trámites que se exigen al proyecto de una norma válida; dónde está el núcleo esencial del procedimiento de elaboración, lo formalmente imprescindible del procedimiento, aquello que permite al destinatario y al juez llegar al convencimiento de que, incluso en su contenido material, la norma no irá desatinada. En efecto, queda muy confuso cuáles son las fa-

(91) «La evaluación *ex post* de las normas: un análisis del nuevo modelo español», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, 2017, pág. 169.

(92) En estos momentos, tan solo podemos destacar el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, en el que si bien se regula el análisis *ex ante* de impacto de las normas y su evaluación, recoge algunas previsiones, mínimas, de la evaluación *ex post*.

(93) «La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017.

ses, los principios y las reglas. Es decir, no es fácil advertir que es lo exigible y lo deseable para mejorar la calidad normativa.

Además, debemos señalar también que a día de hoy el TC no considera la técnica legislativa objeto de supervisión en sus sentencias. En este sentido, ha manifestado: «Como hemos dicho, *el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa* [SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3 c); y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4], razón por la cual, *no corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes* (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4), habida cuenta de que “el control jurisdiccional de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica” (SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 3), ni puede aceptarse que la Constitución imponga soluciones únicas y exclusivas *suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador* [STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4; y en el mismo sentido, STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)】. (STC 176/2011). Además, ha reiterado que su juicio *es estrictamente, un juicio sobre reglas de Derecho a partir de la norma superior del Ordenamiento y con arreglo a criterios de interpretación estrictamente jurídicos* (STC 191/2016). Es posible que esta postura tenga que modularse al regularse ahora algunos criterios de técnica legislativa en la propia LPAC, pues ya no se trataría solo de evaluar la vulneración de principios constitucionales sino de la infracción de una ley.

Por último, destacar que a pesar de la ausencia de una regulación uniforme sobre la técnica legislativa, los consejos consultivos han venido desarrollando una labor de control de la calidad de las normas en virtud de su competencia para valorar los aspectos de oportunidad y conveniencia, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines(94). Así, la intervención previa de los consejos consultivos, aún cuando el contenido de sus dictámenes no sea vinculante, supone un control de naturaleza global y especialmente con capacidad de valorar, entre otros, aspectos relevantes de la oportunidad de la norma en cuestión(95). De esta forma, la función consultiva se sitúa en el tránsito del control de la legalidad del ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno hacia la colaboración y auxilio de dichas potestades den-

(94) Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha reiterado en sus memorias anuales diversas observaciones y sugerencias sobre la técnica normativa utilizada por el Gobierno, buscando como finalidad que las normas que resulten finalmente aprobadas sean lo más claras y perfectas posible. Podemos destacar la memoria de 2011 en la que el Consejo de Estado señala que en ocasiones las memorias de análisis de impacto «para justificar la necesidad y oportunidad del proyecto normativo no son lo suficientemente expresivas de su finalidad, contenido y alcance» o que «en ciertas ocasiones se omiten informes o se realizan audiencias incompletas».

(95) ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^a I., «La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación *ex ante*», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, 2017, pág. 53.

tro de la legalidad (96). Y ello, porque realizaran su labor examinando que las normas cumplan con determinados principios, buscando, entre otros aspectos, los elementos de rigor técnico normativo, así como el cumplimiento del principio de proporcionalidad de la regulación, es decir, que la norma sea idónea, necesaria y que garantice la transparencia. No cabe duda que esta función de control preventivo debe realizarse con prudencia para encontrar el equilibrio necesario entre la exigencia de los elementos formales de cumplimiento de los trámites del procedimiento y las exigencias de simplificación, de agilización de trámites y de facilitar la actuación administrativa (97).

V. Retos para legislar mejor

Del análisis efectuado en la páginas anteriores se desprende la necesidad urgente de formular una teoría de la legislación. Ha quedado demostrado que la regulación de carácter aislado, parcial y asistemática realizada en las últimas décadas es insuficiente para mejorar la calidad de nuestras normas. Ni siquiera la Unión Europea con sus recomendaciones y los objetivos que va marcando la Comisión Europea con la iniciativa «Legislar mejor» ha conseguido trasladar a los poderes públicos la inquietud por estos temas (98).

(96) FONT I LLOVET, T., «Función consultiva y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 138, 1995, pág. 48.

(97) En este sentido, FONT I LLOVET, T., «Los órganos consultivos y la calidad normativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009, pág. 146.

(98) En efecto, sobre esta materia es significativo el impulso que desde la Unión Europea se le ha dado a la necesidad de mejorar la legislación. Así, desde la Recomendación del Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para la mejora de la calidad del reglamento de los gobiernos (1995), han sido varios los documentos y recomendaciones aprobados por la UE. Así, podemos destacar el *Acuerdo Interinstitucional «Legislar mejor»*, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea en diciembre de 2003, y el plan de acción «*Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea*», de marzo de 2005, que actualiza y completa el Plan de acción de 2002 «*Simplificar y mejorar el marco regulador*». Por otro lado, en el documento «Principios Rectores para la Calidad y Elaboración Normativa» (2005), se recoge que la calidad normativa es crucial para la efectividad de la acción de gobierno y a través del *Análisis del Impacto Normativo*, se implantó en el ámbito de la Unión Europea tanto la necesidad de evaluar, estructurar y apoyar la adopción de decisiones políticas como la obligación de la Comisión de presentar al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, así como de las actividades destinadas a mejorar la calidad y la accesibilidad de la legislación.

En el informe «Legislar mejor», de 2006, se recogen expresamente los objetivos de la Unión Europea en esta materia: «Un medio normativo bien concebido, claro, comprensible y lo más sencillo posible es esencial para la protección del bienestar de los ciudadanos, la salud pública y el medio ambiente. Al mismo tiempo, garantiza un mercado equitativo en el que las empresas europeas pueden competir eficazmente y con productos innovadores. El programa “Legislar mejor” se propone lograr esto, tanto en la UE como a escala nacional, en un esfuerzo concertado de las instituciones

Nos proponemos pues en las siguientes páginas aportar algunas ideas que consideramos fundamentales para iniciar ese camino hacia el desarrollo de una teoría de la legislación en España que permita mejorar la calidad y la racionalidad de nuestra técnica legislativa.

1. El principio de seguridad jurídica: su necesaria reconstrucción

Parece claro que la principal consecuencia de la ausencia de unas reglas de técnica legislativa es la ruptura del principio de seguridad jurídica. En efecto, la proliferación normativa, las antinomias y redundancias del contenido de las normas, la falta de una mínima coordinación normativa (99), ineficacia, etc., trae como respuesta no solo la falta de seguridad jurídica sino incluso la desconfianza de los ciudadanos en el sistema legislativo (100).

Como indica RUBIO LLORENTE «una de las causas de la actual inseguridad jurídica, de la opacidad de nuestros ordenamientos, es la degradación, más que de la técnica, del rigor con que deben elaborarse las disposiciones de carácter general, defecto que es una secuela casi inevitable del exceso de producción» (101).

Lo anterior se agrava aún más ante las peculiaridades que presenta el Derecho administrativo y que hacen que el ordenamiento jurídico administrativo tenga carácter propio. Así, mientras otros derechos permiten, y aun postulan, una codificación o sistematización unitaria de la totalidad de su materia, eso en el Derecho Administrativo es absolutamente inimaginable. El Derecho Administrativo, como ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA, «es el campo más fértil de la legislación contingente y oca-

de la UE y los Estados miembros, y de forma que se maximicen los beneficios de las políticas públicas, minimizando al mismo tiempo los costes que las normativas imponen a la economía de la UE».

Por último, en la Comunicación de 2010 sobre «Normativa inteligente en la UE», además de completar y reformular algunos de los principios de calidad normativa recogidos en la iniciativa «Legislar mejor», añade algunos principios como son la evaluación *ex post* de la legislación y mejorar el acceso electrónico al conjunto de la legislación de la UE. Todas las medidas adoptadas por la Comisión Europea dedicadas a la mejora de la legislación son fácilmente accesibles desde las web Legislar mejor (http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm) e Impact Assessment (http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm).

(99) Como señala OELCKERS, O: «El contenido esencial de la Técnica Legislativa», en *Técnica Legislativa ante la elaboración de la Ley*, editado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, 1998, pág. 2.

(100) Como indica PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, 2011, «el marcado déficit en los grados de eficacia de las normas trae aparejado un debilitamiento y desconfianza respecto a la legislación como marco de solución de los conflictos sociales».

(101) «El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006, pág. 26.

sional, de las normas parciales y fugaces; es sobre todo, de su materia de la que se alimenta la ininterrumpida e impresionante salida diaria del *Boletín Oficial del Estado* y la que nutre los rimeros de tomos de las Enciclopedias y los Diccionarios legislativos, con apéndices y puestas al día nunca jamás concluidos» (102). Y ello, es debido, entre otros motivos, en primer lugar a la cercanía de la Administración respecto a la vida social y a sus constantes variables; en segundo lugar, a la atribución a la Administración de poderes normativos propios; y por último, las circunstancias tan diversas, específicas y singulares que originan la actuación de la Administración —desde un plan de urbanismo, un plan de desarrollo económico, una gran calamidad pública, una situación de restricciones eléctricas, un trastorno del orden público, una situación de paro, o de migraciones interiores, etcétera—, y que requieren de las llamadas por la doctrina alemana *Massnahmegesetze* o *leyes de medida*, que se distinguen de las leyes propiamente normativas en que éstas se dictan para regular situaciones típicas y generales y las primeras para atender situaciones singulares y concretas (103).

Pues bien, ante esto parece clara la importancia, en primer lugar, de un esqueleto de principios generales del derecho capaz de insertar y articular en un sistema operante y fluido ese caótico agregado de normas, pues de otra forma, no podría comprenderse el Derecho en general ni el Derecho administrativo en particular. Entendemos que es fundamental revitalizar los principios de proporcionalidad, necesidad y eficacia y seguridad jurídica con el objetivo de conseguir una regulación normativa imprescindible, exenta de reglas superfluas, clara y cierta, comprensible, adecuada a los destinatarios sin menoscabar la precisión; a redactar conforme un marco normativo estable dando coherencia al ordenamiento jurídico desde la norma que se elabora y aprueba.

Pero, de dichos principios, sin duda el principio capital en materia de política legislativa es el principio de seguridad jurídica. Y ello porque entendemos que es el principio que atiende a la certeza o certidumbre del Derecho, es decir, de las reglas y técnicas o instrumentos jurídicos que lo integran, de modo que se conozca de antemano el sentido y las formas de su interpretación y aplicación (104). El propio TC ha relacionado el principio de seguridad jurídica con el de interdicción de la arbitrariedad en el sentido de considerar que los poderes públicos no pueden perma-

(102) «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pág. 203.

(103) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.

(104) En el mismo sentido, BERMEJO VERA, J., «El principio de seguridad jurídica», en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, 2010, pág. 75.

necer pasivos ante la concurrencia de un vicio procedimental que afecte a una norma cuya aplicación pueda favorecer la consecución de un interés general (STC 273/2000, de 15 de noviembre). Por tanto, son los poderes públicos productores de las normas jurídicas los obligados a observar los trámites esenciales para la elaboración de las mismas.

Además, en virtud de dicho principio, el contenido de las normas o sus omisiones no pueden producir una confusión o duda en sus destinatarios que genere una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos(105). Por tanto, la claridad normativa frente a la confusión que genera la incertidumbre es condición indispensable para la seguridad jurídica. Debe el legislador procurar que de esa claridad y certeza se deduzca para todos los operadores jurídicos el significado de la norma.

En consecuencia, los métodos de elaboración de las normas jurídicas dentro de un sistema, están muy condicionados por el principio de seguridad jurídica. Este principio debe operar como un parámetro o regla de derecho, y no solo como un valor reconocido, en el más alto nivel de exigencia. No puede haber duda en este ámbito, pues la seguridad jurídica, en su dimensión más elemental de certeza y previsibilidad, de claridad y precisión, constituye un auténtico mandato constitucional dirigido especialmente a los órganos habilitados para la producción de las normas(106).

Ello implica, como no puede ser de otra forma, que la falta de claridad, certeza, precisión y previsibilidad de las normas vulnera el principio de seguridad jurídica y como parámetro o regla de derecho debe ser recurrible ante los tribunales.

2. Criterios de racionalidad normativa

Otra consecuencia de la falta de técnica legislativa es la producción de normas de mala calidad que atenta no solo a la seguridad jurídica sino también a la racionalidad jurídica. Por ello, no solo debemos reformular los principios básicos más elementales y desarrollarlos en torno a una teoría legislativa que proporcione orden y claridad al sistema jurídico, sino que debemos elaborar unos criterios o elementos fundamentales a tener en cuenta en el proceso de elaboración de las normas y en el proceso de evaluación de sus resultados, pues solo así podremos tener una técnica legislativa eficaz, eficiente y de calidad en nuestro ordenamiento

(105) Así lo ha manifestado el TC en sus SSTC 150/1990, de 4 de octubre, y 142/1993, de 22 de abril.

(106) Así lo establece BERMEJO VERA, J., «El principio de seguridad jurídica», en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, 2010, pág. 86.

jurídico. En nuestra opinión, se trata de introducir diferentes dosis de racionalidad normativa, siendo varios los criterios que deben estar presentes en toda concreción o delimitación que se haga de la técnica legislativa en España (107). A saber:

- a) Racionalidad lingüística. Si una norma no tiene una calidad que le permita ser clara y comprensible, difícilmente podrá ser cumplida. La norma tiene que tener un lenguaje claro, preciso y sencillo, de forma que el principal destinatario de las normas, el ciudadano, pueda entender el contenido de la misma. Ello obliga a que cuando la norma regule cuestiones más técnicas o complejas se introduzcan artículos descriptivos o definiciones. Pero incluso, debemos ir más allá y valorar la importancia del lenguaje, en definitiva, de las palabras, usando un léxico común pero preciso y riguroso, evitando las ambigüedades y redundancias. Para ello, quizás habría que formar a los funcionarios o técnicos encargados de la elaboración de las normas. No debemos olvidar que nuestro legislador ya no está, cómo en otras épocas, compuesto por personas ilustradas (108).
- b) Racionalidad lógica. La norma debe ser congruente con el ordenamiento jurídico vigente y evitar las reiteraciones o repeticiones de otras normas. Es habitual encontrar reiteraciones sistemáticas de normas superiores en la de rango superior. Hay que acudir a las citas y remisiones, pues así evitaremos un crecimiento innecesario de las normas jurídicas.
- c) Racionalidad formal o técnica. Debe respetar el procedimiento establecido para su elaboración y aprobación y para poder desprender efectos jurídicos deberá ser publicada en el boletín oficial correspondiente. Dentro del procedimiento es fundamental la memoria del análisis de impacto normativo que justifique la necesidad y proporcionalidad de la norma así como la memoria económica que avale la disponibilidad presupuestaria para ejecutarla.

(107) Hace ya algunos años los autores ATIENZA, M. («Contribución a una Teoría de la Legislación», *Cuadernos Civitas*, Editorial Civitas, 1997, págs. 27 y 28.) y CALSAMIGLIA, A. («Ciencia Jurídica, El Derecho y la Justicia», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* núm. 11, Editorial Trotta, 1996) sugirieron dotar a las normas de mayores estándares de calidad en los siguientes ámbitos: 1) comunicativo o lingüístico; 2) jurídico formal; 3) pragmático; 4) teleológico, y 5) ético.

(108) Como ocurría en la época de la Ilustración en la que las Asambleas legislativas estaban integradas por «hombres instruidos y elocuentes que conferencian entre sí, que discuten las materias más sublimes, que disputan con todo el calor del interés o del amor propio ofendido, y en quienes no decide la pluralidad de votos, sino después de un largo examen y grandes debates...». BENTHAM, J.: «Estilo de las leyes», en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 536.

- d) Racionalidad sistemática. La norma debe tener un orden lógico y sistemático que de sentido al contenido de la misma. Para ello, las Directrices actualmente vigentes establecen una estructura básica. Las normas deben tener un título, parte expositiva (preámbulo o exposición de motivos), parte dispositiva (articulado), parte final (disposiciones transitorias, finales, derogatorias etc.) y, en su caso, anexos. Pero además, todo tiene que responder a un orden sistemático de forma que el contenido de la norma sea distribuido entre los distintos títulos o capítulos de la norma con cierto sentido lógico.
- e) Racionalidad teleológica. La calidad de la norma no debe atender solo a la calidad formal o técnica, sino también a su calidad material. Debe realizarse una evaluación *ex post* de la norma para comprobar si se han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ella estaba justificado y adecuadamente valorado (109). Una norma aprobada debe evaluarse para comprobar si cumple con niveles básicos de racionalidad y, por lo tanto, si alcanza grados aceptables de comunicabilidad, sistematicidad, eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia, criterios que correctamente aplicados, permiten distinguir entre buenas y malas leyes.

En efecto, entendemos que tan importante es el contenido de la norma como la eficacia real de la misma. En otras palabras, «no basta examinar las normas en abstracto sino que es preciso observarlas a través de la lente de su práctica real» (110).

Estos criterios de racionalidad normativa nos permitirán garantizar el principio de confianza legítima, fundamental dentro de una teoría legislativa para proteger los derechos de los ciudadanos ante los cambios impredecibles de regulación, lo que incluye no solo la protección de las legí-

(109) Con respecto a la evaluación *ex post* de las normas, podemos seguir las preguntas que ATIENZA considera que debemos efectuarnos. Así, primero sus objetivos ¿cuáles son? ¿hay objetivos o resultados no declarados (queridos o no por el «legislador»)?, ¿están o no justificados de acuerdo con los valores socialmente dominantes, con los principios constitucionales o con los de una determinada concepción de la ética? Pero también en relación con cuestiones de carácter más técnico: ¿son los contenidos de la ley (las obligaciones, prohibiciones y permisos que contiene) así como las instituciones que crea adecuadas para lograr esos objetivos?; ¿existen los incentivos (sanciones positivas o negativas) y recursos (por ejemplo, financieros) que puedan asegurar la eficacia de la ley?; ¿deja la ley vacíos o crea contradicciones o, por el contrario, regula todo lo que pretende regular y lo hace armoniosamente, teniendo en cuenta el conjunto del articulado y el resto del ordenamiento jurídico?; ¿está, en fin, redactada de manera que el mensaje de sus normas resulte razonablemente preciso y sea comprendido por sus destinatarios —directos e indirectos— de forma que no dé lugar a problemas interpretativos que podrían haberse evitado?, en «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Curso de Argumentación Jurídica*, Universidad de Alicante, 2007.

(110) NIETO, A., «El Derecho comunitario europeo como derecho común vulgar», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pág. 28.

timas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no son razonablemente previsibles, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia (111), sino también, y esto sería lo relevante, la protección ante regulaciones innecesarias que trastocan el derecho vigente, lo confunden o hacen más difícil su aplicación (112). Solo así se cumpliría el mandato del art. 3.1.e) de la LRJSP cuando establece que las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima.

Es cierto que este principio, a pesar de su expansión y utilización por la jurisprudencia para el control de muy variadas actuaciones administrativas, todavía no ha conseguido consolidarse en nuestra jurisprudencia. En efecto, se aprecia en la doctrina tanto del TC como del TS una equiparación entre la confianza legítima y la legitimidad de la modificación normativa, de tal modo que si el cambio normativo es razonable y responde al interés general no existe vulneración de la confianza legítima. Entendemos que los cambios legislativos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima pues este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes. Como establece la STC de 17 de diciembre de 2015 «Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de la actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general». Pero ello no impide poder valorar si el cambio legislativo es proporcional y necesario; si existe otra solución menos le-

(111) Podemos destacar por ser bastante clarificadora, por ejemplo, la STS de 23 de junio de 2014. En ella se establece que «El principio que exige proteger la confianza legítima no resulta novedoso ni extravagante en nuestra jurisprudencia. Son varias las sentencias que le han dado operatividad en distintos ámbitos para amparar a administrados que han actuado bajo la cobertura del mismo. Pueden así consultarse las sentencias de 23 de noviembre de 1984 (repertorio de jurisprudencia 1984/5956), 30 de junio de 2001 (casación 8016/95), 26 de abril de 2010 (casación 1887/05), 28 de noviembre de 2012 (casación 5300/09) y 22 de enero de 2013 (casación 470/11), las dos penúltimas dictadas en materia tributaria, que no hacen sino adoptar los criterios ya sentados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conforme a la que el principio que nos ocupa vincula a todos los poderes públicos: i) si la creencia del administrado que lo sustenta se basa en signos externos y no en meras apreciaciones subjetivas o convicciones psicológicas y, ii) ponderados los intereses en juego, la situación de quien legítimamente se ha fiado de la Administración es digna de protección [Sentencias de 26 de abril de 1988, Krüechen (316/96); 1 de abril de 1993, Lageder y otros (asuntos acumulados C-31/91 a C-44/91); 5 de octubre de 1993, Driessen y otros (asuntos acumulados C-13/92 a C-16/92); 17 de julio de 1997, Affish (C-183/95); 3 de diciembre de 1998, Belgocodex (C-381/97); y 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00)].

(112) En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, S., «Regulación y confianza legítima», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pág. 160.

siva, y si el cambio por muy justificado que esté ha frustrado algún derecho legítimo. Esta debe ser la concepción del principio de confianza legítima.

Y este test de racionalidad normativa debería ser chequeado en cada proceso de elaboración de una norma en su fase inicial por un órgano creado *ad hoc* en cada Administración pública con competencia normativa, ya que tanto la iniciativa legislativa como la potestad reglamentaria se atribuye al gobierno (sea éste estatal o autonómico, e incluso local en el caso de la potestad reglamentaria de los entes locales). Así, cuando llega la norma al debate parlamentario (en el caso de las leyes) el texto normativo ya cumple todos los criterios lingüísticos, técnicos y formales.

Además, dicho órgano deberá valorar también que fuente del derecho se debe usar en cada momento, primando siempre aquella que proporcione mayores garantías a los ciudadanos. Este trabajo ha mostrado algunos ejemplos de los problemas que genera la utilización de una técnica normativa errónea como el uso de decretos leyes y leyes singulares ante situaciones materialmente administrativas que requieren de una norma reglamentaria, o de instrucciones y circulares con efecto normativo. El principio de certeza y seguridad imponen, como señala MUÑOZ MACHADO, la intermediación del reglamento. En efecto, resulta necesario que la Administración pública, al utilizar sus potestades, programe su actuación y anticipe los criterios que utilizará para actuar, de modo que, especialmente cuando estén afectados derechos de los ciudadanos, estos puedan tener la mayor certeza posible sobre el sentido en que van a ser orientadas las decisiones de los poderes públicos (113).

En definitiva, debemos tener presente que las normas deben proporcionar espacios de certeza a las personas para su correcto desenvolvimiento individual y social, y para ello el Derecho debe volver a ser concebido como «dispensador de certeza», o como dijera algún autor «columna de mármol y tabla de bronce» (114). Solo así podremos hablar verdaderamente del arte de legislar que no es otra cosa que ser capaz de elaborar una ley que sea entendida por todos, desde los más instruidos hasta los que carecen de formación alguna. JOVELLANOS decía «las leyes deben hablar con precisión y claridad a los que rodean el trono y a los que están escondidos en las cabañas; de estas leyes que deben ser entendidas del que ha consagrado toda su vida a la indagación de la sabiduría y del que apenas tiene otra idea que la de su existencia; de estas leyes, que deben servir de norte al navegante en los más remotos climas

(113) *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, vol. I, Ed. Lustel, 2006, pág. 445.

(114) MARTÍNEZ CORRAL, J.A., «Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas», *Revista Española de Función Consultiva*, núm. 11, 2009, pág. 36.

de la tierra, y de luz al labrador en el retiro de su alquería; de estas leyes que, según el oráculo de nuestro sabio legislador “deben explicar las cosas según son, é el verdadero entendimiento de ellas”; que deben contener “enseñamiento e castigo escrito para que ligen é apremien la vida del hombre”; que deben hablar “en palabras llanas e paladinas, para que todo home las pueda entender e retener; que deben ser sin escatima é sin punto, porque no puedan del derecho sacar razón torticera por mal entendimiento, ni mostrar la mentira por verdad, nin la verdad por mentira...”» (115). A pesar del tiempo transcurrido de este fragmento sigue estando de rabiosa actualidad, pues el mayor valor de la ley es el de ser el medio para gobernarnos a todos en libertad y este valor, a día de hoy, sigue estando intacto.

VI. Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (coord.) *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Ed. Bosch, 2018.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., «Los instrumentos de planificación urbanística: a vueltas con su naturaleza jurídica y su eficacia», en VERA JURADO, V., *Ciudad y Territorio en el siglo XXI: Reflexiones desde el Derecho público*, Ed. Instituto García Oviedo, 2020.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^{al.}, «La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación *ex ante*», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, 2017.
- ANTÓN OLIVA, Á. *Derecho Urbanístico*, Ed. Centro de Estudios Financieros, 1996.
- ARANA GARCÍA, E., «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013.
- , *Algunos problemas actuales de técnica legislativa*, Ed. Aranzadi, 2015.
- ARAGÓN REYES, M. *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Ed. Iustel, 2016.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 106, 1985.
- ATIENZA, M., «Contribución a una Teoría de la Legislación», *Cuadernos Civitas*, Editorial Civitas, 1997.
- BAÑO LEÓN, J.M.^a, Prólogo a la monografía de DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006.

(115) MELCHOR DE JOVELLANOS, G., discurso leído en su entrada en la Real Academia Española «Sobre la necesidad del estudio de la lengua para comprender el espíritu de la legislación». Obras publicadas e inéditas de D. GASPAR MELCHOR DE JOVELLANOS. Colección hecha e ilustrada por D. CÁNDIDO NOCEDAL. Madrid, 1858, pág. 299.

- , *Derecho Urbanístico Común*, Ed. Iustel, 2009.
- , «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudio en homenaje a Manuel Ballbé Prunes*, INAP, 2016.
- , «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 311, 2017.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.
- BERMEJO VERA, J., «El principio de seguridad jurídica» en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, 2010.
- BENTHAM, Jeremy, «Estilo de las leyes», en *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pág. 536
- CARCELLES FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1977.
- CARMONA CONTRERAS, A.M., *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- , «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96, 1997.
- CARRETERO PÉREZ, A., «Naturaleza jurídica de los planes de urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 16, 1970.
- CALSAMIGLIA, A., «Ciencia Jurídica, El Derecho y la Justicia», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, núm. 11, Editorial Trotta, 1996.
- CENTENERO SÁNCHEZ-SECO, F., «Los criterios lingüísticos de las directrices de técnica normativa: una propuesta para la solución de enfrentamientos entre principios», *Revista de Lengua i Dret*, núm. 58, 2012.
- CORONA FERRERO, J.M.^a, «En torno al concepto de técnica legislativa», en *La técnica legislativa a debate*. Madrid, Tecnos, 1994.
- COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ed. Civitas, 1997.
- Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- DE LA IGLESIA CHAMARRO, M.A., *El Gobierno por Decreto*, Pamplona, 1997.
- DE VEGA GARCÍA, A.S., «La cláusula “extraordinaria y urgente necesidad” del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990.
- DÍAZ LEMA, J.M., «El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 39.
- DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Problemas jurídicos del urbanismo», *Revista de Administración Pública*, núm. 43, 1964.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Las nuevas leyes de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común: entre la cosmética y el enredo», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 34, 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho urbanístico*; Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2001.

- , «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017.
- FONT I LLOVET, T., «Función consultiva y Estado autonómico», *Revista de Administración Pública*, núm. 138, 1995.
- , «Los órganos consultivos y la calidad normativa», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 11, 2009.
- FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958.
- GAMERO CASADO, E., en *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*, Ed. Comares, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de reglamentos», *RAP*, núm. 27, 1958.
- y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 8.^a edición 1997.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* núm. 13, 2005.
- , *Manual de Técnica legislativa*, Civitas-Thomson, 2011.
- GÓMEZ ORFANEL, G., «Significado y alcance de la técnica normativa», en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, 1991.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo*, Civitas, Madrid, 1976.
- , *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 1988.
- GORDILLO, A., *Introducción al derecho de la planificación*, Ed. Jurídica Venezolana, 1981.
- HIERRO, L.L., «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 1989.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «Siete medidas urgentes para salvar el urbanismo», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medioambiente*, núm. 301, 2015.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Los Decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2003.
- LASO MARTÍNEZ, J.L., *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, 1981 y 1982.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «La calificación de los vicios de los reglamentos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018
- MARTÍN REBOLLO, L., «El planeamiento municipal: perspectiva general», en *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Ed. Aranzadi, 2009.
- MARTÍNEZ CORRAL, J.A., «Los errores en la redacción y la publicación de las leyes: formas de corregirlos y su incidencia sobre la entrada en vigor de aquellas», *Revista Española de Función Consultiva*, núm. 11, 2009, pág. 36.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «La evaluación *ex post* de las normas: un análisis del nuevo modelo español», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 36, 2017.

- MONTORO CHINER, M.J., «La sociedad requiere normas útiles. El esfuerzo por mejorar la legislación tras la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. ¿Principios, reglas y directrices de técnica legislativa o núcleo esencial del procedimiento de elaboración de normas?», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017.
- MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Ed. Civitas, 1994.
- MORENO REBATO, M., «Circulares, Instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Madrid, Civitas, 1986.
- , *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII, *El Reglamento*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- , «Regulación y confianza legítima», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.
- y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El planeamiento urbanístico*, Ed. Iustel, 2009.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., «La reiteración de los Decretos-Leyes en Italia y su análisis desde el ordenamiento constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, 1998.
- NIETO, A., «El Derecho comunitario europeo como derecho común vulgar», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.
- OELCKERS, O., «El contenido esencial de la Técnica Legislativa», en *Técnica Legislativa ante la elaboración de la Ley*, editado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, 1998.
- PALOMAR OLMEDA, A., «La urgencia como método: a propósito de la utilización del decreto-ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 2010.
- PARDO ÁLVAREZ, M., *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*, Ed. Marcial Pons, 2005.
- PAREJO ALFONSO, L., «El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza» en *Práctica Urbanística*, núm. 141, 2017
- PAREJO, L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Civitas, 1981.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, 2011.
- PINEDA GARFIAS, R., *Teoría de la Legislación. Algunos planteamientos generales*, *Revista de Derechos Fundamentales*, núm. 3, 2009.
- PONCE SOLÉ, J., «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional», *Ley, principios, derechos*, España, Dykinson, 1998.

- PULIDO QUECEDO, M., «La apreciación de la urgencia y necesidad en los Decretos-leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2005.
- , «Decreto-Ley», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 704, 2006.
- , «Decreto-Ley, sin urgencia», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 730, 2007.
- RASTROLLO SUÁREZ, J.J., en *Poder público y propiedad privada en el urbanismo: la junta de compensación*, Ed. Reus, 2013.
- REY MARTÍNEZ, F., «A vueltas con el concepto de ley singular», *La Ley*, núm. 8288, 2014.
- RODRÍGUEZ PATRÓN, P., «La “ley singular” como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, 2017.
- RUBIO LLORENTE, «El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas», en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 6, 2006.
- RUIZ SANZ, M., «De la ciencia de la legislación hacia la técnica normativa», en *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva época*, núm. 13-14 (1996-1997).
- SALAS, J., «Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español: en torno a la urgencia», en *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho administrativo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988.
- , «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Las Directrices de técnica normativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.
- SANTI ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Florencia, 1918.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley», en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004.
- SANTOS DÍEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J., «Derecho urbanístico», *Manual para Juristas y Técnicos. El consultor de los Ayuntamientos*, Madrid, 2001.
- SANZ PÉREZ, L., «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los Decretos-Leyes», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2007.
- SAINZ MORENO, F., «Técnica normativa», en *Enciclopedia Jurídica*. Madrid, Civitas, 1995.
- SEGOVIA MARCO, A., «La técnica legislativa en la elaboración de los anteproyectos de leyes», *Revista Gabilex*, núm. 1, 2015.
- SERRANO MORENO, J.L. y PEÑA FREIRE, A.M., «Siete claves metodológicas para leer el Derecho urbanístico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 1998.

- SCHMITT C., *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (6.ª ed.; 1.ª ed. 1932).
- SORIA MARTÍNEZ, G. y BASSOLS COMA, M., *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Ed. Aranzadi, 2017.
- TARDÍO PATO, J.A., «Los efectos temporales de la anulación por anulabilidad en Italia, Francia y Alemania (confluencias con el derecho español)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 206, 2018.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., *El control del planeamiento urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- TUR AUSINA, R., «La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 8, 1999.
- VERA JURADO, D., «Los proyectos de interés autonómico», *Revista de Práctica Urbanística*, 2020.
- VIGNOCCHI, G., «Planes reguladores y planificación urbanística en el Derecho Italiano», en *Revista de Administración Pública*, núm. 66, 1971.



La participación del público en la elaboración de planes con incidencia ambiental: algunas cuestiones irresueltas

Public participation in the elaboration of plans and programmes with environmental impact: some unresolved issues

JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

joseignacio.cubero@ehu.eus

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6024-8484>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.02>

LABURPENA: Lan honek honako hau azaltzen du: ingurumen ebaluazio estrategikoa eskatzen duten plan eta programak onartzeko prozedurak xedatutako araubideak dauzkan kontraesan eta hutsune juridiko batzuk. Espainiak Aarhus ituna berretsi zuenetik eta Europar Batasunak 2003/35 Zuzentaraua onartu zuenetik, barneko planen ingurumenaren inguruko ebaluaziorako prozeduretan, pertsonen parte hartzeko gabeziak erakusten ditu legediak. Alde batetik, barneko agintariak pertsonen emateko aurretiazko informazioa eskaintzeko garrantzia gutxietsi dute; bestetik, zalantzak sortu dira ondoko gai honetan: Oraindik ere zalantzak daude ingurumenaren arloan parte hartzeko baldintzak sektoreko legeriarekin edo legeria orokorrek nola artikulatzen diren. Izan ere, azken legeria horrek aurreikusten dituen bermeak eta parte hartzeko eskubide desberdinak dira eta, batzuetan, aurreratuagoak. Lanak xede izango du konponbide batzuk ekartzea, Aarhus itunaren interpretazio finalista batean eta EBJAk emandako jurisprudentzian oinarrituz.

HITZ GAKOAK: Parte hartzea. Ingurumena. Planak eta programak. Aarhus Ituna.

ABSTRACT: This work exposes some contradictions and legal gaps regarding the legislation that regulates the participation of people in the procedures aimed at passing plans and programmes subjected to the strategic environmental assessment. Since Spain ratified the Aarhus Convention and the European Union passed 2003/35 Directive, the Spanish legislation shows still shortcomings so as to achieve an effective participation in the environmental assessment of plans. On the one hand, domestic authorities have ignored how important is to supply previous information to the public; on the other, there are doubts about how the requirements of participation in the environmental field are articulated with those provided for in the specific or general legislation, that establishes guarantees and different rights to participate, sometimes more progressive. This work aims at bringing some solutions, in accordance with a finalist interpretation of the Aarhus Convention and with the developments in the case law of the CJEU.

KEYWORDS: Participation. Environment. Plans and programmes. Aarhus Convention.

RESUMEN: Este trabajo expone algunas contradicciones y vacíos jurídicos que se desprenden de la legislación que regula la participación de las personas en los procedimientos dirigidos a la aprobación de planes y programas que requieran evaluación ambiental estratégica. Desde que España ratificara el Convenio de Aarhus y la Unión Europea dictase la Directiva 2003/35, la legislación interna todavía presenta carencias para el logro de una participación efectiva en los procedimientos para la evaluación ambiental de planes. Por un lado, las autoridades internas han ignorado la importancia de ofrecer información previa al público; por otro, todavía perviven dudas en torno al modo en que se articulan los requisitos de participación en materia medioambiental con la legislación sectorial o general, que también prevé garantías y reconoce derechos de participación distintos y, a veces, más avanzados. El trabajo tendrá por objeto aportar algunas soluciones, inspirándose en una interpretación finalista del Convenio de Aarhus y en el desarrollo jurisprudencial ofrecido por el TJUE.

PALABRAS CLAVE: Participación. Medio ambiente. Planes y programas. Convenio de Aarhus.

Trabajo recibido el 8 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Normativa aplicable.—III. Procedimientos de participación y requisitos para ejercer el derecho de participación en la elaboración y aprobación de planes. 1. Planes sometidos a evaluación ambiental. A. Objeto. B. Tipos de procedimientos y diferentes trámites de participación. a) Planes sometidos a evaluación ordinaria. b) Garantías escasas para recabar información. c) Planes sometidos al procedimiento de evaluación ambiental simplificada. 2. Participación en planes sujetos a la LAIPJ. 3. Participación en planes no sometidos a evaluación ambiental ni a la legislación sobre participación en materia ambiental.—IV. El problema de los sujetos con derecho a participación.—V. La legislación común y sectorial en materia de participación: el criterio de la especialidad.—VI. Integración de los procedimientos de evaluación ambiental estratégica con los sectoriales y los de participación general.—VII. Conclusiones.—VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto exponer y resolver algunas cuestiones controvertidas en torno a la participación del público en la evaluación ambiental estratégica y su adecuación al procedimiento de elaboración y aprobación de planes y programas que afectan al medio ambiente. Los planes consisten en la adopción de una serie de estrategias destinadas al cumplimiento de unos fines. Las administraciones emplean estos instrumentos para implantar políticas públicas y materializar en otros casos los mandatos recogidos en las normas. Por tanto, los planes, aun revistiendo un componente normativo, siempre se dirigen a materializar o hacer realidad unos propósitos, modificando lo ya existente.

Los planes se diferencian de los proyectos en dos aspectos fundamentales: uno, en la escala a la que deben aplicarse. Mientras los planes abordan la regulación o la delimitación en un espacio más amplio que el que puede afectar el proyecto, este despliega sus efectos solamente en el entorno más próximo a la actividad que alberga y, además, los impactos ambientales o económicos se reducen a su sector. Los planes, en cambio, tratan de integrar todas las repercusiones ambientales, económicas o sociales que pueden confluir en un territorio más amplio o en un sector de actividad que abarca una escala mayor, y que sirve como norma para habilitar las actividades con impacto, como puede suceder con los planes en materia de industria, de carreteras, de ríos o de residuos(1).

(1) PALLARÉS (2013).

Una de las controversias que presentan los planes con incidencia ambiental estriba en las garantías y derechos que se les reconoce a las personas en materia de participación. Por una parte, tienden a confundirse los trámites de participación en los procedimientos que discurren de forma paralela a la aprobación del plan. Así, la evaluación ambiental estratégica requiere información pública, tal y como se prevé en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos o sectoriales que incluyan determinaciones u obligaciones específicas. En este caso, existe el riesgo de solapar o de superponer ambos trámites participativos. Es frecuente que muchos de esos trámites se lleven a cabo ante el mismo órgano, es decir, el promotor del plan, y no el órgano ambiental, con lo que carece de sentido duplicar los trámites, teniendo en cuenta que es el mismo órgano el que debe dar respuesta a las alegaciones presentadas y que debe incorporar los resultados del trámite participativo al expediente destinado a la evaluación ambiental (2).

A efectos de la participación se distinguen hasta cuatro tipos de planes:

- a) Aquellos que establecen trámites de participación y que, sin embargo, carecen, en principio, de incidencia ambiental, lo que significará que no estarán sometidos a evaluación ambiental ni, en principio, pueden provocar efectos sobre el medio ambiente.
- b) La participación en planes con repercusión ambiental que, sin embargo, no se hallan sometidos a los trámites establecidos en la normativa de evaluación ambiental estratégica, sino a la Ley 27/2006, de 18 de julio (LAIPJ), por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- c) Los planes y programas específicos que regulan las materias que prevé aquella LAIPJ, cuyas garantías se someten a sus normas.
- d) Los planes y programas a los que se les exige la correspondiente evaluación ambiental estratégica ordinaria o simplificada.

La pregunta que inmediatamente se suscita en torno a esta materia es la siguiente: teniendo en cuenta que existe una normativa común, cuyo eje es el Convenio de Aarhus, acogido en sede europea, ¿qué sentido tiene someter la participación a normas distintas cuyo alcance e interpretación, por otra parte, tampoco se ha aclarado en esas mismas normas? Esa distinción de regímenes jurídicos arroja no pocas contradicciones que este trabajo trata de poner de manifiesto.

(2) PERNÁS GARCÍA (2009).

II. Normativa aplicable

Esta materia se encuentra claramente condicionada por otras normativas, vinculadas bien al procedimiento administrativo bien al medio ambiente, en especial, por el hecho de que en el plano internacional, la Unión Europea, en instrumento ratificado por el Estado español, aprobó el Convenio de Aarhus que también influyó decisivamente en la elaboración y adopción de la Directiva 2003/35(3). Además, no debe olvidarse que cada procedimiento se regula por la normativa sectorial correspondiente que puede ser aprobada por diferentes niveles institucionales. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma vasca los planes pueden ser aprobados por las instituciones comunes, por los territorios históricos y por los entes locales(4).

En primer lugar, debe aplicarse la norma sectorial que regula la materia a la que se refiere el plan. Así, en materia de carreteras, de montes, residuos, urbanismo u ordenación del territorio, las disposiciones específicas han contemplado trámites de participación que han girado en torno a la información pública. La norma debe establecer expresamente la fase de participación o identificar el tipo de trámite, como puede ser la consulta o información pública. Aun así, de la jurisprudencia se deduce que la necesidad de participación depende del grado de discrecionalidad de la medida, de modo que, si se han establecido criterios previos técnicos, no parece lógico permitir la participación del público(5).

En segundo lugar, las leyes autonómicas en materia de medio ambiente contemplan algunas normas sobre participación para la aprobación de planes. Como ejemplo, el artículo 3.4 de la Ley 3/1998, vasca de Medio Ambiente, otorga a todas las personas el derecho a participar en los procedimientos vinculados a la protección del medio ambiente. La LAIPAJ ha limitado los sujetos con derecho a participación, de modo que solo las personas interesadas y determinadas ONGs podrán intervenir en los procedimientos con incidencia ambiental, incluidos los planes(6).

En tercer lugar, la LAIPJ, que sirve como transposición de la Directiva comunitaria 2003/35 e implantación del Convenio de Aarhus en España,

(3) HARTLEY y WOOD (2005). RUIZ DE APODACA (2014).

(4) PIGRAU y BORRÁS (2008).

(5) Aunque se refiere a un acto administrativo, en concreto de delimitación de zonas ZEPA, el TS considera que esa decisión depende estrictamente de criterios reglados previamente fijados por la Comisión europea, lo que impide que la decisión sea alterada por la participación del público interesado. Añade que «sería conveniente que se regulara un trámite que permitiera la participación de los interesados en el mismo, dando satisfacción a tal exigencia en conjunción con las imposiciones derivadas de la Directiva de aves citada y con los límites que de la designación administrativa de las zonas de protección se derivan» (STS 26 de febrero de 2010, RJ 2010/4111, FD 4.º).

(6) Acerca de la importancia y el impulso que favorece la participación, por parte de las ONGs., *vid.* WANG, Cao, YUAN *et al.* (2020). En el mismo sentido, GLUCKE, DRIESEN y KOLHOFF (2013).

también va a establecer, más que un procedimiento de participación, unos requisitos para garantizar determinados derechos a las personas (7). Si bien, en teoría, su propósito era transponer la Directiva 2003/35 y hacerlo efectivo en el ámbito interno el Convenio de Aarhus, parece que ha restringido bastante su contenido, como habrá oportunidad de comentar más adelante. De todos modos, al tratarse de una legislación básica, las comunidades autónomas pueden incorporar otros mecanismos de participación o requisitos más favorables a los derechos de las personas, tal y como ya señaló en su momento el Convenio de Aarhus (8).

En cuarto lugar, en la actualidad la gran mayoría de planes con incidencia ambiental se somete al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, por lo que no debe olvidarse la legislación básica en esta materia, recogida por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación ambiental (LEA), así como las normas autonómicas dictadas al amparo del título competencial relativo al desarrollo de la legislación básica en materia de medio ambiente. En ese sentido, lo primero que ha de resolverse es si el plan se somete a evaluación ambiental y a qué tipo de procedimiento, ya que los planes que comportan mayores repercusiones ambientales se sujetan al procedimiento ordinario, y aquellos que producen efectos más moderados en los elementos ambientales, deben regirse por el procedimiento de evaluación simplificado (9). Más allá de todo ello, todas esas disposiciones derivan de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Acerca de este particular, ha de analizarse si las normas autonómicas, que establecen disposiciones en materia de evaluación ambiental estratégica, contemplan la ubicación del trámite participativo ante el órgano sustantivo, como así se desprende de la LEA (10). Piénsese que, tras la STC 53/2017, no necesariamente se considera como normativa básica este aspecto del procedimiento, lo que arroja dudas en torno a la tramitación en sí.

Por último, las normas locales o forales, en el caso de la Comunidad Autónoma Vasca, reguladoras de la participación en procedimientos administrativos, pueden añadir garantías o requisitos al ejercicio del derecho de participación. Por ejemplo, la NF de Gipuzkoa 1/2010 también reconoce el derecho de las personas residentes en el territorio histórico a participar en los asuntos públicos. En el ámbito local también se han previsto normas para que las personas participen en los procedimientos que deban tramitar los ayuntamientos, como los planes urba-

(7) SALAZAR (2019).

(8) RAZQUIN y RUIZ DE APODACA (2007).

(9) SANZ LARRUGA (2019).

(10) ALMENAR-MUÑOZ (2017).

nísticos(11). Dado que todas estas normas inciden de un modo u otro en la participación, no se ha arrojado luz en torno a la forma en que deben aplicarse todas estas garantías y, en consecuencia, los derechos que pueden ejercer las personas en el procedimiento ambiental.

III. Procedimientos de participación y requisitos para ejercer el derecho de participación en la elaboración y aprobación de planes

Cabe distinguir los planes sin incidencia en el medio ambiente; aquellos que están regulados específicamente por la LAIPJ y, finalmente, aquellos que, además de poseer relevancia en el medio ambiente, se someten a los procedimientos de evaluación ambiental estratégica ordinaria o simplificada.

1. Planes sometidos a evaluación ambiental

En este apartado deben diferenciarse los planes sometidos a evaluación ambiental ordinaria y aquellos que requieren una evaluación simplificada. Como se comprobará, el principal problema reside en que algunos planes sometidos a evaluación ambiental también se rigen por las normas ambientales sobre participación, pero fundamentalmente se han suscitado dudas, en sede jurisprudencial, en torno a qué planes deben recibir la correspondiente evaluación ambiental.

A. OBJETO

De acuerdo con la Directiva 2001/42, los Estados miembros deben aplicar los criterios del Anexo II de la citada Directiva para determinar si ciertos tipos de planes producen efectos previsiblemente significativos en el medio ambiente y, por tanto, requieren evaluación ambiental estratégica(12). La legislación interna ha diferenciado dos tipos de planes:

(11) De acuerdo con la Ley 2/2016, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE), se establecen normas explícitas sobre la obligatoriedad de dar a conocer los instrumentos de participación y acceso a la información a disposición del público, consultas populares y mecanismos para el seguimiento y evaluación de los procesos participativos.

(12) Los criterios deben considerar el hecho de si se autorizan o no actividades previstas en los planes; la pertinencia del plan para integrar aspectos ambientales; problemas ambientales significativos del plan o programa; las características de los efectos y de la zona de influencia probable. Así, deben tomarse en consideración los efectos ambientales, del plan; su carácter acumulativo; la naturaleza transfronteriza; los riesgos para la salud humana o el medio ambiente.

por un lado, aquellos que causan repercusiones significativas en el medio ambiente, que deben someterse al procedimiento de evaluación ordinario; y, por otro, aquellos que no ocasionan ese impacto, pero que, sin embargo, deben someterse a un procedimiento de evaluación simplificado. Si bien este último alberga una tramitación más ágil y con mecanismos más básicos de participación, obliga al órgano interno a llevar a cabo el examen del plan atendiendo a los impactos ambientales, sean o no significativos (13). El TJUE ha entendido que esta fórmula tan abierta propuesta por la Directiva no vulnera el Tratado de la Unión ni el Acta Europea, sino que el sometimiento a evaluación dependerá del análisis caso por caso realizado por las autoridades internas (14).

Con carácter general, los planes que produzcan un impacto o repercusión ambiental deben someterse al procedimiento ordinario o al simplificado. En ambos se recogen trámites de participación, aunque con ciertas diferencias, debidas a su grado de incidencia en los elementos del medio físico (15). En principio, requieren un procedimiento previo de evaluación ambiental estratégica ordinaria todos aquellos planes y programas que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental (16). El Plan cumple este requisito cuando contenga criterios o condicionantes, con respecto, entre otros, a la ubicación, las características, las dimensiones, o el funcionamiento de los proyectos o que establezcan, de forma específica e identificable, cómo se van a conceder las autorizaciones de los proyectos que pertenezcan a alguna de las categorías enumeradas en la legislación sobre evaluación de impacto ambiental de proyectos (17).

Incluso, la jurisprudencia ha entendido que las modificaciones parciales de planes, pese a no establecer el marco legal para autorizar proyectos que se sometan a evaluación de impacto, también deben ser evaluados desde la perspectiva ambiental (18). Son materias que se asocian a

(13) STS 4 de mayo de 2015, RJ/2015/2299, FD 4.º. Exige una justificación consistente en torno a la falta de necesidad de evaluación ambiental.

(14) STJUE 21 de diciembre de 2016, C-444/15, *Associazione Italia Nostra Onlus*, aps. 58-61.

(15) GARCÍA NIETO, MORALES, SOTO *et al.* (2015).

(16) RUIZ DE APODACA (2018).

(17) NIETO (2011).

(18) STS 8 de octubre de 2015, RJ/2015/5579, FD 5.º. En sus palabras, «El contenido material del planeamiento impugnado en la medida en que afectaba a la ordenación del territorio y usos del suelo determinaba, según lo expuesto con anterioridad, la presunción de que tenía efectos significativos sobre el medio ambiente y que por ello debía someterse necesariamente a EAE». En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 25 de febrero de 2015, JUR/2015/107412, FD 6.º. La autorización de proyectos sometidos a EIA presupone la necesidad de EAE del Plan Parcial. Por ejemplo, para la determinación de las zonas de desarrollo prioritario de parques eólicos la STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2013 (RJCA/2014/407), exigió evaluación ambiental estratégica (FD 4.º).

impactos ambientales las siguientes: agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo (19).

Aquella enumeración, establecida por la legislación estatal, no puede considerarse taxativa, ya que la legislación autonómica puede extender la evaluación a otros planes que, a juicio del órgano ambiental, puedan producir efectos significativos sobre el medio ambiente (20). Se extiende la evaluación ambiental a los planes que afecten a espacios con algún régimen de protección ambiental derivado de convenios internacionales o disposiciones normativas de carácter general dictadas en aplicación de la legislación básica sobre patrimonio natural y biodiversidad o de la legislación autonómica sobre conservación de la naturaleza (21). Incluso, se someten a evaluación ambiental las modificaciones parciales de los planes generales de ordenación que tuvieran por objeto la adaptación del mismo a planes de mayor rango, relativos a la ordenación del territorio (22).

Cuando los espacios objeto de la regulación del plan puedan afectar directa o indirectamente a un espacio de la Red Natura 2000, el plan se someterá a evaluación ambiental estratégica ordinaria, conforme a la regulación establecida en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Deben someterse al procedimiento de evaluación ambiental estratégica simplificada:

- a) Los planes y programas que establezcan el uso de zonas de reducido ámbito territorial (23).

(19) Art. 6.1 A) LEA.

(20) VERDÚ (2008).

(21) Esta excepción contradice lo que disponía el art. 7.3 de la Ley 9/2006 y corroborado por la jurisprudencia. Se exclúan de evaluación conjunta de impacto aquellos planes que tuvieran como finalidad la protección ambiental de un lugar concreto, por lo que los Planes Rectores de Uso y Gestión de Parques Naturales tampoco estarían sometidos a dicha evaluación (STS 30 de septiembre de 2014, RJ/2014/4862, FD 1.º).

(22) STS 6 de mayo de 2015, RJ/2015/3354, FD 10.º. En este caso, la EIA no fue completa porque faltaba el informe de la Dirección General de Biodiversidad y del Comité especializado de la Red Natura 2000 sobre la evaluación de las implicaciones en los objetivos de conservación. La modificación puntual puede entrañar desclasificaciones de suelos no urbanizables o la creación de nuevos sectores de urbanización, lo que requiere la evaluación ambiental (STS 6 de noviembre de 2013, RJ/2013/7944, FD 5.º). Al respecto, véase también la STS de 8 de octubre de 2015, RJ/2015/5579, FD 5.º. La modificación en la clasificación de suelos también fuerza a la evaluación ambiental estratégica o la cuantificación de vivienda, aunque sea una modificación puntual, o la reducción de zonas verdes, según la STS de 10 de marzo de 2015, RJ/2015/1966, FD 5.º.

(23) Por ejemplo, más de 150 hectáreas no se considera una superficie reducida y debe someterse a evaluación ambiental estratégica (STS 15 de noviembre de 2018, RJ/2018/5167, FD 8.º).

- b) Las modificaciones menores de planes y programas (24).
- c) Los planes y programas, y sus revisiones o modificaciones, en materias distintas a las señaladas anteriormente.

De acuerdo con la jurisprudencia, la aprobación de los planes de utilización de espacios portuarios también se somete a la evaluación ambiental previa, en tanto legitiman la implantación de unos usos estrictamente portuarios en los espacios de interés general. Podría sustituirse por la evaluación del plan urbanístico, pero si el plan conlleva una ampliación muy significativa del espacio portuario sobre terrenos ganados al mar mediante la ejecución de rellenos, debe llevarse a cabo la evaluación ambiental de este (25). Además, en la evaluación de los planes urbanísticos debe tomarse en consideración la normativa sobre espacios naturales protegidos o biodiversidad, especialmente si exige informes en torno a la afección específica a especies objeto de especial preservación (26). En cualquier caso, el órgano promotor del plan debe aportar una justificación sólida en torno a la falta de necesidad de evaluación ambiental (27).

La participación en los procedimientos de evaluación ambiental ordinaria y en la simplificada difieren, en tanto que en el ordinario se contempla la información pública, y cabe una consulta previa a las personas interesadas con motivo de la aprobación del documento de alcance (28). En el procedimiento simplificado se evacúa un trámite de consultas a las personas interesadas y a las administraciones afectadas. El trámite de información pública exige aplicar la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en su artículo 83. En él se le obliga a la Administración competente a publicar un anuncio en el boletín oficial que corresponda, a fin de que cualquier persona

(24) STS 20 de marzo de 2013, RJ 2013/4176, FD 4.º. En este caso, la construcción de un campo de golf afectaba a un espacio de especial protección no urbanizable y, aunque sea una modificación puntual, debe someterse a evaluación ambiental estratégica. Asimismo, véase STSJ Cataluña 25 de febrero de 2015, JUR/2015/107412, FD 6.º. Aunque se trate de la modificación de un plan parcial que tuviera por objeto desarrollar una modificación puntual del Plan General, debe someterse a evaluación ambiental estratégica, al margen de que se abrió la posibilidad de establecer actividades industriales sometidas a EIA. Asimismo, véase también STS de 27 de octubre de 2016, RJ/2016/5585, FD 2.º, para la modificación puntual o menor de las normas subsidiarias municipales.

(25) STS 18 de octubre de 2016, RJ/2016/5323, FD 7.º. Al existir una modificación y ampliación de los espacios destinados a muelles, la evaluación ambiental es indispensable. STSJ Cataluña de 7 de junio de 2016, JUR/2016/214578, FD 11.º

(26) STS 6 de mayo de 2015, RJ/2015/3354, FD 7.º.

(27) STS 7 de abril de 2015, RJ/2015/1971, FD 3.º.

(28) GARCÍA URETA (2014).

pueda examinar el expediente (29). En el procedimiento simplificado, al no preverse la elaboración del documento de alcance, la participación se habilita ante el órgano ambiental y una vez redactado el documento ambiental estratégico (30).

B. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS Y DIFERENTES TRÁMITES DE PARTICIPACIÓN

Cabe distinguir dos tipos de procedimientos: uno, el que se refiere a la evaluación estratégica ordinaria, y el otro relativo a la evaluación estratégica simplificada. El fundamento de la distinción, tal y como sucede con los proyectos, estriba en el menor impacto que conlleva la aprobación de determinados planes, programas o sus modificaciones. Una vez identificados los planes, se analizará el trámite de participación que prevé la Ley para cada uno de ellos.

a) *Planes sometidos a evaluación ordinaria*

El procedimiento de participación en estos planes puede albergar dos vertientes: una, la que abarca el documento de alcance; y, dos, el trámite de información pública y de consulta a las administraciones afectadas y a las personas interesadas.

Empezando por el primero, debe señalarse que el procedimiento se sustancia ante el órgano sustantivo, de manera que, una vez que el promotor presente la solicitud de inicio de evaluación ambiental estratégica, acompañada del borrador del plan o programa y de un documento inicial estratégico, el órgano sustantivo remitirá al órgano ambiental la solicitud de inicio y los documentos que la deben acompañar. Así, el ambiental puede decidir en torno a si el proyecto resulta o no admisible o viable desde una perspectiva ambiental o puede incluso no admitir la solicitud porque el documento inicial estratégico no reúne las condiciones de calidad suficientes (31). Posteriormente, el órgano ambiental, antes de elaborar el documento de alcance, debe consultar a las personas interesadas o a las administraciones afectadas (32). En cuanto al trámite de participa-

(29) También puede publicarse en la sede electrónica de la Administración actuante y se les otorgará a las personas que lo crean conveniente el derecho a presentar alegaciones, así como a recibir respuesta razonada a las mismas. En un análisis posterior se profundizará algo más en la incoherencia de este régimen diferenciado, especialmente desde la perspectiva de una participación efectiva.

(30) Art. 30 LEA.

(31) Art. 18.4 LEA.

(32) LOZANO CUTANDA (2013).

ción, en esta fase se incluye la posibilidad de que el público interesado presente alegaciones en el plazo de un mes. Elaborado el documento de referencia o de alcance estratégico, el promotor debe redactar una propuesta de Estudio Ambiental Estratégico y someterlo a información pública (33).

Tras la elaboración del documento de alcance estratégico, el órgano sustantivo debe llevar a cabo dos trámites: uno, el de información pública, y otro el relativo a las consultas a las administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas. En cuanto al primero, aquel órgano debe poner a disposición del público la versión inicial del plan o programa, acompañado del estudio ambiental estratégico. Eso significa que ha de publicar un anuncio en el diario oficial correspondiente y, en su caso, en la sede electrónica de la Administración actuante. Esa información debe incluir un resumen no técnico del estudio ambiental estratégico y el órgano sustantivo debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la documentación que debe someterse a información pública tenga la máxima difusión entre el público, utilizando los medios de comunicación y, preferentemente, los medios electrónicos (34).

Este trámite merece cierta crítica, debido a que, como se aprecia, no incorpora algunos deberes y requisitos que se establecen, tanto para el trámite de información pública según la LPAC como para el Convenio de Aarhus o la Directiva comunitaria (35). Para empezar, en el anuncio de información pública debería figurar la posibilidad de acceder a la información suficiente para garantizar la participación, como el documento de alcance y no solamente un resumen no técnico del estudio ambiental estratégico, es decir, debería reconocerse el derecho a acceder al expediente, como sucede en cualquier trámite de información pública (36). Resulta algo decepcionante que en las decisiones de mayor calado y que afectan al desarrollo estratégico de un territorio no se les obligue a las autoridades públicas a publicar información relacionada con el procedimiento de participación y con el derecho de acceso a la información (37). Asimismo, tampoco se respeta el Convenio de Aarhus respecto al plazo razonable para informarse adecuadamente y, en consecuencia, defender las posiciones o alegaciones en el procedimiento (38).

(33) LOMO CASANUEVA (2017).

(34) Art. 21.2, 3 y 4 LEA.

(35) LASAGABASTER (2005).

(36) CHINCHILLA PEINADO (2017).

(37) AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, «Public participation: contributing to better water management Experiences from eight case studies across Europe», Informe 3/2014, pág. 38.

(38) CHINCHILLA PEINADO (2017 bis). Asimismo, SALAZAR (2019).

Al tratarse de un trámite de información pública, además de permitir la participación del público en general y acceder al expediente, el órgano sustantivo o, en su caso, el promotor en el estudio ambiental estratégico, deben dar respuesta motivada a las alegaciones planteadas, cumpliéndose así el requisito de participación efectiva (39). El problema, en ocasiones, es que se presenta una cantidad ingente de alegaciones y es muy difícil responder todas ellas o a una buena parte de ellas, por lo que alguna sentencia ha validado la posibilidad de que el promotor seleccione aquellas que resultan más relevantes para el proyecto o plan en cuestión (40).

Pese a que algún pronunciamiento ha entendido que son suficientes las apreciaciones ampliamente justificadas por la Administración, sin que hayan sido desvirtuadas por las personas que han presentado alegaciones (41), se requiere una motivación expresa de la Administración que permita justificar dichas respuestas. Acerca de este particular, se entiende que la declaración ambiental estratégica debe publicarse incluyendo en ella los resultados del proceso participativo.

b) *Garantías escasas para recabar información*

A pesar de todo, queda una grave laguna que deben cubrir las comunidades autónomas para el procedimiento de evaluación ambiental estratégica: los deberes de información que el Convenio de Aarhus o la LEA imponen a las autoridades públicas para el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos. Esa información acerca de los derechos que les corresponden a las personas, en relación con el acceso a la información y la participación, las modalidades de participación, los plazos, el órgano ante el que pueden participar y las listas donde puede encontrarse dicha información, facilitarían sobremanera la participación del público y permitirían ejercer de un modo más efectivo sus derechos y plantear alternativas igualmente viables (42). En la actualidad, estas omisiones probablemente desincentivan la participación del público y lo alejan de los procesos de toma de decisión, a la par que se sustrae al plan de la necesaria legitimidad democrática (43). Por otra parte, no se comprende el fundamento de la distinción entre el régimen aplicable a los

(39) Art. 83.3 LPAC.

(40) STS de 11 de diciembre de 2019, RJ/2019/928, FD 3.º.

(41) STS de 20 de enero de 2017, RJ/2017/630, FD 8.º.

(42) SALOMONS y HOBERG (2014).

(43) Según HEILAND (2005), sin la participación de los grupos sociales y de los actores relevantes, el grado de aceptación del plan será mucho peor.

proyectos y aquel que corresponde a los planes, sobre todo teniendo en cuenta la función habilitadora de estos en la autorización de los proyectos(44).

El órgano sustantivo también ha de someter el estudio ambiental estratégico a consultas a las personas interesadas y a las administraciones públicas afectadas. Esta consulta podrá realizarse por medios convencionales, electrónicos o cualesquiera otros, siempre que se acredite la realización de la misma. Las administraciones públicas afectadas y las personas interesadas disponen de un plazo para emitir los informes y alegaciones que estimen pertinentes(45). Como se aprecia, tampoco se especifica qué información debe poner a su disposición el órgano sustantivo ni qué deberes le corresponden en materia de participación, por lo que procede remitirse a párrafos anteriores en que se ha desarrollado esta cuestión.

Además, no debe olvidarse que no deja de tratarse de un trámite de información pública y que, por ello, debe aplicarse, como se ha comentado anteriormente, el artículo 83 LPAC, lo que incluye permitir a cualquier persona acceder, no solo al estudio ambiental estratégico o al borrador del plan, sino también a cualquier informe presentado por diferentes administraciones u órganos afectados. Así es como debe entenderse el derecho de acceso al expediente completo del procedimiento. Todo ello pese a que el TJUE ya señaló en su momento que «el público interesado deberá poder consultar toda la información que revista un interés para un proceso de toma de decisiones relativo a la autorización de actividades contempladas en el anexo I del citado Convenio [Aarhus]». Aun así, parece que el mismo Tribunal permite acceder a la información ambiental en vía de recurso, lo que no deja de ser una carga adicional a personas interesadas o a cualquier persona que solicita información(46).

El problema en estos casos estriba en que el público que participa no siempre está en disposición de conocer y comprender toda la información que puede figurar en el expediente que se envía al órgano ambiental(47). Además, no se establece un periodo de audiencia previo al momento en que el órgano ambiental elabore la Declaración Ambiental Estratégica(48). Así, antes de que el órgano ambiental elabore este do-

(44) DE LA VARGA PASTOR (2017) critica en ese aspecto la falta de ambición de la LEA en aspectos relativos a la participación y acceso a la información del público.

(45) RAZQUIN (2016).

(46) STJUE de 15 de enero de 2013, C-416/10, *Krizan*, aps. 77 y 110.

(47) RAMASUBRAMANIAN (2010).

(48) Así sucede en el procedimiento de evaluación ambiental de proyectos (art. 40.5 LEA). Con arreglo al mismo, «Si el órgano ambiental considera necesario que las Administraciones Públicas afectadas y las personas interesadas se pronuncien sobre la nueva información recibida en virtud de

cumento, sería conveniente que, al menos, todas las personas que han participado o las administraciones pudieran consultar el expediente y formarse una opinión más completa para presentar las alegaciones finales.

c) *Planes sometidos al procedimiento de evaluación ambiental simplificada*

Se someten al procedimiento de evaluación ambiental simplificada las modificaciones menores de los planes y programas mencionados anteriormente; los planes y programas sujetos a evaluación ordinaria que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión; y, por último, los demás planes y programas que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos, es decir, que versen sobre las materias contempladas en ese artículo (art. 6 LEA).

La diferencia respecto al procedimiento ordinario estriba en que ya no se establece un trámite de información pública, sino uno de consultas a personas interesadas y administraciones afectadas ante el órgano ambiental (49). Al margen de ello, al no existir documento de alcance, tampoco se adelanta el proceso participativo, al menos para las personas interesadas. Estas ya analizan directamente el documento ambiental estratégico y el borrador del plan o programa. Además, en este procedimiento simplificado no debe olvidarse que la Ley vasca, por ejemplo, establece la posibilidad de que cualquier persona presente alegaciones (50). El problema práctico radica en que, salvo que se trate de personas interesadas, no podrían conocer la existencia del borrador del plan o la modificación por no imponerse la obligatoriedad del trámite de información pública.

2. Participación en planes sujetos a la LAIPJ

La LAIPAJ obliga a las autoridades u órganos sustantivos que tramitan los procedimientos a publicar determinada información, cuando se trate de planes relativos a residuos, envases y residuos de envases, nitra-

los apartados 3 y 4, requerirá al órgano sustantivo para que realice una nueva consulta a las Administraciones Públicas afectadas y a las personas interesadas, que deberán pronunciarse en el plazo máximo de treinta días hábiles desde la recepción de la documentación, quedando suspendido el plazo para la formulación de la declaración de impacto ambiental».

(49) Art. 30.1 y 2 LEA.

(50) Art. 3.4 Ley 3/1998, del Parlamento vasco, de Protección General del Medio Ambiente.

tos, pilas y acumuladores, calidad del aire y otros que establezca la normativa autonómica (51). Además, esa misma Ley establece que las garantías en materia de participación no sustituyen en ningún caso a cualquier otra disposición que amplíe los derechos reconocidos en la Ley (52). En parecidos términos, el Convenio de Aarhus dispone que «las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán el derecho de las Partes a seguir aplicando o a adoptar, en lugar de las medidas previstas por el Convenio, medidas que garanticen un acceso más amplio a la información, una mayor participación del público en la toma de decisiones y un acceso más amplio a la justicia en materia medioambiental» (53).

Estos planes, en principio, se someten a la LAIPAJ, que sirve como punto de referencia, venido a menos como consecuencia de la aprobación de normas, como la Ley 21/2013 de evaluación ambiental y las subsiguientes autonómicas, dictadas al rebufo de la misma. Con arreglo al Convenio de Aarhus, «cada Parte adoptará disposiciones prácticas u otras disposiciones necesarias para que el público participe en la elaboración de los planes y programas relativos al medio ambiente en un marco transparente y equitativo, tras haberle facilitado las informaciones necesarias. En este marco se aplicarán los apartados 3, 4 y 8 del artículo 6» (54).

El mismo Convenio establece que las autoridades públicas deben conceder un tiempo suficiente al público que participe para obtener información y participe efectivamente en los trabajos a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia medioambiental (55). Asimismo, las autoridades deben adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las opciones y soluciones sean aun posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real. Por último, se les obliga a las autoridades a responder de forma razonada las alegaciones que se le planteen en el proceso participativo, es decir, se tomen debidamente en consideración los resultados del procedimiento de participación del público (56).

Pese a que tanto la Directiva 2003/35 como el Convenio de Aarhus no distinguían entre tipos de planes o materias a las que afectan los mismos, la LAIPAJ establece que la elaboración, aprobación, modificación y revisión de determinados planes se someterá a los requisitos que re-

(51) Art. 17.1 LAIPAJ.

(52) Art. 16.3 LAIPAJ.

(53) Art. 3.5 Convenio de Aarhus.

(54) Art. 7 Convenio de Aarhus.

(55) Art. 6.3, 4 y 5 Convenio de Aarhus.

(56) SANZ LARRUGA (2016).

coge esa misma Ley y que coinciden en lo sustancial con lo dispuesto por el Convenio de *Aarhus* y la Directiva (57). En concreto, son los planes y programas que versen sobre residuos, pilas y acumuladores, nitratos, envases y residuos de envases, calidad del aire y aquellas otras que establezca la normativa autonómica (58). Ahora bien, si todos aquellos planes también se someten a la legislación sobre evaluación ambiental estratégica, por tratarse de gestión de residuos o de materias vinculadas a industria, cabe interrogarse en torno a qué normas deben aplicarse en materia de participación. Piénsese que la LAIPAJ excluye de su ámbito de aplicación los planes sometidos a evaluación ambiental estratégica (59). Carece de sentido distinguir la normativa aplicable, pese a que necesitarán someterse a evaluación ambiental estratégica y que es posible que se duplique el procedimiento de participación con diferentes garantías y derechos reconocidos (60).

Resulta llamativo que las garantías en materia de participación, contempladas en la normativa sobre evaluación ambiental, no incluyan explícitamente algunos deberes, sobre todo en materia de información o publicidad activa, que sí se prevén en la LAIPAJ, como la participación temprana o la obligatoriedad de publicar información relativa a la modalidad de participación o información específica para participar. Por ejemplo, la LEA prevé un trámite de consultas solo a las personas interesadas en la fase de elaboración del documento de alcance estratégico. La LAIPAJ, en cambio, se refiere al término «público» para identificar el sujeto activo de la participación, lo que significa no restringirlo a las personas interesadas, por una parte, ni limitarlo a su participación en una fase temprana del procedimiento, cual es la que se refiere a la redacción del documento de alcance (61). Asimismo, el trámite de información pública no especifica los derechos ni la información «relativa al derecho a la participación en los procesos decisorios», que sí contiene la LAIPAJ (62).

Recuérdese que el Convenio de *Aarhus* se refiere a un tiempo suficiente para informarse y participar, y la Directiva 2003/35 contempla el deber de facilitar por la autoridad pública la información necesaria para lograr una participación efectiva, como la que se refiere al derecho a la

(57) Art. 16 LAIPAJ.

(58) Art. 17 LAIPAJ.

(59) Art. 17.2 LAIPAJ.

(60) RUIZ DE APODACA (2018).

(61) GARCÍA URETA (2014).

(62) STS 20 de enero de 2017, RJ 2017/630, FD 4.º. No aprecia necesario el trámite de información pública en caso de que el Plan contemple exigencias o requisitos ya previstos en la legislación autonómica, como la declaración de un uso incompatible del suelo.

participación en los procesos decisorios y en relación con la autoridad competente a la que se puedan presentar comentarios o formular preguntas(63). Aquel Convenio impone a las autoridades públicas el deber de informar sobre cuestiones muy específicas, vinculadas al procedimiento de toma de decisiones, como el procedimiento, las posibilidades de participar en el mismo o la indicación de la información medioambiental relevante, entre otras(64). ¿Acaso no resulta aplicable el Convenio de *Aarhus* a los procedimientos o toma de decisiones para la aprobación de planes relacionados con el medio ambiente? Ese texto permite que el Derecho interno introduzca una regulación específica para la autorización de determinadas actividades, pero no cuando la toma de decisiones se refiera a la aprobación de planes y programas. En este último caso deben aplicarse las garantías en materia de participación recogidas en el Instrumento Internacional, especialmente los deberes de publicidad activa mencionados.

3. Participación en planes no sometidos a evaluación ambiental ni a la legislación sobre participación en materia ambiental

En caso de que aquellos planes no se sometan a evaluación ambiental estratégica por no ajustarse a los requisitos del art. 6 LEA o a los contemplados en las normas autonómicas, y su procedimiento de aprobación se sujete a normas sobre participación del público, como puede ser un trámite previo de información pública o la presentación de alegaciones por las personas interesadas, la Administración no debe ignorar el hecho de que, si afectan al medio ambiente, han de respetar una serie de deberes, sobre todo de tipo informativo, como la explicación del procedimiento, sus normas, las modalidades de participación y el proyecto de plan o programa que va a aprobarse.

Preocupa el hecho de que puedan aprobarse planes que no reúnan las condiciones siquiera para ser evaluados conforme al procedimiento simplificado de evaluación ambiental o, al menos, que puedan presentarse como exentos, porque no pueden ubicarse entre las materias señaladas anteriormente, o porque no sirven como marco para la autorización de proyectos. Preocupa porque, aun teniendo repercusiones ambientales, no se evalúen esos impactos.

(63) Art. 2.2 a) Directiva 2003/35, del Parlamento y del Consejo de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

(64) Art. 6.2 Convenio 25 de junio de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Debe entenderse que la enumeración de materias a las que pueden referirse los planes tiene un carácter enunciativo y no taxativo, de forma que también la interpretación del sentido de cada una de esas materias debe efectuarse de una manera extensiva. En cualquier caso, si pueden tener una incidencia ambiental, por muy escasa que fuera, ni la Directiva 2003/35 ni el Convenio de *Aarhus* limitan las materias y obligan a respetar sus requisitos.

La Directiva 2001/42 ha contemplado la posibilidad de que existan planes no sometidos a evaluación ambiental estratégica, al señalar que las autoridades públicas pueden examinar caso por caso si procede la evaluación ambiental en función de si puede o no tener ese proyecto efectos significativos para el medio ambiente y que, de no estimar necesaria la evaluación ambiental, se publicará la decisión motivándola convenientemente(65). Asimismo, no se olvide que la LAIPAJ también establece una serie de planes a los que no se aplica su normativa, sino que hace una remisión a su legislación específica, que es lo que sucede, por ejemplo, en materia de defensa nacional, protección civil en casos de emergencia o, incluso, la planificación hidrológica. En la reciente normativa vasca sobre aprobación de planes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, también se excluyen de la evaluación ambiental determinados planes(66).

Puede tratarse de planes de carácter económico, cultural, social, o ligados a políticas públicas en esos ámbitos(67). En cualquier caso, la legislación medioambiental siempre puede trazar una cierta orientación en torno a los planes que pueden revestir algún tipo de impacto ambiental. Alguna sentencia del TS ha resuelto que las directrices que constituyen orientaciones para la planificación y gestión de los espacios, no tiene naturaleza normativa y, por tanto, no debe seguir el procedimiento de participación que prevé la legislación para la elaboración y aprobación de planes(68).

Siguiendo las pautas jurisprudenciales, se excluye de la evaluación ambiental y de cualquier procedimiento de participación en materia am-

(65) Art. 3.5 Directiva 2001/42.

(66) Art. 6.2 Decreto 46/2020, de 24 de marzo, del Gobierno vasco, de regulación de los procedimientos de aprobación de los planes de ordenación del territorio y de los instrumentos de ordenación urbanística. Los estudios de detalle; las ordenanzas de edificación o de urbanización, así como los catálogos de protección del patrimonio arquitectónico y urbanístico en cuanto que no constituyen planes de acuerdo a la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, no se hallarán sometidos al procedimiento de evaluación ambiental estratégica que resulta, además, innecesaria dada la escasa entidad y la nula capacidad innovadora de los mismos desde el punto de vista de la ordenación urbanística.

(67) STSJ de Murcia de 4 de noviembre de 2013, RJCA 2014/103. Se trataba de un procedimiento para otorgar aval a la concesionaria del aeropuerto de la Región de Murcia. No se considera que tiene relación con el medio ambiente, al tratarse de medidas económico-administrativas.

(68) STS 5 de septiembre de 2013, RJ/2013/9809, FD 3.º.

biental, el procedimiento para aprobar los estatutos reguladores de los órganos de gestión y participación del consorcio interautonómico para la gestión coordinada de parques naturales, al tratarse de cuestiones organizativas y de funcionamiento, no sustantivas o decisivas respecto a la incidencia ambiental (69). No obstante, ni el Convenio de *Aarhus* ni la Directiva 2003/35 o la LAIPAJ distinguen entre normas reglamentarias e indicaciones u otro tipo de *soft law*. Incluso, aquella Ley sí distingue entre los planes y programas y las normas, pero el carácter vinculante o normativo del plan no debería constituir una causa de exención para llevar a cabo la evaluación ambiental. De hecho, buena parte de esos criterios interpretativos sirve como argumentación jurídico-técnica para una regulación posterior o para autorizar o habilitar a determinados tipos de actividades.

Para finalizar, el TJUE ha exigido someter a evaluación ambiental los planes que desarrollan o concretan otros planes, llamados directores, de mayor rango, pese a que estos en su momento no se sometieron a evaluación ambiental (70). Asimismo, ha declarado que las actividades ya autorizadas o en funcionamiento pueden habilitarse conforme a los planes y la legislación vigentes, pero deben someterse a la legislación sobre evaluación de impacto ambiental (71).

IV. El problema de los sujetos con derecho a participación

La LAIPAJ regula qué personas están facultadas para participar en los procedimientos relacionados con la aprobación de planes en materia medioambiental. Así, según el art. 22 de la LAIPJ, además de las personas interesadas conforme al art. 4.1 LPAC, las siguientes entidades, con naturaleza de personas jurídicas, pueden participar en los procedimientos (72):

- a) Asociaciones sin ánimo de lucro.
- b) Deben tener, entre los fines acreditados en sus estatutos, la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular.

(69) SSTSJ de Cantabria, de 20 de abril de 2012, RJCA 2012/769, FD 3.º de Castilla y León de 7 de marzo de 2012, RJCA 2012/554, FD 4.º, que versan sobre la misma materia.

(70) STJUE 10 de septiembre de 2015, C-473/14, *Kropias*, aps. 58 y 59.

(71) STJUE 9 de abril de 2014, C-225/13, *D'Ottignies-Louvain-La-Neuve* et. al., aps. 36 y 37.

(72) Esta interpretación se deriva de la aplicación conjunta de una doble remisión: una, la que opera el art. 16.2 LPAIJ al art. 2.2 de la misma Ley, que prevé los requisitos para ser público interesado; la otra, la que hace el art. 2.2 LPAIJ al art. 23 de esa misma Ley, que es el que se transcribe en el texto.

- c) Deben haberse constituido legalmente, al menos, dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos.
- d) Que, según sus estatutos, desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación o, en su caso, omisión administrativa.

En la legislación autonómica vasca, por ejemplo, en los procedimientos en que sea competente la CAV, «todas las personas tienen el derecho a participar, directamente o a través de asociaciones de defensa ambiental, en los términos que establezcan las normas, en las decisiones de protección ambiental» (73). Si bien algunos autores se han pronunciado en el sentido de considerar ese art. 23 como norma básica (74), lo cierto es que tanto el Convenio de Aarhus (75) como la LAIPAJ, en su art. 16.3, permiten que se establezca un régimen que conceda más derechos o amplíe la esfera jurídica de las personas. Asimismo, carece de sentido permitir la participación del público en general y luego no dotarle de los instrumentos para oponerse en vía administrativa o judicial a la misma (76). La jurisprudencia ha estimado que las mismas asociaciones sin ánimo de lucro que cumplan los requisitos del art. 23 LAIPAJ se personen como interesados en los procedimientos sancionadores (77). Algunos autores las han calificado como el auténtico puente entre los intereses internos y la protección internacional ambiental (78).

La clave en la resolución de esta controversia gira en torno al carácter básico o no de la norma que permite o impide participar. Si se considera una cuestión vinculada al procedimiento para adoptar la decisión, puede enmarcarse en la atribución competencial relativa al desarrollo legislativo o a la ejecución. Ahora bien, si la participación del público se anudara a la regulación sustantiva, debería reputarse como una compe-

(73) Art. 3.3 LMA.

(74) RAZQUIN y RUIZ DE APODACA (2007).

(75) Art. 3.5 Convenio de Aarhus.

(76) RAMASUBRAMANIAN (2010) entiende que resulta fundamental reunir a aquellos grupos que más pueden aportar en el proceso de participación, sobre todo para conocer los problemas concretos que debe resolver la planificación.

(77) STS 18 de marzo de 2015, RJ/2017/4161, FD 7.º. Así expone su razonamiento la Sala 3.ª TS: «La especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de los mismos».

(78) WANG, Cao, YUNG *et al.* (2020).

tencia para aprobar la legislación básica. Desde nuestro punto de vista, debe entenderse como un requisito para participar en un procedimiento y, por tanto, vinculado a los trámites del mismo, es decir, un aspecto formal que puede servir para la aplicación de la normativa material. Además, esta ampliación del ámbito subjetivo para la participación reviste una mayor protección de los derechos y, tanto la LAIPJ como el Convenio de Aarhus se inclinan por aplicar de forma preferente las normas más garantistas (79).

En los procedimientos cuyos planes se someten a evaluación ambiental estratégica, el debate parece haber concluido, al implantarse el trámite de información pública que no restringe el ámbito subjetivo del derecho a participar e, incluso, a acceder al expediente. El mismo Decreto vasco también establece dicho trámite, lo que resulta coherente con lo dispuesto en la LMA (80). Al aplicarse esta legislación específica, no cabe duda de que en ese tipo de procedimientos la Administración no tiene que llevar a cabo una elección previa de los sujetos con derecho a participar.

V. La legislación común y sectorial en materia de participación: el criterio de la especialidad

Las comunidades autónomas e, incluso, los municipios han aprobado normativas propias en materia de acceso a la información o participación, más allá de la legislación ambiental. La cuestión es que muchas de estas normas recogen trámites o modalidades de participación que no coinciden exactamente con la información pública y de la que se desprenden mayores garantías y derechos para las personas. En Andalucía, por ejemplo, se prevén procesos como la deliberación participativa, las consultas populares o la participación en el seguimiento y evaluación de políticas públicas. En cualquier caso, el órgano competente debe adoptar previamente un acuerdo básico participativo, en el que se indica la modalidad de participación y las vías de información de la apertura y desarrollo del proceso (81). En la Comunidad valenciana se admite la implantación de diferentes procedimientos por parte de la entidad local, incluidas la iniciativa y consulta popular local (82).

(79) Art. 16.3 LAIPJ y 3.5 Convenio de Aarhus.

(80) Art. 21.2 LEA y art. 12 Decreto 211/2012, de 16 de octubre, del Gobierno vasco.

(81) Arts. 18-21 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre de Participación Ciudadana de Andalucía. Se incluyen mecanismos de participación digital y convenios con asociaciones para fomentar la participación. Se les insta a los municipios a aprobar sus propias normas de participación ciudadana.

(82) Arts. 142 y 143 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana.

En la legislación canaria las administraciones deben garantizar a la ciudadanía el derecho a conocer todos los aspectos del procedimiento, así como las iniciativas de actuación pública, al margen de orientar acerca de los requisitos jurídicos que las legislaciones impongan a los proyectos(83). La legislación catalana reconoce garantías y derechos vinculados al gobierno abierto, especialmente para la propuesta de sugerencias y el acceso a la información relativa a proyectos de disposiciones(84). En Baleares, la ciudadanía tiene derecho a ser informada de los datos que tenga el Ayuntamiento sobre las condiciones ambientales del término municipal(85). En la Comunidad Foral de Navarra, una norma regula las consultas populares en el ámbito local, en la que se explica detalladamente el desarrollo del proceso comenzando por la información(86). En el País Vasco los procesos de deliberación participativa en las entidades locales permiten escuchar y exponer las motivaciones o argumentos en un debate público integrado en un proceso de decisión, previo acuerdo sobre la metodología correspondiente a cada proceso(87).

Las modalidades de participación conforme a la normativa local, por ejemplo, encuentran límites derivados de esa propia legislación básica en materia de régimen local, especialmente la relativa a la celebración de consultas en torno a competencias limítrofes de los municipios con las estatales(88).

En principio, podría aplicarse la regla de la especialidad, según la cual, la legislación ambiental rige con preferencia respecto al resto de la legislación si el plan produce efectos ambientales. Sin embargo, al integrarse los procedimientos para aprobar el plan con las garantías de participa-

(83) Art. 5.5 Ley 5/2010, de 21 de junio, de Fomento de la Participación Ciudadana en Canarias. Se reconoce el derecho de audiencia a cualquier persona que lo solicite (art. 8), al margen de los procesos participativos que incluyen consultas al público (arts. 18 y 20). En la Ley municipal se prevén los consejos de participación ciudadana que se compone de las entidades privadas que operan en el municipio. Al respecto, véase también el art. 74 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

(84) Arts. 67-70 Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña. En el ámbito local, en esa misma Comunidad Autónoma, puede citarse, respecto al acceso a la información, el art. 154 del Real Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña.

(85) Art. 118.4 Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Islas Baleares.

(86) Arts. 6-10 Ley Foral 27/2002, de 28 de octubre, de Consultas Populares de Ámbito Local de Navarra. En Cataluña, véase arts. 36 y ss. la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de Consultas Populares por Referéndum de Cataluña, en lo que se refiere al ámbito local.

(87) Art. 75.1 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

(88) STS de 19 de noviembre de 2014, RJ/2014/694, FD 3.º. Se trataba de decidir en torno a la implantación de instalaciones para la extracción de gas esquisto mediante la técnica de fracturación hidráulica. La competencia estatal en materia de hidrocarburos o sobre la planificación de la actividad económica general impiden circunscribirla en las atribuciones locales. *Vid.* EZEIZABARRENA (2015).

ción en materia de medio ambiente, se suscita el problema relativo a qué norma aplicar: la legislación en materia de gobernanza o participación, o la normativa ambiental que también regula estas cuestiones. Piénsese que en algunas de estas legislaciones puede preverse un procedimiento netamente distinto al que propone la LAIPAJ, como la celebración de audiencias públicas, consultas directas o encuestas. Conviene recordar, en cualquier caso, que el Tribunal Constitucional ha limitado el poder de convocar consultas por las comunidades autónomas, por tratarse de proyectos en que de un modo u otro pudieran estar implicadas competencias estatales (89).

A eso cabe añadir que las normas que regulan los procedimientos para aprobar planes en determinados sectores pueden incorporar otros trámites o garantías más avanzadas en materia de participación (90). Así, en materia urbanística, se implantó en la Comunidad Autónoma vasca la obligatoriedad de aprobar los programas de participación antes de iniciar el proceso de participación (91). Estos sirven como hoja de ruta o como metodología que indica los pasos a seguir durante el proceso participativo, al margen de que aclara y precisa los derechos y garantías de que dispone la ciudadanía para exponer sus observaciones (92). El momento en que se elabora reviste cierta relevancia, al redactarse cuando todas las posibilidades se hallen abiertas y además en fases tempranas, a fin de que la ciudadanía pueda organizarse y promover sus pretensiones de forma más eficaz (93).

La LAIPAJ prevé expresamente que «lo previsto en este artículo no sustituye en ningún caso cualquier otra disposición que amplíe los derechos reconocidos en esta Ley» (94). Eso significa que debería aplicarse con preferencia cualquier tipo de normativa aplicable que dote de más garantías y derechos a las personas, más allá de que el plan afecte más o menos al medio ambiente. De todos modos, esa cláusula destila bastante indefinición en torno a la norma aplicable y a qué se entiende por norma que dote de más garantías y derechos.

(89) STC 147/2015, FJ 4.º. Se refiere a la consulta propuesta en Canarias con motivo de los proyectos de extracciones petrolíferas en la costa. Se anuló la consulta, pese a que la preguntaba versaba en torno al modelo ambiental de las islas. Objeto de crítica también por Ezeizabarrena (2015).

(90) JADOT (2005).

(91) Art. 110 Ley 2/2006.

(92) Agencia Europea del Medio Ambiente, *Public participation: contributing to better water management experiences from eight case studies across Europe*, Informe 3/2014, pág. 36. Destaca la importancia de establecer un calendario, unos pasos y las actividades concretas dentro de la metodología del procedimiento.

(93) Véase también el art. 6.4 Ley 4/2017, de 13 de julio, de los Espacios Naturales protegidos de Canarias.

(94) Art. 16.3 LAIPAJ.

La LAIPAJ opera como un estándar mínimo en cuanto al reconocimiento de derechos, dejando las cuestiones de procedimiento o formales en manos de la regulación sectorial correspondiente. Al tratarse de normas sectoriales, por ejemplo, en materia urbanística, aguas, ordenación del territorio, turismo, etc., pueden ofrecer determinados pasos o señalar la metodología, pero si la legislación autonómica o los entes locales han contemplado más derechos o garantías, todos ellos pueden ser ejercidos por las personas que participen en el correspondiente procedimiento de elaboración y aprobación del plan (95). Otra cuestión es la que se refiere a la necesidad de evaluación ambiental estratégica y cómo se integra el procedimiento de evaluación ambiental estratégica en el previsto en la legislación sectorial o en las normas sobre gobernanza autonómicas o locales. Piénsese que, como se ha comentado anteriormente, se ha extendido la obligatoriedad de evaluación ambiental a muchos planes con reducidas afecciones al medio ambiente.

VI. Integración de los procedimientos de evaluación ambiental estratégica con los sectoriales y los de participación general

Por un lado, la evaluación estratégica también se somete a la legislación autonómica, que puede introducir normas adicionales de protección (96). Por otro, el Convenio de *Aarhus* establece unas determinadas garantías para las normas y planes que vayan a aprobarse y que no coincidan exactamente con lo previsto en las normas sobre evaluación ambiental. Aquel Instrumento deja abiertas las opciones en cuanto a la metodología o a las modalidades de participación.

La doctrina en materia de participación ambiental se inclina en los últimos tiempos por las metodologías integradas que faciliten la interacción entre disciplinas y, especialmente, la complementariedad entre la vertiente científica y la perspectiva más social. Los procesos clásicos, consistentes en presentar alegaciones, deben ceder a las audiencias o los encuentros entre científicos, asociaciones vecinales y asociaciones ambientales (97).

Si en el procedimiento previsto en la legislación sectorial se establecen más garantías o trámites distintos a los de la LEA, entonces, en virtud

(95) Según HEILAND (2005), al no establecerse en la normativa europea una pauta común o una metodología, las diferentes legislaciones otorgan un peso mayor o menor a aspectos como la información, la modalidad de participación, el momento en que se participa o el tipo de agentes que participa.

(96) Art. 10.1 Ley 7/2007, de 9 de julio, de la Calidad Ambiental de Andalucía. La Administración autonómica debe garantizar el acceso a la información a través de la Red de Información Ambiental. Al respecto, se señaló el reconocimiento de la acción pública en el País Vasco.

(97) WELP, KASEMIR y JAEGER (2008).

del Convenio de *Aarhus*, deberían integrarse. No se aplica con preferencia la legislación ambiental, sino que debe articularse con la normativa sectorial que otorga más garantías. Esto sucede en materia urbanística en el País Vasco con los programas de participación (98). La doctrina denunció que, en el caso de los planes urbanísticos, la atracción hacia el procedimiento de evaluación ambiental no siempre se ajusta a las características cualitativas de estos planes, lo que es significativo en el caso de los programas de participación que aplican muchos municipios en materia urbanística (99). Eso significa que se antoja necesaria una articulación que sea acorde con el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/35.

La integración debe ajustarse al principio de participación temprana, ofreciendo información y posibilidades de participación antes de la aprobación provisional. Asimismo, todas las posibilidades deben estar abiertas. En la legislación de Cantabria, tanto el borrador del Plan como el estudio ambiental estratégico se someten a información pública, lo que confirma el criterio establecido en la LEA (100). La Ley manchega reconoce que deben establecerse, para tal integración de trámites participativos, los mecanismos de coordinación que se juzguen oportunos entre los distintos órganos competentes y exige la redacción técnica del plan urbanístico para que sea sometido a información pública (101). En Cataluña, el periodo de consultas e información pública debe permitir la consulta de una versión preliminar del plan o programa (102).

Asimismo, ya se advirtió anteriormente que la regulación en materia de evaluación ambiental estratégica no se ajusta al Convenio de *Aarhus* en lo relativo a la puesta a disposición del público de la información indispensable para ejercer el derecho de participación. La normativa vasca reguladora de los procedimientos para la aprobación de planes urbanísticos y de ordenación del territorio, por ejemplo, exige la elaboración y publicación de los programas de participación por parte de los promotores, en el que deben indicarse las pautas o pasos para participar (103). Entre la información de obligada publicación, se establece la necesidad de incluir material divulgativo, pero no se señala expresamente información acerca de los derechos de acceso, participación o acceso a la justicia en

(98) PÉREZ GABALDÓN (2017) constata que el Plan de Participación de la Comunidad Valenciana, impuesto por la Ley valenciana de Ordenación del Territorio y Urbanismo incluye la información necesaria para participar y, especialmente, las personas que pueden intervenir en estos procedimientos.

(99) MORENO (2016).

(100) Art. 26, Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado de Cantabria.

(101) Art. 22.5, Ley 2/2020, de 7 de febrero, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha.

(102) Art. 25.1, Ley 6/2009, de 28 de abril, de Evaluación Ambiental de Cataluña.

(103) Art. 3.1, Decreto 46/2020, de 24 de marzo, del Gobierno Vasco.

materia ambiental (104). En ese sentido, el trámite de información pública de la evaluación ambiental estratégica debe ser completado o complementado por estas normas de carácter sectorial que también regulan la participación (105).

Respecto al momento en el que debe ubicarse la participación, la evaluación ambiental estratégica debería realizarse antes de aprobar inicialmente cualquier tipo de plan. La Ley aragonesa establece expresamente que la propuesta final del plan o programa, que puede coincidir con la aprobación inicial, se ajuste al estudio ambiental estratégico (106). Se omite una suerte de audiencia ante el órgano ambiental antes de que este, una vez recabados los informes, elabore la Declaración Ambiental Estratégica. Carece de sentido, por un lado, admitir la información pública en el proceso participativo ante el órgano sustantivo y, posteriormente, negar la posibilidad de que las personas o entidades que han intervenido previamente puedan hacerlo de nuevo, antes de aprobar definitivamente la Declaración Ambiental Estratégica, especialmente si se reconoce la acción pública en la legislación autonómica (107). De este modo, podrían comprobar en qué medida se han acogido sus observaciones, sugerencias o alternativas.

Tal vez por ello, el Decreto vasco 46/2020, en atención a una mayor transparencia, ha establecido que, antes de que se apruebe provisionalmente el Plan, se someta la Declaración Ambiental Estratégica a audiencia de las personas interesadas previamente consultadas y a las administraciones afectadas (108). En Navarra, por ejemplo, se admite la posibilidad de aprobar una declaración de incidencia ambiental en las distintas fases de aprobación del plan, inicial, provisional o definitiva (109). Así, el análisis técnico podría ser sometido nuevamente a información pública, tras la aprobación provisional, por ejemplo. Esta fórmula

(104) Art. 3.2, Decreto 46/2020, que establece la obligatoriedad de publicar el «Material divulgativo que deberá prepararse junto con los documentos legalmente exigidos al objeto de facilitar su difusión y comprensión».

(105) La Agencia Europea del Medio Ambiente (2014) señala que el tipo de información y su complejidad deben adecuarse al tipo de público que intervendrá en el procedimiento.

(106) Art. 17.1 de la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón.

(107) Así lo apunta RAMOS (2015), al afirmar lo siguiente: «En otros casos el error de la administración se produce por abrir el plazo de información pública sin que estén emitidos todos los informes preceptivos, de tal manera que no están a disposición del público para que puedan analizarlos y hacer las alegaciones». Repetir el trámite de información pública puede resolver esta falta de audiencia, si bien, como se señala con posterioridad, es recomendable incluirlo en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica.

(108) Art. 16.2, Decreto 46/2020 para los PTPs, por ejemplo.

(109) Art. 34.3, Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de Navarra.

dilataría en exceso la tramitación y se opone de algún modo a la agilización que propone la LEA, pero, a su vez, garantiza mayor transparencia y seguimiento en la elaboración del Plan (110). Esta regulación permite, por ejemplo, que cualquier persona acceda a la Declaración Ambiental Estratégica, no únicamente las personas interesadas, como sucede en el País Vasco.

La evaluación ambiental estratégica con anterioridad a la aprobación inicial permite garantizar la participación en fases tempranas y cuando todas las opciones estén abiertas, y se permita una mayor difusión y de más tiempo para explicar el plan. Asimismo, el órgano sustantivo está en condiciones de incorporar al proyecto de plan las medidas o condiciones impuestas por el órgano ambiental en su análisis técnico (memoria ambiental, declaración ambiental estratégica, etc.) (111). Dado que algunas normas posponen el trámite de información pública tras la aprobación provisional, la participación se adelanta a través del procedimiento de evaluación ambiental estratégica, siempre que no se aminoren los derechos o garantías de participación que contempla la legislación sectorial o, si resulta aplicable, la LAIPAJ para determinados planes, como los de residuos. Así, los trámites pueden integrarse o convivir, siempre que no decaigan derechos y garantías de participación.

VII. Conclusiones

Primera. El Convenio de Aarhus es una norma jurídica que se ha incorporado al ordenamiento interno y, por ello, más allá de que los procedimientos y trámites que establezcan las diferentes normativas sean diferentes, aquel ordenamiento no puede reducir su alcance y su virtualidad en cuanto a los derechos de participación en los procedimientos para aprobar planes y programas.

Segunda. Se ha criticado la diferenciación entre regímenes jurídicos aplicables a los procedimientos para la aprobación de planes dependiendo de si se someten o no a evaluación ambiental estratégica o si tienen por objeto un factor ambiental determinado, como pueden ser los residuos. Al menos desde la perspectiva del reconocimiento de derechos, y sin perjuicio de los diferentes trámites participativos, las normas sobre participación deben ser uniformes, al menos en los procedimientos de evaluación ambiental estratégica ordinarios. Esta diferenciación puede in-

(110) PORTMAN (2016).

(111) Cierta literatura ha puesto de manifiesto que algunos procedimientos requieren información, tanto al principio, durante y al final del procedimiento, incrementando sensiblemente la capacidad para controlar el proceso por las personas intervinientes. Así, véase STENSKE y JONES (2011).

ducir a confusión para el aplicador del Derecho y las diferentes administraciones encargadas de elaborar y aprobar planes.

Tercera. Aquella confusión o cuestión no resuelta en vía normativa debe solucionarse aplicando la norma más favorable o la que amplíe los derechos, como bien ha establecido el art. 16.3 LAIPAJ. En consecuencia, o bien esta última norma queda en la práctica enervada o inaplicable, o bien, de algún modo, tanto la legislación sectorial como la normativa en materia de evaluación ambiental estratégica deben acomodarse a un escenario en el que prevalezcan las previsiones del Convenio de Aarhus, en lo que se refiere a derechos y garantías en materia de participación ambiental.

Cuarta. Todo ello conduce inevitablemente a implantar fórmulas de integración por parte de las administraciones, es decir, mecanismos que permitan la convivencia y articulación de diferentes normas jurídicas.

Quinta. Se ha propuesto, como estándar mínimo para cohonestar la evaluación ambiental estratégica y el procedimiento sectorial, situar la evaluación ambiental antes de la aprobación inicial, de modo que se garantice la participación temprana y abierta a todas las opciones. Asimismo, a fin de que los trámites de información pública que recoge la legislación sectorial no queden desvirtuados y también puedan integrarse en la evaluación ambiental estratégica, se ha sugerido que el trámite de audiencia antes de que el órgano ambiental emita la Declaración estratégica, se abra al público en general, y más teniendo en cuenta que en algunas normas autonómica se reconoce la acción pública sin restricciones o limitaciones.

VIII. Bibliografía

- ALMENAR MUÑOZ, M. (2017). Análisis evolutivo de la evaluación ambiental estratégica: 10 años de aplicación. El caso de la Comunidad Valenciana. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* (313), págs. 109-132.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2017). Evaluación ambiental estratégica de planes de urbanismo y elusión de fallos judiciales. En *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (págs. 463-474).
- (2017 bis). La evaluación ambiental estratégica del sistema de planeamiento urbanístico en la Ley 2/2016, de 10 de febrero, de Suelo de Galicia. *Revista de Derecho Urbanístico* (308), págs. 151-159.
- DE LA VARGA PASTOR, A. (2017). Análisis jurídico de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental y de las competencias autonómicas en materia de EIA de proyectos. *Revista d'Estudis Autònomic i Federals* (25), págs. 25-30.

- EZEIZABARRENA, X. (2015). Prospecciones petrolíferas marinas en Canarias y consulta popular. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (31), págs. 380-392.
- GARCÍA NIETO, A., MORALES-SUÁREZ, Varela, SOTO ZABALGOGEAZCOA, M.J. y ORDÓÑEZ IRIARTE, J.M. (2015). Propuesta técnica para incorporar la salud en los procedimientos de evaluación del impacto ambiental de políticas, planes, programas, proyectos y actividades. *Revista de Salud Ambiental* (15), págs. 59-64.
- GARCÍA URETA, A. (2014). Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental. *RAP* (194), pág. 334.
- GLUCKE, A.N., DRIESEN, O., KOLHOFF, A. y RUNHAAR, H.A.C (2017). Public participation in environmental impact assesment: why, who and how? *Environmental Impact Assesment Review* (43), págs. 100-107.
- HARTLEY, N. y WOOD, C. (2005). «Public participation in environmental impact assesment – implementing the Aarhus Convention». *Environmental Impact Assesment Review* (25), págs. 329-334.
- HEILAND, S. (2005). Requirements and methods for public participation in SEA. En M. SCHMIDT, J. ELSA, y E. ALBRECHT (eds.), *Implementing Strategic Environmental Assessment* (págs. 418-422). Berlin: Springer.
- JADOT, B. (2005). Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement: l'inexorable évolution. En B. JADOT (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme* (págs. 133 y 134). Paris: Bruylant.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2005). Participación y protección del medio ambiente. En A. GARCÍA URETA (coord.), *Estudios de Derecho ambiental europeo* (págs. 39 y 40). Bilbao: Lete.
- LOMO CASANUEVA, T. (2017). Límites y conflictos en el ejercicio de la potestad de planeamiento como consecuencia de la Evaluación Ambiental Estratégica. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo* (149).
- LOZANO CUTANDA, B. (2013). Proyecto de Ley de Evaluación Ambiental: las 10 reformas clave. *Diario La Ley* (8188), 11 de noviembre de 2013. Véase en www.laleydigital.es
- MORENO MOLINA, A.M. (2016). El planeamiento urbanístico y la evaluación ambiental estratégica: balance y reflexiones críticas sobre una relación problemática. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, 143.
- NIETO MORENO, J.E. (2011). Elementos estructurales de la Evaluación ambiental de planes y programas. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (17), págs. 104-109.
- PALLARÉS SERRANO, A. (2013). Estudio sobre la necesidad de incorporar el criterio de la justa distribución de beneficios y cargas ambientales en alguno de nuestros instrumentos ambientales transversales. *Revista Vasca de Administración Pública* (97), págs. 206-216.
- PÉREZ GABALDÓN, M. (2017). La Evaluación Ambiental Estratégica como instrumento de protección del medio en el Estado Autonómico. La Comunitat

- Valenciana como caso de estudio. *Revista de Evaluación de Programas y políticas públicas* (8), págs. 32-53.
- PERNÁS GARCÍA (2009). Integración y coordinación procedimental de la evaluación de impacto ambiental y de la autorización ambiental integrada. En A. NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *Evaluación de impacto ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial* (págs. 94-102). Barcelona: Atelier.
- PIGRAU SOLÉ, A. y BORRÁS, PENTINAT, S. (2008). Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En A. PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus* (págs. 33-39). Barcelona: Atelier.
- PORTMAN, M.E. (2016). *Environmental Planning for Oceans and Coasts. Methods, Tools, and Technologies*, Suiza: Springer.
- RAMASUBRAMANIAN, L. (2010). *Geographic information Science and Public Participation*, Londres: Springer.
- RAMOS MEDRANO, J.A. (2015). Los 10 errores más básicos y frecuentes en el urbanismo español. *Actualidad Jurídica Ambiental*.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2007), *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2016). El procedimiento de evaluación ambiental estratégica en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* (34).
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2014). Marco jurídico de la evaluación ambiental. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental. En A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (dir.), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental* (págs. 36-50). Cizur Menor: Aranzadi.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.M. (2018). La evaluación ambiental estratégica como elemento de dirección y control de la planificación pública con incidencia ambiental. En *Entre tribunales: libro homenaje a Pablo García Manzano* (págs. 315-323). Madrid: Marcial Pons.
- SALAZAR ORTUÑO, E. (2019), *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus. Justicia ambiental de la transición ecológica*, Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.
- SALOMONS, G.H. y HOBERG, G. (2014). Setting boundaries of participation in environmental impact assessment. *Environmental Impact Assessment Review* (45), págs. 66-73.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2019). El Urbanismo sostenible en Galicia y la evaluación ambiental estratégica de los Planes Urbanísticos. En M.C. CAMPOS ACUÑA (dir.), *Derecho urbanístico de Galicia*. Valencia: Tirant lo Blanch. Véase en <http://www.tirantonline.com>.

- STENSKE, M. y JONES, M. (2011). Conclusion: Benefits, Difficulties, and Challenges of Participation Under the European Landscape Convention. En M. JONES y M. STENSKE (eds.), *The European Landscape Convention. Challenges of Participation* (págs. 298-305). Londres: Springer.
- VERDÚ AMORÓS, M. (2008), *Ámbito de aplicación y procedimiento de la Evaluación ambiental estratégica*, Cizur Menor: Thomson/Aranzadi.
- WANG, Y., CAO, H., YUAN, Y. y ZHANG, R. (2020). Empowerment through emotional connection and capacity building: Public participation through environmental non-governmental organizations. *Environmental Impact Assessment* (80).
- WELP, M., KASEMIR, B. y JAEGER, C.C. (2008). Citizens' Voices in Environmental Policy: The Contribution of Integrated Assessment Focus Groups to Accountable Decision-Making. En F. COENEN (dir.), *Public participation and better environmental decisions* (págs. 24 y 25). Berlin: Springer.



Participación ciudadana y normas europeas: un potencial por explotar

Citizen participation and european legal provisions:
an untapped potential

MARÍA JESÚS GARCÍA GARCÍA

Universidad de Valencia
m.jesus.garcia@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.03>

LABURPENA: Legegintza-egintzen prestaketa arrazionalizatzearen alde egiten duen arautze-politikaren testuinguruan kokatu behar da Europako arauak demokratikoki legitimatzeko herritarrek izango duten parte-hartzea, kontua ez baita lege gehiago egitea, hobeto egitea baizik. Hain zuzen ere, herritarrek arau-ekoizpeneko prozesuetan parte hartzea da «bigarren belaunaldiko erregulazio» horren elementuetako bat. Izan ere, erregulazio horren bidez sortuko diren arauak alde zuzenetik planifikatuta egongo dira, eraginkorrak eta efikazak izango dira Europako arauak behar duten gaitan eragingo dutelako, proiektatzen diren sektorean izango dituzten ondorioak aurreratzen saiatuko dira, eta, indarrean dauden bitartean, etengabe ebaluatuko dira, hobetu daitezkeen edo zaharkituak edo garestiegiak izan daitezkeen edukiak hautemateko. «Legeria adimenduna» deritzona da emaitza, hau da, demokrazia parte-hartzailearen mekanismoak erabiltzen dituen eta bere behar eta helburuetara egokitzen dituen, arauak egiteko prozeduretan integratuz. Lan honetan, mekanismo horiek aztertzen dira, haien eraginkortasun praktikoa eta ordenamendu juridikoan duten eragina baloratzen da, eta agerian uzten dira mekanismo horien eraginkortasun osoa eragozten eta zailtzen duten arazoak eta gabeziak, edo mekanismo horiek sortu zireneko helburu nagusitik aldentzen dituztenak. Horrez gain, lan honetan, mekanismo horien tratamendu juridikoa birformulatzeko proposamenak egiten dira, haien jatorrizko helburura egokitzeko.

HITZ GAKOAK: Demokrazia parte-hartzailea. Europako arauak. Europako herritarren ekimena. Europako herritarren kontsultak. Smart regulation.

ABSTRACT: Citizens collaborate with the government in the lawmaking process at an early stage and throughout the life of a legislative act by means of periodic consultations and citizens' initiatives. This paper focuses on consultation and citizens' initiatives as the principal mechanisms for participatory democracy in the context of smart regulation lawmaking in the European Union. A regulatory policy based on smart regulation takes the view that legislation and regulations serve the economy and, therefore, legal acts must aim to create conditions capable of boosting national economies and economic growth. Such a regulatory

policy is informed by a set of principles which includes transparency, cooperation, accountability, efficiency, effectiveness, participation and openness, and is applicable to both regulatory institutions and regulations. This regulatory approach takes the view that regulations are of better quality when they have been influenced by citizens, and smart regulation results in participatory democracy.

KEYWORDS: Participative democracy. European legal provisions. European citizens' initiative. European citizen consultations. Smart regulation.

RESUMEN: El recurso a la participación ciudadana para legitimar democráticamente las normas europeas ha de situarse en el contexto de una política regulatoria que aboga por racionalizar la elaboración de actos legislativos, considerando que no se trata de legislar más, sino mejor. Precisamente, la participación de los ciudadanos en los procesos de producción normativa es uno de los elementos que caracterizan esta «regulación de segunda generación», dirigida a la producción de normas cuya aprobación ha sido planificada de antemano, que pretenden ser efectivas y eficaces al incidir sobre cuestiones que realmente necesitan de una regulación europea, que tratan de anticipar sus efectos sobre el sector sobre el que se proyectan, y que están sometidas a un continuo proceso de evaluación durante su vigencia para detectar aquellos contenidos que pueden ser mejorados o que han devenido obsoletos o excesivamente gravosos. El resultado es la llamada «legislación inteligente», que hace uso de los mecanismos de la democracia participativa y los remodela y adapta a sus necesidades y objetivos, integrándolos en los procedimientos de elaboración de normas. En este trabajo se analizan los citados mecanismos, se valora su eficacia práctica y su repercusión en el ordenamiento jurídico, poniendo de manifiesto los problemas y carencias que impiden y dificultan su completa efectividad o los distraen del objetivo principal para el que fueron concebidos, al tiempo que se realizan propuestas dirigidas a reformular su tratamiento jurídico para adecuarlos a su finalidad primigenia.

PALABRAS CLAVE: Democracia participativa. Normas europeas. Iniciativa ciudadana europea. Consultas ciudadanas europeas. Smart regulation.

Trabajo recibido el 5 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Participación democrática y «legislación inteligente» en la Unión Europea. 1. La democracia representativa imperfecta y el recurso a la democracia participativa en la Unión Europea. 2. La democracia participativa en el contexto de una legislación de segunda generación: la llamada legislación inteligente.—II. Instrumentos de la democracia participativa en el contexto de una legislación inteligente. 1. La iniciativa ciudadana europea: un derecho a proponer sin eficacia práctica. A. Consideraciones generales. B. La ciudadanía ante los retos de la integración por la vía de la iniciativa. 2. Las consultas: un conjunto de buenas prácticas sin un régimen normativo. A. Concepto, naturaleza jurídica y ámbito de aplicación. B. El régimen sustantivo de las consultas: un compromiso de buenas prácticas sin carácter vinculante. C. Las entidades representativas de intereses como sujetos de las consultas: el peligro del legislador en la sombra. a) Asociaciones representativas y grupos de presión: el peligro de los intereses encubiertos. b) Los instrumentos para determinar las entidades representativas de intereses: el registro de transparencia.—III. A modo de conclusión: sinergias entre participación ciudadana y legislación inteligente y su repercusión en el ordenamiento jurídico europeo.—IV. Bibliografía.

I. Participación democrática y «legislación inteligente» en la Unión Europea

1. La democracia representativa imperfecta y el recurso a la democracia participativa en la Unión Europea

La democracia representativa en el seno de la Unión Europea es imperfecta, pues se articula como una suma de representaciones democráticas de los ciudadanos de cada uno de los estados miembros⁽¹⁾ y ello pesar del tenor literal del artículo 14.2 del Tratado de la Unión Europea. Así, esta forma de democracia se sustenta en la existencia de un pueblo o ciudadanía⁽²⁾ titular de la soberanía, que constituye el cuerpo electo-

(1) Así, por ejemplo, BELLIDO BARRIONUEVO, M. (2014), quien opina que el déficit democrático no ha sido subsanado en la vertiente de la democracia representativa, señalando algunos de los aspectos a superar para la definitiva consolidación de la democracia representativa en la Unión Europea, entre ellos: la definitiva equiparación de las dos ramas del legislativo, la instauración de verdaderos partidos políticos europeos, el establecimiento de cauces de rendición de cuentas y mayor transparencia. También referente a los problemas del sistema democrático en el ámbito comunitario puede verse MEDINA ORTEGA, M. (2014).

(2) Sobre la idea y las implicaciones de la ciudadanía europea, nos parece imprescindible DÍEZ PICAZO, L.M. (2001). Imprescindible en este contexto nos parece también MANGAS MARTÍN, A. (2016) y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2013).

ral. El hecho de que ahora, según los Tratados, los ciudadanos estén directamente representados en las instituciones europeas a través del Parlamento no implica la creación de un pueblo europeo soberano, sino solamente que los mecanismos de la democracia representativa se han «trasplantado» al ámbito europeo, con las lógicas limitaciones que derivan de la propia naturaleza de las cosas, creando un símil que desde un punto de vista formal se adapta a los presupuestos de la democracia representativa, pero que carece de algunos de sus más elementales presupuestos.

Sin entrar a analizar detenidamente los argumentos anteriores, cabe decir que la legitimidad que prestan los mecanismos de la democracia representativa es por tanto limitada y por esta razón es necesario complementar este sistema con otras opciones que implican el recurso a los mecanismos de la democracia participativa, a los que alude el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La aplicación de la democracia participativa en el contexto de producción de normas europeas pretende «consensuar» las acciones de unas instituciones cuya existencia y origen ha sido mediatizado por la actuación de los estados y que por lo tanto están lejos de los ciudadanos en términos de legitimidad democrática(3). Si dicha legitimidad se mide en términos de la relación entre gobernantes y gobernados y también en términos de eficacia de las decisiones adoptadas, es evidente que la participación ciudadana y los mecanismos de la democracia participativa permiten conectar, en cada supuesto concreto en que dicha participación opera, a los ciudadanos con sus gobernantes, siendo al mismo tiempo un factor más con incidencia en el acierto, oportunidad y en definitiva eficacia de las normas que se adopten.

A través de los instrumentos de la democracia participativa se incrementa la naturaleza democrática de la Unión y se institucionaliza la participación ciudadana en los procesos normativos(4). La Unión Europea se dota así de un sistema de legitimación democrática propio y específico al disponer de mecanismos únicos e independientes de los previstos en cada uno de los sistemas constitucionales de los estados miembros. Estos mecanismos ayudan a crear una esfera pública común, que puede ser un elemento más en el proceso de cohesión y sentimiento de pertenencia a una comunidad capaz de catalizar el proceso de integración política. Es cierto que dicho sentimiento de identidad común está muy alejado de la realidad, máxime tras la crisis económica y las decisiones adoptadas por la Unión Europea, que han acentuado su impopularidad. Sin embargo,

(3) Sobre esta cuestión puede verse ASTOLA MADARIAGA, J. (2005). Igualmente, ARREGUI, J. (2012).

(4) ASTOLA MADARIAGA, J. (2005), págs. 230 y ss.

desde un punto de vista teórico, no cabe duda que la institucionalización de los mecanismos de la democracia participativa europea es una forma de coadyuvar a los ciudadanos en el proceso de integración. Otra cosa es la valoración de la eficacia práctica de dichos mecanismos, y si de verdad atribuyen a los ciudadanos una verdadera capacidad para intervenir en los resultados legislativos, cuestiones que analizaremos al hacer referencia a cada uno de estos instrumentos.

En todo caso, incrementar la influencia y la participación de los ciudadanos en el proceso normativo no tiene por finalidad reemplazar los mecanismos de la democracia representativa (5), sino simplemente responder a las demandas de una mayor apertura y transparencia (6) de las actuaciones públicas en un sistema democrático que está en proceso de evolución y en concordancia con las indicaciones proporcionadas por el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea (7).

2. La democracia participativa en el contexto de una legislación de segunda generación: la llamada legislación inteligente.

El recurso a la participación ciudadana para legitimar democráticamente las normas europeas ha de situarse en el contexto de una política regulatoria que busca racionalizar el ordenamiento jurídico estableciendo procedimientos que permitan concluir el carácter inexcusable de la norma, las necesidades y objetivos que va a atender y que articule al mismo tiempo cauces formales para integrar el interés público y los distintos intereses convergentes, generalmente económicos, en sus preceptos. El resultado es la llamada «legislación inteligente», término que ha adoptado la legislación española (8) y que proviene de la traducción literal de la expresión «smart regulation», surgida en el ámbito de ciertos organismos internacionales con proyección económica, como la OCDE (9) y la

(5) SUBIRATS, J. (2001).

(6) El principio de transparencia pone de manifiesto la vigencia actual de las ideas propuestas por BOBBIO, N. (1980).

(7) Un estudio en extenso de este documento y sus implicaciones puede verse en BAR CENDÓN, A. (2001). Igualmente, PAREJO ALFONSO, L. (2004).

(8) La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas se hace eco en su exposición de motivos de estos presupuestos, que habían sido ya avanzados en normas con un importante componente económico, tales como la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(9) OECD guiding principles for regulatory quality and performance; Recommendation of the Council on regulatory policy and governance (2012); Promoting inclusive growth through better regulation: The role of regulatory impact assessment (2016); Regulatory Policy Outlook (2015).

Unión Europea (10). Desde el punto de vista de esta tendencia regulatoria, el ejercicio de la potestad normativa es una suerte de último recurso, de manera que antes de aprobar una nueva norma la necesidad de la misma debe ser contrastada y resultar inapelable. El objetivo es producir «legislación de calidad», es decir legislación eficiente, eficaz y proporcionada que no resulte excesivamente gravosa para sus destinatarios, especialmente para aquellos que ostentan intereses económicos. La idea es que la legislación que se adopte sea capaz de favorecer el crecimiento y fomentar el desarrollo sin interferir con los agentes económicos (11).

El concepto de legislación inteligente refiere, por consiguiente, a un tipo de norma «pensada» (no improvisada), tanto en lo que se refiere a su contenido sustantivo, como a la anticipación de sus posibles efectos y que además establece mecanismos para ser evaluada y valorada a lo largo de toda su vigencia. En definitiva, el término «legislación inteligente» promueve la creación controlada de normativa «de calidad» en un contexto de hiperregulación normativa (12).

La calidad de la norma viene determinada por el objetivo último de dicha regulación, esto es, adoptar legislación que sea lo más eficiente y eficaz (13) posible para la implementación de las políticas de la Unión, que sea sencilla y clara, evite un exceso de regulación y de cargas administrativas para los ciudadanos, las administraciones y las empresas (especialmente las pequeñas y medianas empresas) y esté concebida para facilitar su transposición y su aplicación y para fortalecer la competitividad y la sostenibilidad de la economía de la Unión. El concepto de legislación inteligente tiene pues un trasfondo económico (14), que pretende racionalizar la adopción de nuevas normas y defiende la idea de que no se trata de regular más, sino de hacerlo de la manera más efectiva, considerando

(10) Así, entre otros documentos, y siempre sin ánimo exhaustivo, pueden señalarse el Acuerdo institucional sobre Better Law Making de 2003, sustituido posteriormente por el Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión sobre la mejora de la legislación, de 2016; la Comunicación de la Comisión «Actualizar y simplificar el acervo comunitario», de 2003; la Comunicación «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la UE», de 2005; la Comunicación «Una Europa de los resultados. La aplicación del Derecho comunitario», de 2007; la Comunicación, «Normativa inteligente», de 2010; la Comunicación «Adecuación de la normativa de la Unión Europea», de 2012; la Comunicación «Normativa inteligente. Responder a las necesidades de las PYMES», de 2013.

(11) GUILLEM CARRAU, J. (2015), pág. 204.

(12) Hoy en día, son más ciertas que nunca las afirmaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999) sobre justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas.

(13) La distinción entre eficiencia y eficacia de la norma en el contexto de la «legislación inteligente» puede verse en XANTHAKI, H. (2013). Así, la eficiencia de la norma está relacionada con el cumplimiento de ciertos requisitos tales como claridad, precisión y falta de ambigüedad.

(14) Considerando segundo del Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión europea sobre la mejora de la legislación, de 13 de abril de 2016.

la importancia de mantener un entorno económico atractivo y flexible para el sector privado.

Con esta pretensión de depurar la técnica legislativa (15) y de asegurar su calidad sustantiva (16), los procedimientos de producción normativa se caracterizan por el incremento de la participación de los ciudadanos, recabando su opinión desde los primeros estadios de producción de la norma, e incluso con anterioridad a la existencia de la propuesta normativa (consulta previa), de forma que las instituciones puedan conocer de antemano los problemas que se pretenden abordar, así como las posibles soluciones alternativas, normativas o no, que puedan plantearse para acometer los objetivos previstos. Y esa participación se prolonga posteriormente, una vez que la norma ha entrado en vigor.

Las instituciones europeas han acometido la labor de mejorar la legislación y racionalizar el sistema de producción de normas tratando de reconducir el sistema jurídico europeo hacia un contexto normativo más eficiente (17). En efecto, frente a una situación de hiperregulación y de leyes coyunturales, se plantea la necesidad de alumbrar normas de mejor calidad, que respondan a problemas estructurales, con afán de perdurar, dotadas de mecanismos para evaluar su efectividad y vigencia y sometidas a una correcta técnica legislativa. Sólo a través de esta fórmula es posible parar el progresivo proceso de deterioro de los ordenamientos jurídicos actuales (18) y la devaluación de sus leyes.

Desde luego, la reacción europea a la «legislación sobre la marcha» es consciente de que el problema no sólo subyace en la inadecuación de las normas, lo que obliga a parchear constantemente el ordenamiento jurídico, aprobando nuevos preceptos que remedien problemas que pasaron desapercibidos por la regulación inmediatamente anterior. El problema de esta verborrea legislativa es también la falta de conocimiento de las normas, su difícil entendimiento y en definitiva el agotamiento y desencanto de la ciudadanía ante leyes incompresibles que están fuera de su alcance y cuya integración en el sistema jurídico está lejos de ser clara incluso para los eruditos del derecho. Estos excesos legislativos hacen

(15) Para una aproximación a los aspectos comprendidos en el concepto de técnica legislativa puede verse SEGOVIA MARCO, A. (2015), «La técnica legislativa en la elaboración de anteproyectos de leyes», págs. 15 y ss.

(16) Sobre el concepto y los parámetros de calidad de las normas puede verse MONTORO CHINER, M.J. (1989). Véase igualmente, GARCÍA ESCUDERO, P. (2010). Una valoración de los resultados de la aplicación de esta legislación puede verse también en BALDWIN, R. (2005).

(17) Del deterioro del ordenamiento jurídico vigente da cuenta MONTORO CHINER, M.J. (2004), pág. 45.

(18) SEGOVIA MARCO A. (2015), pág. 37.

confuso y difícil de entender el sistema normativo y crean inseguridad jurídica. El problema en definitiva es la deslegitimación (19) del sistema jurídico al que esta situación predispone, y en definitiva de los gobernantes e instituciones que las producen, lo que, en el caso de la Unión Europea, erosiona todavía más su maltrecha legitimidad democrática. La constatación de estas carencias y el remedio articulado para ello ha partido, sin embargo de consideraciones fundamentalmente económicas, ateniéndose al lastre económico que una regulación poco eficiente supone para la realización de actividades empresariales y el adecuado funcionamiento del mercado interior (20).

Esta perspectiva, excesivamente pragmática, pero propia de un sistema legislativo que se caracteriza por los objetivos económicos que definen su actividad y justifican su existencia soslaya, sin embargo, en sus planteamientos un elemento imprescindible en cualquier sistema democrático actual: la necesidad de participación ciudadana que legitime las leyes y las libere de la perspectiva unilateral que tradicionalmente ha alumbrado el nacimiento de las nuevas normas en los sistemas políticos. Y digo soslaya porque aunque la participación ciudadana es uno de los requisitos y elementos que definen las pretensiones de esta legislación de segunda generación, lo cierto es que dicha participación no se considera como un fin en sí mismo, sino como un medio o instrumento para conseguir un resultado orientado a un objetivo fundamentalmente económico; esto es, un ordenamiento jurídico que preste soporte y no lastre las expectativas de los operadores económicos (21). Las consideraciones económicas preceden a las consideraciones políticas y democráticas, y aunque es innegable que el sistema democrático de la Unión se beneficia de los resultados, también lo es que el catalizador no es tanto la consolidación de la democracia participativa, como los objetivos de corte económico que la potencian.

Las normas desarrolladas bajo los presupuestos de la legislación inteligente se presume que gozan de la aceptación y el respaldo de los ciudadanos, pues han sido elaboradas con su participación para dotarlas de la máxima eficacia. Pero, además, la aceptación de la norma por el ciudadano sobre la base de su eficacia es, en definitiva, también la legitimidad de la norma. Y esa legitimidad prolonga su radio de acción a las propias instituciones. Ello es especialmente importante en el caso de la Comisión, que

(19) Sobre esta cuestión puede verse SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004), pág. 95.

(20) En este sentido, SEGOVIA MARCO, A. (2009), pág. 334.

(21) Buena prueba de ello es el análisis económico del derecho, que incluye el uso de la metodología y los conceptos propios de la ciencia económica para predecir el efecto de las normas jurídicas para determinar qué leyes y disposiciones jurídicas son económicamente eficientes y predecir si deberían ser adoptadas. ALONSO TIMÓN, A.J. (2016), pág. 101.

sólo goza de legitimidad derivada o indirecta, a diferencia del Parlamento, cuya legitimidad proviene de la forma de elección de sus miembros (22).

Subyacente a estas afirmaciones se encuentra la idea de que el concepto de interés público apreciado por las instituciones ya no es suficiente para legitimar las normas. Las normas se legitiman por la participación de aquellos afectados por las mismas, que contribuyen a lo largo del proceso de elaboración a definir sus propios intereses y a asegurar su presencia y plasmación en el resultado normativo. Se produce por tanto una redefinición de los intereses jurídicos presentes en las normas, y en su conformación intervienen no sólo los poderes públicos, sino también agentes externos, dado que el interés general apreciado unilateralmente por las instituciones públicas ha dejado de ser por sí solo elemento legitimador de las mismas.

II. Instrumentos de la democracia participativa en el contexto de una legislación inteligente

Iniciativas ciudadanas y consultas públicas son mecanismos de la democracia participativa. Ambos remiten a la participación y colaboración de los ciudadanos en la producción normativa, bien por iniciativa propia (en el primer caso), o tras un llamamiento de las instituciones europeas en el caso de las consultas. Ahora bien, mientras que la iniciativa ciudadana ha sido regulada expresamente, las consultas públicas no son objeto de un tratamiento jurídico detallado, quedando reguladas genéricamente por los preceptos que reconocen el derecho de todo ciudadano a participar en la vida democrática de la Unión. Es curioso hacer notar como los Tratados han preferido destacar la figura de la iniciativa ciudadana, mucho más pomposa y llamativa, aunque de eficacia real muy limitada, y dejar en segundo plano las consultas públicas, a pesar de que dicho mecanismo forma parte de la tradición jurídica de la mayoría de los estados, entre ellos España, que lo reconocen incluso a nivel constitucional en alguna de sus variantes, como es el caso de la audiencia pública (23).

Las iniciativas surgen espontáneamente de las necesidades normativas apreciadas por un grupo de ciudadanos que han de ser secundados por un millón de firmantes (24), como mínimo. De este modo, la iniciativa

(22) Como señala MOLINA MOLINA, J. (2010), pág. 86: «En las democracias no sólo importa legitimar al gobierno, sino también lo que hace y lo que produce...».

(23) Así, el artículo 105 a) de la Constitución española.

(24) En este sentido, puede verse BOUZA GARCÍA, L. (2010), pág. 24, quien pone de manifiesto la virtualidad de la iniciativa ciudadana en el contexto de los instrumentos de la democracia participativa capaces de producir efectos significativos en el proceso de producción normativa.

abre el procedimiento de elaboración de normas a los ciudadanos desde los primeros estadios, de modo muy similar a como lo hacen las consultas públicas en esta misma fase del procedimiento, con la diferencia de que la iniciativa proviene de los ciudadanos originariamente y no de un llamamiento efectuado por la Comisión. Ambos son instrumentos de participación en las funciones públicas normativas que se legitiman en la búsqueda de decisiones adecuadas a las demandas de la ciudadanía y en la mejora de la legislación a través de la participación ciudadana (25). Pero a diferencia de las consultas, la iniciativa ciudadana se adelanta a las actuaciones de los poderes públicos, expresando las aspiraciones de un número cualificado de ciudadanos acerca de la necesidad de una norma.

1. La iniciativa ciudadana europea: un derecho a proponer sin eficacia práctica

A. CONSIDERACIONES GENERALES

La iniciativa ciudadana permite a un millón de ciudadanos europeos que residan al menos en siete países miembros dirigirse a la Comisión e «incitarla» a presentar una propuesta normativa en materias en que dicha institución ha sido dotada de competencias para ejercer la iniciativa legislativa con el fin de adoptar actos jurídicos de implementación de los Tratados. Es un cauce de participación ciudadana directa reconocido por los Tratados y desarrollado por las normas comunitarias (26) y un instrumento de la democracia participativa (27) que pretende dar a los ciudadanos la oportunidad de intervenir directamente en el proceso de producción de normas desde sus comienzos (28).

(25) La propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana europea, COM (2017) 482 final, supone que por primera vez un texto legislativo se hace eco de esta perspectiva, que como hemos destacado en nuestros planteamientos, está implícita en la esencia misma de la iniciativa ciudadana.

(26) Su régimen jurídico se encuentra en los artículos 11, apartado 4, del Tratado de la Unión Europea, en el artículo 24, párrafo primero, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el Reglamento 2019/788/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre la iniciativa ciudadana europea, que sustituye al anterior Reglamento 211/2011, de 16 de febrero, también sobre iniciativa ciudadana, y artículo 197 bis del Reglamento del Parlamento.

(27) Distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han puesto de manifiesto que la iniciativa ciudadana europea es un mecanismo para incrementar la participación democrática de los ciudadanos en la Unión Europea. Así por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2016. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2017.

(28) Sobre este mecanismo de la democracia participativa pueden verse entre otros ESPALIÚ BERDUD, C. (2016); URIARTE SÁNCHEZ, C. (2015); BÁEZ LECHUGA, I. (2015); BILBAO UBILLOS, J.M. (2014); BURGUERA AMEAVE, L. (2014); ESPALIÚ BERDUD, C. (2016); FERNÁNDEZ LE GAL, A. (2018); BILBAO, J.M., y VINTRÓ, J. (2011).

Las iniciativas se adelantan a las instancias europeas, al implicar una actuación ciudadana que precede a la de los poderes públicos, al instar a la Comisión a la puesta en marcha del procedimiento normativo. Las iniciativas son por tanto un buen indicador de las demandas de los ciudadanos y, caso de prosperar, dotan al proceso legislativo de una mayor legitimidad democrática desde sus orígenes (29).

Su ejercicio se sustancia formalmente en un procedimiento dividido en dos fases. Una primera dirigida a determinar si la propuesta (de iniciativa) cumple con ciertos requisitos formales y materiales y puede ser registrada, lo que supone una primera toma en consideración de la misma por parte de la Comisión, y una segunda fase dirigida a reunir el número de firmas necesario para que tal iniciativa pueda ser presentada y examinada por la Comisión. Reunir el número de firmas y cumplir el resto de los requisitos formales es una tarea difícil, por eso es conveniente comprobar previamente si la propuesta de iniciativa se adecúa a las competencias de la Comisión para proceder a su registro e iniciar el proceso de recogida de apoyos. Un examen posterior de la iniciativa se llevará a cabo una vez que los requisitos relativos a las firmas y declaraciones de apoyo hayan sido satisfechos (30).

Como decimos, en la primera fase del procedimiento, la decisión de proceder o no al registro de la iniciativa está circunscrita al cumplimiento de los requisitos mencionados, sobre cuya concurrencia cabe un auténtico control judicial. La Comisión realiza un control reglado de admisibilidad, basado en criterios legales y no de oportunidad (31). La admisibilidad de la iniciativa a través de su registro solo puede rechazarse por motivos jurídicos, en ningún caso por consideraciones políticas y el registro se configura como un acto de trámite de carácter reglado, dirigido a verificar que la iniciativa ciudadana se ajusta a los requerimientos legalmente previstos para su ejercicio.

Sin embargo, la Comisión ha aplicado en ocasiones criterios muy estrictos para determinar cuándo una iniciativa ha de ser o no objeto de registro, exigiendo que sean las partes las que invoquen el fundamento ju-

(29) Podemos recordar aquí que la Comisión no goza de legitimidad democrática directa, por lo que sus actuaciones se legitiman principalmente por la eficacia de sus iniciativas y por el respaldo con el que cuentan por parte de los ciudadanos.

(30) Así resulta de la Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2016, asunto T-529/13.

(31) Dichos requisitos se sustancian en el artículo 6 del Reglamento 788/2019/UE, siendo éstos de carácter material (el asunto sometido a la consideración de la Comisión no ha de estar manifiestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión, no ha de ser contrario a los valores del artículo 2 del TFUE, ni la propuesta ha de ser abusiva, frívola o temeraria) y de carácter formal (el número de miembros del comité de ciudadanos y los países en los que residen). La propuesta se envía a los servicios jurídicos de la Comisión para que decidan, con criterios puramente jurídicos y no políticos si es o no aceptable.

rídico que atribuye competencia a la Comisión y legitima la iniciativa, en lugar de flexibilizar los presupuestos, admitiendo fundamentaciones jurídicas no alegadas por las partes. Desde estas premisas, su ejercicio presupone conocimientos jurídicos para determinar la base legal que fundamenta la iniciativa y la sitúa dentro del ámbito de competencias de la Comisión. Si como exige la legislación aplicable, la Comisión tiene el deber de proporcionar asistencia y asesoramiento a los organizadores, particularmente en lo que respecta a los criterios de registro, es obvio que la Comisión está incumpliendo sus obligaciones para con los promotores, al menos en aquellos caso en que la desestimación del registro se justifica en el defecto de la iniciativa presentada, que no invocó las bases jurídicas apropiadas, lo que, además vulnera el principio de buena administración. Como novedad introducida por el nuevo Reglamento 788/2019, cabe señalar que en caso de que la Comisión considere que una determinada propuesta ciudadana no cumple con los requisitos para su registro, por estar fuera de las atribuciones de la Comisión para proponer al Parlamento actos legislativos, ésta (la Comisión) deberá primero informar al comité de ciudadanos o grupo organizador, para que subsane, si lo desea la solicitud inicial, según se desprende del artículo 6.3 del citado Reglamento, tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente.

Superada la fase de registro, la propuesta presentada a la Comisión se considera simplemente una invitación o sugerencia que los ciudadanos hacen a esta institución para que «valore» la posibilidad de ejercer su iniciativa legislativa. Como vemos, si la iniciativa es formal y legalmente admisible, la Comisión tiene la obligación de registrarla y tomarla en consideración, pero no la obligación de someterla a los órganos legislativos de la Unión Europea, ya que razones de mera oportunidad o conveniencia política son suficientes para no dar subsiguiente trámite a la misma (32). La discrecionalidad política de la Comisión para decidir si da soporte a una propuesta normativa es amplísima, y la falta de criterios reglados en esta fase procedimental hace que el derecho de iniciativa quede reducido a su mínima expresión. Incluso si la propuesta es aceptada (33) tras su registro, no existe una obligación de someterla a las instituciones con capacidad legislativa de la Unión europea para que se inicie el procedimiento legislativo (34), de forma que la decisión de la

(32) En efecto, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento 788/2019, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, la Comisión puede decidir a través de una comunicación que no dará ulterior tramitación a una iniciativa que ha sido exitosamente presentada, con muy limitadas opciones para presentar recurso contra dicha decisión, como hemos señalado.

(33) Lo que supone que está dentro del ámbito competencial de la Unión y se han seguido los requisitos procedimentales y de forma exigidos por la legislación europea.

(34) De esta manera, puede decirse que el mecanismo de la iniciativa ciudadana europea se traduce en el derecho a que la iniciativa sea registrada si se cumplen los requisitos legales estableci-

Comisión puede simplemente traducirse en una declaración de buenas intenciones, en un compromiso de futuro de adoptar medidas que no tienen por qué ser de carácter legislativo, ni implicar la presentación de una propuesta legislativa. Así, a pesar de la capacidad reconocida a un número determinado de ciudadanos de «espolear» a la Comisión, ésta conserva intacta su potestad de iniciativa⁽³⁵⁾, de forma que, motivadamente, puede decidir no someter la propuesta ciudadana al Parlamento, detallando las razones por las que declina su invitación. En definitiva, la iniciativa ciudadana se traduce meramente en un derecho a proponer y su naturaleza jurídica está muy lejos de la democracia directa que su nomenclatura sugiere a primera vista.

Configurada así, la iniciativa ciudadana está prácticamente desprovista de contenido, concretándose exclusivamente en el derecho de los promotores de la misma a su registro si cumple con los requisitos legales y a que la propuesta normativa sea estudiada por la Comisión, se dé audiencia a sus promotores y se les dé una respuesta sobre las medidas a adoptar, o las razones para no hacerlo, en su caso. Más allá de lo anterior, la iniciativa queda prácticamente desvirtuada como derecho subjetivo en la medida en que su ulterior tramitación queda sujeta a una decisión de carácter político por parte de la Comisión.

Por otra parte, y en última instancia, son el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea quienes adoptan la legislación, modificando las propuestas de la Comisión cuando lo consideran necesario, de forma que no existe ninguna garantía de que lo que proponen los ciudadanos y, en su caso, asume la Comisión como iniciativa propia⁽³⁶⁾, vaya a convertirse en ley. Las instituciones legislativas tienen capacidad para introducir modificaciones en la propuesta inicial, que aun suponiendo que sea exitosa, cosa que ha ocurrido en contadas ocasiones, puede dar lugar a una manifestación normativa completamente diferente a la que los organizadores y los ciudadanos tenían en mente. De esta manera, los ciudadanos están lejos de ostentar una capacidad real para influir en la creación del derecho europeo a través del mecanismo de la iniciativa ciudadana.

dos para ello y a la obtención de una respuesta motivada por parte de la Comisión sobre la iniciativa planteada, debiendo por tanto la Comisión de forma fundada, determinar si tramita la iniciativa ciudadana como iniciativa legislativa o no. El carácter discrecional de la decisión última de la Comisión y la ausencia de parámetros legales, formales, o procedimentales nos llevan a configurar tal derecho casi como un derecho de petición, caracterizado por su carácter genérico, residual y graciable más allá del registro de la iniciativa por parte de la Comisión en los primeros estadios de su planteamiento.

(35) Así por ejemplo lo reconoce el Tribunal General, en su sentencia de 10 de mayo de 2017.

(36) Quien también puede variar la propuesta normativa respecto de la solicitud de los interesados.

La experiencia misma muestra que la incidencia de dichas propuestas en el ordenamiento jurídico de la Unión dista mucho de ser relevante. La eficacia y los resultados de este mecanismo han sido muy limitados, si tenemos en cuenta los requisitos formales exigidos y la dificultad para recabar las declaraciones de apoyo necesarias. En efecto, sólo cuatro propuestas de iniciativa ciudadana han sido registradas y han reunido el número suficiente de apoyos como para ser presentadas a la Comisión (37), y solamente en un caso la Comisión se ha comprometido a ejercer la iniciativa legislativa (38).

La primera reflexión que suscitan las argumentaciones anteriores es la falta de eficacia práctica de la iniciativa ciudadana europea. Si como parece ser, su finalidad es la de permitir que los ciudadanos puedan tener un papel activo en la elaboración de las normas europeas, los resultados resultan descorazonadores, ya que evidencian que no existe un impacto real de este mecanismo en la legislación europea. En parte, ello es debido a las decisiones seguidas hasta ahora por la Comisión europea, que ha inadmitido un buen número de iniciativas, al denegar su registro. Es cierto que los criterios que determinan la admisibilidad o denegación del registro son de carácter reglado, y que la Comisión no realiza sino un control de legalidad antes de decidir sobre la admisión o no de la iniciativa. Sin embargo, también es cierto que, aun reconociendo la ausencia de discrecionalidad en esta decisión, ciertos requisitos son susceptibles de una cierta interpretación, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados. Tanto la Comisión, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (39) han tenido y tienen una gran responsabilidad en el resultado alcanzado por la iniciativa europea, ya que su éxito o fracaso estará en función de la interpretación más o menos estricta de los criterios aplica-

(37) «El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano. El agua no es un bien comercial, sino un bien público»; «Uno de nosotros», en la que se solicitan modificaciones legislativas con el objeto de poner fin a la financiación comunitaria de actividades que supongan la destrucción de embriones humanos; «Stop Vivisección», que solicita la derogación de la Directiva 2010/63/UE y la adopción de un nuevo marco legislativo que suprimiera totalmente los experimentos con animales para 2020 y «Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos».

(38) «Prohibición del glifosato y protección de las personas y del medio ambiente frente a los pesticidas tóxicos», aunque a fecha de hoy la aceptación de la iniciativa por parte de la Comisión todavía no se ha concretado, que sepamos, en medida legislativa alguna.

(39) Cabe en este sentido citar la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de marzo de 2019, que realiza una interpretación del Reglamento 211/2011 de la Unión Europea sobre iniciativa ciudadana europea (Reglamento anterior al actual Reglamento 788/2019) favorable a los demandantes y al registro de las iniciativas presentadas al considerar que cuando la Comisión recibe una solicitud de registro de una propuesta de iniciativa ciudadana, no le corresponde en ese momento comprobar si se aporta la prueba de todos los elementos de hecho invocados, ni si la motivación que subyace a la propuesta es suficiente. En opinión del Tribunal, la Comisión debe limitarse a examinar si desde un punto de vista objetivo las propuestas planteadas podrían adoptarse sobre la base de los Tratados.

dos en el examen y evaluación de las propuestas presentadas para su registro. De hecho, las oscilaciones en su admisibilidad ponen de relieve como una interpretación menos restrictiva por parte de la Comisión ha influido considerablemente en su repunte (40).

Dada por tanto su escasa repercusión en la formulación de normas europeas, la relevancia de su análisis puede ser interesante para entender las razones que mueven a los ciudadanos a promover este mecanismo, para clarificar la perspectiva de la ciudadanía ante el propio devenir de la integración europea y sus problemas más acuciantes, así como un indicador de la popularidad de la Unión Europea entre los ciudadanos, dado el número de firmas requerido para promoverlas. Así lo demuestran algunas de las iniciativas presentadas en los últimos años, centradas básicamente en los retos a los que la Unión Europea está haciendo frente últimamente.

B. LA CIUDADANÍA ANTE LOS RETOS DE LA INTEGRACIÓN POR LA VÍA DE LA INICIATIVA

Empecemos por hablar del Brexit y sus consecuencias, sobre todo desde el punto de vista de la ciudadanía. En este contexto podemos hablar de hasta cuatro iniciativas planteadas en torno a la retirada unilateral del Reino Unido. Al promover estas iniciativas los ciudadanos han tratado de generar un debate público dirigido a revertir el proceso o a atenuar sus consecuencias. Es demasiado pronto para hacer balance del apoyo que han recibido estas iniciativas, puesto que algunas de ellas, tras haber sido registradas, permanecen todavía en fase de recogida de firmas. Así ocurre con las iniciativas «Mantenimiento de la ciudadanía europea» y «Ciudadanía de la UE para los europeos *ius solis ius sanguinis*». En ambos casos las iniciativas se dirigen a proponer actos legislativos que permiten mantener los derechos de los ciudadanos incluso en el caso de retirada de la Unión. En otros casos, el registro ha sido rechazado por la Comisión por falta de bases jurídicas para proponer legislación sobre su objeto. Es el caso de la iniciativa «Stop Brexit» (41) y «British Friends-

(40) A partir del asunto «Minority SafePack», la Comisión optó por admitir el registro parcial de las iniciativas, a pesar de que esta opción no aparecía contemplada en el anterior Reglamento sobre la iniciativa ciudadana europea. De hecho, prácticamente todas las propuestas registradas lo son parcialmente, lo que ha llevado consigo un mayor número de iniciativas admitidas. Como culminación de esta tendencia, hay que recordar que el Reglamento 788/2019, admite el registro parcial de las iniciativas, así como la subsanación de aquellas iniciativas que la Comisión considere que se refieren a materias que no entran en el ámbito de sus atribuciones para presentar propuestas legislativas.

(41) La iniciativa «Stop Brexit» tenía por objeto la permanencia de Reino Unido en la Unión Europea sobre la base de las consecuencias negativas que la retirada unilateral tendría para el país y su sociedad, dando lugar a la escisión de la población en torno a este asunto.

stay with us» (42). La Comisión consideró en ambos casos que no existía fundamentación jurídica alguna que permitiera a la UE adoptar un acto legislativo de aplicación de los Tratados con esta finalidad.

La última de las iniciativas registradas en relación con esta temática es «Ciudadanía Permanente de la Unión Europea», registrada por Decisión de la Comisión de 18 de julio de 2018 C (2018) 4557 final. Su fundamentación jurídica se sustenta en el hecho de que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un estado miembro de la Unión Europea ostentan ciertos derechos tales como la libertad de movimiento o de residencia, de forma que los ciudadanos que ya hayan hecho uso de estos derechos con carácter previo a la retirada de un estado de la Unión Europea pueden seguir manteniéndolos, aunque ello excluya el ejercicio de otros derechos de corte político tales como los de sufragio activo o pasivo.

La cuestión de los nacionalismos ha entrado también en el debate público por vía de la presentación de alguna iniciativa planteada en relación con la permanencia en la Unión Europea de un territorio en el supuesto de su escisión o independencia de un estado miembro. Es el caso de la iniciativa «Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva», cuyo registro fue denegado sobre la base de ausencia de competencias de la Comisión para proponer actos legislativos en aplicación de los Tratados sobre esta materia.

Los ciudadanos han mostrado también sus inquietudes en lo que se refiere al sistema de gobierno europeo, la aplicación del principio democrático y su participación en la vida democrática de la Unión. Cabe decir que, en este contexto, el registro de las iniciativas ha sido denegado en la mayoría de los casos, dada la ausencia de bases jurídicas para acometer propuestas normativas referentes a la introducción de los mecanismos de la democracia directa en el contexto europeo o a la reordenación de las estructuras institucionales de la Unión europea. Este ha sido el caso de iniciativas como «To hold an immediate EU Referendum on public confidence in European Government's competence», «A new EU legal norm, self-abolition of the European Parliament and its structures, must be immediately adopted» y «The Supreme Legislative & Executive Power in the EU must be the EU Referendum as an expression of direct democracy». Sin embargo, la iniciativa «Respeto del Estado de Derecho en la

(42) Esta iniciativa considera que el referéndum celebrado en 2016 no tenía carácter vinculante, sino que tenía por objeto recabar la opinión de la ciudadanía previa a la decisión del Parlamento. Sobre esta base, el objeto de la iniciativa es crear una plataforma que permita a todos los ciudadanos europeos tomar parte en el proceso y expresar sus opiniones sobre el asunto, y al mismo tiempo, permitir que los ciudadanos británicos, especialmente aquellos que no pudieron participar en el referéndum por tener sus residencias en otro país de la UE puedan, con su participación, pronunciarse sobre el asunto.

Unión Europea», dirigida a la creación de mecanismos de evaluación objetiva e imparcial para verificar la aplicación de los valores de la Unión Europea por parte de todos los estados miembros, ha sido recientemente registrada por Decisión 2019/569 de 3 de abril.

Otras iniciativas como «Wake Up Europe! Actuar para preservar el proyecto democrático europeo» y «Let me vote», que pretendía ampliar el derecho de voto de los ciudadanos europeos más allá del ámbito local fueron retiradas por los organizadores(43).

La crisis de los refugiados ha sido también el detonante de algunas iniciativas tales como «Let's fly 2 Europe: Permitir a los refugiados un acceso legal y seguro a Europa», que fue retirada por los organizadores tras su registro, sin que en la información oficial facilitada por la Comisión europea consten los motivos. La iniciativa ciudadana «Somos una Europa acogedora. ¡Dejadnos ayudar! (44)» fundamenta sus propuestas de actos normativos en los artículos 77, apartado 2, letra d), 78, apartados 2 y 79, apartados 2 y 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y se une a la lista de iniciativas registradas.

También la política de cohesión y solidaridad entre las regiones ha promovido el planteamiento de ciertas iniciativas, como «One million signatures for a Europe of solidarity», cuyo registro fue denegado y recurrido por los promotores, o la iniciativa «Política de cohesión para la igualdad de las regiones», cuyo recorrido jurídico fue similar a la anterior. Recientemente sin embargo, y como muestra de una mayor apertura de la Comisión se ha registrado la iniciativa «Política de Cohesión para la igualdad de las regiones y la preservación de las culturas regionales» (45). Considera la Comisión que la iniciativa ciudadana propuesta, en la medida en que tiene por objeto proponer a la Comisión actos jurídicos que establezcan las tareas, los objetivos prioritarios y la organización de los Fondos Estructurales, y siempre que las acciones que se vayan a financiar se traduzcan en el refuerzo de la cohesión económica, social y territorial de la Unión, no

(43) Según el artículo 4.5, los organizadores podrán retirar una iniciativa ciudadana registrada en cualquier momento antes de la presentación de las declaraciones de apoyo. En tal caso, se introducirá una mención en este sentido en el registro.

(44) Sus objetivos se definen como siguen: «1. En toda Europa hay ciudadanos y ciudadanas que quieren apadrinar a refugiados y refugiadas para ofrecerles un hogar seguro y una nueva vida. Queremos que la Comisión ofrezca apoyo directo a los grupos locales que ayudan a los/as refugiados/as que disponen de visados nacionales. 2. No debe perseguirse ni multarse a nadie por ofrecer refugio o ayuda humanitaria. Queremos que la Comisión impida que los gobiernos penalicen a los/as voluntarios/as. 3. Todos tenemos derecho a la justicia. Queremos que la Comisión garantice procedimientos y normas más eficaces para defender a las víctimas de la explotación laboral y la delincuencia en Europa y a todas las víctimas de violaciones de los derechos humanos en nuestras fronteras. El plazo de recogida de firmas está todavía abierto hasta el 15 de febrero de 2019».

(45) Decisión de 30 de abril de 2019.

está manifiestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión. Por su parte, la iniciativa «Reduzcamos las desigualdades salariales y económicas que dividen a la UE» tiene por objeto proponer actos jurídicos que denoten la intención de la UE de eliminar las desigualdades salariales entre los Estados miembros y que permitan una mayor cohesión de los Estados(46). Dicha iniciativa fue también objeto de registro. Sin embargo, a la fecha de cierre del plazo para la recogida de apoyos, el 22 de mayo de 2018, la mencionada iniciativa no había reunido suficiente número de firmas, por lo que fue retirada por sus promotores.

Finalmente cabe hacer referencia a algunas de las últimas iniciativas que han sido recientemente objeto de registro y que muestran esa tendencia a la aplicación de criterios menos restrictivos por parte de la Comisión en la admisión de las iniciativas. Cabe así citar las iniciativas «Eat original; Unmask your food» (47), «Etiquetado obligatorio de los alimentos como no vegetarianos, vegetarianos, veganos» (48); «Atajen el fraude y el abuso de los fondos de la UE (49)»; «End the cage age (pongamos fin a la era de las jaulas)» (50); «La solución rápida, equitativa y efectiva al cambio climático» (51); «Política de cohesión para la igualdad de las re-

(46) Los organizadores basan su iniciativa en los artículos 3, apartados 1 al 4 y 6, del TUE; Preámbulo, artículo 174; artículo 2, apartado 3; artículo 8, artículo 45, apartado 1, del TFUE. La emigración masiva agrava aún más el atraso de los Estados miembros menos favorecidos. Mientras tanto, los Estados miembros más ricos consideran perjudicial para sus intereses la llegada masiva de trabajadores, lo que divide a la UE. La UE debe demostrar claramente su intención de eliminar las desigualdades salariales que afectan a la libre circulación de los trabajadores, y para ello necesita una cohesión más eficiente a fin de garantizar su supervivencia.

(47) El registro de esta iniciativa tuvo lugar el 2 de octubre de 2018. Su objetivo es que se impongan declaraciones obligatorias de origen para todos los productos alimentarios a fin de prevenir el fraude, proteger la salud pública y garantizar el derecho de los consumidores a la información.

(48) El registro de esta iniciativa se realizó por Decisión de 7 de noviembre de 2018. Tal y como establece la citada Decisión, «Los vegetarianos y los veganos tienen grandes dificultades para encontrar alimentos adecuados en toda la UE. Se ven obligados a estudiar la lista de ingredientes de cada producto alimenticio para determinar si les conviene o no comprarlo, prestando una extrema atención a una serie de ingredientes ambiguos que pueden ser de origen vegetal o animal. Esta situación se complica aún más por el hecho de que la UE no tiene una lengua única». Los organizadores de la iniciativa proponen una ley que exija la colocación de unas etiquetas gráficas en todos los productos alimenticios: no vegetariano, vegetariano o vegano, junto con el resto del etiquetado de los alimentos.

(49) El registro de esta iniciativa tuvo lugar el 27 de septiembre de 2018. Dicha iniciativa exige la aplicación de controles reforzados y sanciones más estrictas en aquellos estados miembros que no se hayan adherido a la Fiscalía Europea a fin de proteger los intereses financieros de la Unión.

(50) La iniciativa fue registrada el 11 de septiembre de 2018 y su objetivo es poner fin al trato inhumano de los animales de granja enjaulados. Los organizadores piden a la Comisión que proponga legislación para prohibir el uso de jaulas en relación a la cría de animales con fines alimenticios.

(51) Decisión de 30 de abril de 2019, con el objeto de poner un precio cada vez más alto a la contaminación y ofrecer los ingresos obtenidos a los hogares.

giones y la preservación de las culturas regionales» (52); «Poner fin a la exención fiscal a los carburantes de aviación en Europa» (53); «Respeto del Estado de Derecho en la Unión Europea» (54); «Un precio para el carbono para luchar contra el cambio climático» (55); «Cultivemos los progresos científicos, los cultivos son importantes!» (56); «Eliminar de raíz la corrupción en Europa, suprimiendo los fondos a los países con un sistema judicial ineficiente una vez finalizado el plazo establecido» (57); «Medidas ante la situación de emergencia climática» (58) y «Salvemnos a las abejas y a los agricultores. Hacia una agricultura respetuosa con las abejas para un medio ambiente más sano» (59).

La Comisión en cambio ha denegado el registro de iniciativas, tales como «Cese del Comercio con asentamientos israelíes en los territorios palestinos ocupados» (60); «Garantizar la conformidad de la política comercial común con los Tratados de la Unión Europea y el cumplimiento del Derecho internacional» (61) y «Derecho de la Unión Europea, de-

(52) Decisión de 30 de abril de 2019, cuyo objetivo es conseguir que la política de cohesión de la Unión Europea preste especial atención a las regiones con características nacionales, étnicas, culturales, religiosas, o lingüísticas que sean diferentes de las regiones circundantes.

(53) Esta iniciativa, registrada también por decisión de 30 de abril de 2019 pretende introducir un impuesto especial sobre los carburantes de aviación (queroseno).

(54) Registrada por Decisión de 3 de abril de 2019, propone la creación de un mecanismo de evaluación objetiva e imparcial para verificar la aplicación de los valores de la Unión Europea por parte de todos los estados miembros.

(55) Registrada por Decisión de 3 de julio de 2019, que promueve la aprobación de legislación de la Unión Europea que desincentive el consumo de combustibles fósiles para fomentar el ahorro energético y el uso de fuentes renovables a fin de luchar contra el calentamiento global y limitar el aumento de la temperatura.

(56) Registrada por Decisión de 3 de julio de 2019, pretende la revisión de la Directiva 2001/18/CE y el actual mecanismo de exención previsto en la misma con respecto a las nuevas técnicas de mejora vegetal.

(57) Decisión de 4 de septiembre de 2019.

(58) Registrada por Decisión de la Comisión de 4 de septiembre de 2019, pide a la Comisión que refuerce sus acciones ante la situación de emergencia climática en consonancia con el objetivo de limitar el calentamiento del planeta. Ello supone unos objetivos climáticos más ambiciosos y un apoyo financiero para la lucha contra el cambio climático.

(59) Registrada por Decisión de 4 de septiembre, busca proteger a las abejas y la salud de las personas proponiendo actos jurídicos dirigidos a eliminar gradualmente los plaguicidas sintéticos de aquí a 2035, restaurar la biodiversidad y apoyar a los agricultores en la transición.

(60) Cuyo registro se deniega por Decisión de 30 de abril de 2019. La Comisión considera que un requisito previo para la adopción de un acto jurídico sobre la base del artículo 215 del TFUE es una decisión adoptada de conformidad con el capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea, que contempla la interrupción o reducción, total o parcial, de las relaciones económicas y financieras con el tercer país de que se trate. La Comisión no está facultada para presentar una propuesta de acto jurídico que deba adoptarse sobre la base del dicho artículo.

(61) Registrada por Decisión de 4 de septiembre de 2019, promueve la regulación de las transacciones comerciales con las entidades de países ocupantes, o que operen en territorios ocupados mediante la prohibición de la entrada en el mercado de la Unión Europea de productos originarios de tales territorios.

rechos de las minorías y democratización de las instituciones españolas» (62).

2. Las consultas: un conjunto de buenas prácticas sin un régimen normativo

A. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el derecho comunitario, una consulta se define como el procedimiento a través del cual una institución trata de obtener aportaciones de sujetos externos (63) para dar forma a una política o a una propuesta normativa antes de tomar una decisión sobre la misma (64).

Tradicionalmente se han considerado las consultas como un mecanismo para mejorar la regulación, al permitir a aquellas partes afectadas realizar aportaciones durante el proceso de elaboración de las normas e introducir sus perspectivas y puntos de vistas, incluyendo la posibilidad de plantear opciones alternativas al ejercicio de la potestad normativa. Dichas consultas ayudan al regulador a recabar información, valorar la integración de intereses contrapuestos y tomar decisiones informadas. Igualmente, permiten identificar con antelación los potenciales efectos negativos de las normas y su posible interacción con otras ya existentes o el resultado de su aplicación conjunta. Teóricamente, el proceso normativo abierto a las consultas mejora el control y responsabilidad de los

(62) El registro fue denegado por Decisión de 3 de julio de 2019, por entender la Comisión que la iniciativa ciudadana propuesta invitaba a la Comisión a examinar la situación en España en lo que atañe al movimiento en favor de la independencia en Cataluña en el contexto de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de Derecho» y, en su caso adoptar medidas en este contexto. En cambio, la iniciativa ciudadana propuesta no invita a la Comisión a presentar una propuesta de acto jurídico de la Unión. Por estos motivos, entiende la Comisión que la iniciativa ciudadana propuesta está manifiestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión para presentar una propuesta de acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de los Tratados.

(63) Las consultas permiten obtener aportaciones de las entidades regionales y locales, las organizaciones de la sociedad civil, las empresas y asociaciones de empresas, los ciudadanos individualmente considerados, así como de académicos y expertos. Sin embargo, en la medida en que estamos hablando de la inclusión democrática de los ciudadanos en el proceso de producción normativa, es necesario reconducir el ámbito de esta exposición, excluyendo a aquellos sujetos que forman parte del sector público, en la medida en que la participación de entes/entidades públicas en la consulta obedece a premisas diferentes a las que definen los mecanismos de la democracia participativa de acuerdo con nuestro derecho interno.

(64) La necesidad de un diálogo transparente, abierto y regular y de realizar amplias consultas se establece en el artículo 11 del TUE. Sobre las diferentes implicaciones del referido artículo puede verse BOUZA GARCÍA, L. (2010). Puede verse también MENDES, J. (2011). Igualmente, CUESTA LÓPEZ, V. (2010).

poderes públicos, reduce la arbitrariedad y permite la consideración previa de los intereses afectados.

Las consultas de la Comisión constituyen una forma de participación funcional en el procedimiento normativo que permite a los ciudadanos y a los afectados por la norma anticipar su opinión sobre un determinado asunto que está siendo o va a ser objeto de tramitación. Dicha participación se sustancia fundamentalmente en la fase prelegislativa, cuando la Comisión está elaborando un proyecto normativo que se debatirá en el marco de los procedimientos legislativos ordinarios o especiales ante las instituciones legislativas.

Es importante que en la fase prelegislativa la ciudadanía en general y también los sujetos que puedan verse afectados en sus derechos e intereses por la norma tengan reconocida la capacidad de intervenir a fin de poder compaginar desde un principio el interés comunitario con sus propios intereses. Dicho interés ha de ser perceptible para los ciudadanos, y para ello su colaboración en este primer estadio normativo es esencial. La Comisión no puede ni debe hacer propuestas legislativas al margen de la ciudadanía, pues esta institución se legitima ante los ciudadanos por medio de sus acciones, razón por la cual es importante que cuente desde el principio con la opinión de los ciudadanos. Y aunque las dos instituciones legislativas, el Parlamento y el Consejo, tienen capacidad para solicitar la adopción de propuestas normativas, en realidad, la potestad de iniciativa legislativa reside exclusivamente en la Comisión (65). Por eso es importante que la colaboración de los ciudadanos con las instituciones se articule incluso antes de la formulación de la propuesta legislativa, pues si la gestación de las normas, el germen de las mismas, carece de apoyo o soporte ciudadano, la posterior tramitación parlamentaria y el resultado final estará afectado por esa carencia (66). Así, el artículo 2 del Protocolo N.º 2 del TFUE, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad concreta la aplicación del principio de participación democrática en los procedimientos de elaboración de normas, al señalar que antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas, si bien en casos de urgencia excepcional la citada institución podrá prescindir de ellas motivando su decisión en una propuesta.

(65) La única excepción a la iniciativa legislativa de la Comisión se regula en el artículo 223 del TFUE, que permite al Parlamento ejercer esta iniciativa.

(66) Téngase en cuenta que, a diferencia de nuestro sistema constitucional, donde la iniciativa legislativa corresponde no sólo al gobierno, sino también al Parlamento, en la UE el monopolio de dicha iniciativa corresponde a la Comisión. Por tanto, la única forma de participación ciudadana en la fase de iniciativa legislativa lo es a través de los mecanismos de la democracia participativa, sea a través de la iniciativa ciudadana europea o las consultas. Sobre esta cuestión, puede verse UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (2010).

La posibilidad de realizar nuevas consultas en fase legislativa por parte del Parlamento y del Consejo también es objeto de consideración por las normas europeas. Así, el Acuerdo Institucional de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación contempla la extensión de las consultas a todo el proceso de producción normativa. Pero, a diferencia de las consultas, realizadas en el marco de las evaluaciones de impacto, que deben efectuarse por regla general por la Comisión antes de la elaboración de una propuesta, el Parlamento y el Consejo realizarán dicha evaluación cuando lo consideren necesario y oportuno, y esa discrecionalidad se aplicará incluso en el caso de que se hayan producido modificaciones sustanciales a la propuesta de la Comisión. Por ello, y a pesar de la posible extensión de las consultas a la fase legislativa del procediendo de elaboración de normas, tal y como prevé el Acuerdo institucional, la discrecionalidad otorgada al Parlamento y al Consejo para apreciar la necesidad de llevar a cabo una nueva evaluación de impacto (67) es indicativa de los límites de tal previsión. Los datos demuestran que una vez la iniciativa ha pasado a las instituciones legislativas, la realización de las evaluaciones de impacto es poco significativa, de modo que las consultas públicas quedan sobre todo referidas a la fase prelegislativa, mientras que su aplicación en el marco del procedimiento legislativo, ordinario o especial está limitado a la apreciación discrecional de su necesidad por parte de los colegisladores, cosa que raramente sucede.

Por otra parte, no hay que olvidar que bajo los presupuestos de la llamada legislación inteligente la participación ciudadana se hace presente a lo largo de todo el ciclo de vida de una norma, desde el momento en que la Comisión se plantea la posibilidad de tramitar una propuesta normativa, hasta el momento en que una norma en vigor es objeto de derogación. La colaboración de los ciudadanos y de los afectados por la norma es así un elemento decisivo no sólo para su adopción, como lo había sido hasta ahora, sino también para la subsistencia de la misma, ya que la democracia participativa se incentiva a lo largo de toda la vigencia de las normas y condiciona su modificación e incluso su derogación. Se producen así las consultas *a posteriori*, es decir consultas sobre la adecuación y eficacia de la normativa vigente.

La consecuencia inmediata de los planteamientos anteriores es la ampliación de la participación ciudadana a todo el ciclo normativo de una ley. El concepto de «smart regulation» implica que el escrutinio de las normas vigentes deja de ser un monopolio de las instituciones europeas (de los poderes públicos en general, si tenemos en cuenta que tam-

(67) CABALLERO SANZ, F. (2006).

bién las legislaciones internas y entre ellas España están influidas por estas premisas), para dar cabida también a actores externos, tales como los grupos de interés o los ciudadanos individualmente considerados. Si hasta épocas recientes la modificación o derogación de las normas había sido una función pública sin margen para la colaboración de los ciudadanos, los nuevos planteamientos de la normativa inteligente abren las puertas a los mecanismos de la democracia participativa, y por medio de ellos a las consultas, también para decidir la vigencia de las normas o la necesidad de introducir modificaciones sustanciales a las mismas.

B. EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LAS CONSULTAS: UN COMPROMISO DE BUENAS PRÁCTICAS SIN CARÁCTER VINCULANTE

Aparte del marco general que proporcionan los Tratados a los que hemos hecho referencia anteriormente (68), cabe decir que no existe un contexto normativo que regule el régimen sustantivo de las consultas, ya que éste se recoge en comunicaciones de la Comisión, programas o conclusiones del Consejo europeo que carecen de valor jurídico y de efecto vinculante (69). Estos documentos tratan de crear un marco institucional, que no normativo, que defina las prácticas de la Comisión y de sus funcionarios. A través de ellos la Comisión se autovincula a una práctica para la mejora de la calidad de las normas y de su transparencia por medio del mecanismo de consultas. En efecto, la Comisión estableció un marco genérico sobre las mismas en su Comunicación (COM 2002) 704 final, titulada «Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo. Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas». Sin embargo, estas normas mínimas no se articulan a través de un instrumento jurídico con eficacia vinculante, sino a través de un documento político, en forma de comunicación (70).

(68) Artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, así como al artículo 2 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, referente al deber de realizar consultas antes de proponer un acto legislativo.

(69) Sobre el valor jurídico de las Comunicaciones puede verse GARDEÑES SANTIAGO, M. (1992), pág. 945.

(70) Por otro lado, la aplicación de estas normas y principios mínimos no tiene tampoco carácter absoluto. Así son sectores excluidos: los supuestos en que los Tratados prevén consultas específicas a los órganos consultivos institucionalizados, o el diálogo social previsto en los artículos 154 a 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o previstos en otra legislación comunitaria; Las consultas requeridas en virtud de acuerdos internacionales; Las decisiones adoptadas en un proceso formal de consulta a los Estados miembros (procedimiento de comitología).

La Comisión considera que la mejora de sus prácticas consultivas no debe basarse en la existencia de normas jurídicas vinculantes, sino más bien en la existencia de unos principios o «normas mínimas» en el sentido más amplio de la expresión y por tanto carentes de un contenido estrictamente técnico o jurídico, pues su objetivo es servir de orientación y asistencia a los funcionarios de la Comisión encargados de dirigir los procesos de consulta. Más que de normas jurídicas, estaríamos hablando de un conjunto de buenas prácticas que tienen el valor de meras sugerencias carentes de eficacia vinculante.

De este modo, a pesar de que las consultas están sometidas a unos principios generales y a unas normas mínimas, tales normas carecen de la eficacia normativa que su denominación sugiere, de forma que adolecen de carácter preceptivo en el sentido jurídico del término. Por esta razón, más que un estudio del régimen jurídico vigente de las consultas, lo que pretendemos realizar es una propuesta normativa que abogue por la necesidad de su tratamiento jurídico a través de normas de carácter vinculante. Sin embargo, ya hemos visto como la Comisión rehúye tal posibilidad, pues pretende tener flexibilidad para realizar sus propuestas normativas sin estar constreñida por las consecuencias jurídicas de un posible incumplimiento de las normas de procedimiento. No hay, pues, voluntad de adoptar una regulación jurídica que vincule a la Comisión a seguir unos cauces procedimentales, defina obligaciones o deberes claros para la misma y prevea las consecuencias de su incumplimiento. La ausencia de normas con efecto vinculante implica la ausencia de derechos para los ciudadanos(71), tanto para el público en general, como para aquellos que se puedan ver afectados por la norma, a excepción de lo previsto en los artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que son los únicos que parecen establecer un procedimiento institucionalizado de consulta con efecto vinculante para la Comisión.

La situación descrita deja en el plano de los principios y las buenas intenciones las disposiciones de los Tratados referentes a la democracia participativa en el proceso de adopción de normas, dada la falta de plasmación de sus postulados en deberes y obligaciones concretos. Todo ello atenta contra el principio de buena administración, que presupone la existencia de unas instituciones sometidas a unas normas jurídicas que están ausentes cuando se trata de perfilar el derecho de los ciudadanos o de los afectados por la norma a un trámite procedimental consultivo.

(71) Así, en la página web de la Comisión europea se pueden encontrar una serie de «directrices y herramientas» (*guidelines and a toolbox*), dirigidas principalmente al personal funcionario de la Unión Europea que participe en la preparación de propuestas normativas. No es necesario señalar que estas directrices o instrucciones carecen igualmente de valor normativo y no generan derechos para los ciudadanos.

Por otra parte, el ámbito objetivo sometido a dichas normas y principios es también limitado. Así, estarán exentos de la necesidad de consulta los proyectos de actos delegados y los proyectos de actos de ejecución cuando se refieran a la gestión financiera en el caso de los actos de ejecución, y para ambos tipos de actos, cuando el margen de discrecionalidad sobre su contenido sea escaso o nulo; cuando se hayan mantenido amplias consultas durante la preparación del acto; cuando la urgencia impida realizar esas consultas y por otras razones debidamente justificadas (72). Este último supuesto constituye una cláusula abierta que permite eludir la consulta con sólo motivar la decisión (73). La Comisión puede excusar el trámite simplemente motivando las razones que le han llevado a prescindir de él.

En principio podría parecer que la concurrencia de razones de urgencia para omitir la realización de las consultas responde a parámetros de excepcionalidad. Sin embargo, el trasfondo económico y social en que vivimos, sujeto a cambios y adaptaciones constantes, parece hacer más frecuente la necesidad de normas improvisadas y coyunturales para atender circunstancias sobrevenidas. Pensemos por ejemplo en la reciente crisis económica, que requirió actuaciones normativas rápidas sin mucho margen para un análisis detallado de la situación, o los rápidos cambios que se suceden en ciertos sectores tecnológicos o en los mercados, que merman la capacidad de los poderes públicos para realizar un análisis racional de la situación que dé una respuesta normativa a una determinada situación, forzándoles a adoptar medidas preventivas o provisionales. Es lógico pensar que en semejante entorno social, económico y normativo las consultas y las evaluaciones de impacto se resientan considerablemente.

Tampoco el Acuerdo Institucional de 13 de abril de 2016 sobre mejora de la legislación proporciona un régimen jurídico sustantivo para las consultas, ni establece unos cauces procedimentales de los que puedan resultar derechos subjetivos para los ciudadanos invocables ante las instituciones europeas. El Acuerdo va dirigido a garantizar el principio de cooperación leal entre las instituciones en el ámbito de la mejora de la legislación, y su contenido obedece a estas premisas, pero es insuficiente para garantizar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas. Así, en el citado Acuerdo no se establece ni el conte-

(72) Así, por ejemplo, entre 2007 y 2014, la Comisión produjo más de 700 evaluaciones de impacto, mientras que, en el mismo periodo, el Parlamento evaluó el impacto de 20 de sus enmiendas y el Consejo no evaluó ninguna. Esto demuestra que rara vez los colegisladores inician la consideración de una propuesta con un examen adecuado de la evaluación de impacto de la Comisión.

(73) El artículo 2 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad señala que en casos de urgencia excepcional la Comisión no procederá a estas consultas, aunque deberá motivar su decisión en su propuesta.

nido de las consultas, ni los plazos durante los cuales se van a realizar, ni cuales hayan de ser los efectos de las mismas, es decir su tratamiento por parte de la Comisión (74), más allá de su publicidad y comunicación a los legisladores (75). De esta manera, el procedimiento de elaboración de la propuesta normativa y el trámite de consultas quedan muy desdibujado desde el punto de vista de las garantías jurídicas de los potenciales destinatarios de la norma, pues el contenido del Acuerdo está diseñado para garantizar la implicación y cooperación de las instituciones europeas en los objetivos de mejora de la legislación, considerando la participación de los ciudadanos en el procedimiento de forma tangencial y eventual.

La ausencia de instrumentos normativos de carácter vinculante, salvo lo ya mencionado en el caso de los interlocutores sociales (artículos 154 y 155 del TFUE), constituye por tanto el principal obstáculo que se plantea a la eficacia de las consultas públicas. Así, se echan en falta normas con eficacia vinculante que regulen el procedimiento de consulta, establezcan expresamente la obligatoriedad de este trámite, e impongan unos plazos claros, concretos y determinados para la participación del público y de los afectados por la norma.

Lógicamente, las críticas anteriores tienen por objeto formular una propuesta normativa dirigida a conferir a las consultas el carácter de trámite preceptivo, cuya inobservancia debería originar la nulidad del acto jurídico resultante. En definitiva, ello supone pasar de la consideración de la consulta como mero compromiso de buenas prácticas, a dotarla del carácter de trámite procedimental y requisito de validez de las normas. Las previsiones actuales distan mucho de lo apuntado. El Acuerdo institucional sobre mejora de la legislación habla de dar publicidad al resultado de las consultas, y de enviarlas a los legisladores, aunque no parece suficiente para garantizar que las contribuciones externas sean objeto de consideración de cara a su integración y contribución al resultado normativo.

(74) No señalan los textos legales la necesidad de responder a las alegaciones planteadas por los ciudadanos. Sólo se habla de la publicación de las mismas y la comunicación a los legisladores. Al no estar configuradas como un derecho, la falta de respuesta a las mismas no puede considerarse como una privación de tal derecho, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, donde la falta de respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública equivale a la privación de tal derecho y la omisión de un trámite esencial del procedimiento. Ver en este sentido las sentencias del Tribunal supremo de 25 de mayo de 2015 y de 23 y 24 de junio del mismo año.

(75) En este sentido, cabe decir que la intervención de los ciudadanos puede articularse como una forma de coparticipación, donde la consulta no consiste únicamente en presentar unas alegaciones que se hacen públicas y se transmiten a los legisladores, sino que puede abrir también un debate en el que las instituciones europeas confrontan sus opiniones con las de los ciudadanos, con intención de soslayar los inconvenientes planteados por el público, solicitando nuevos informes en casos de dudas o reconsiderando su opinión al respecto. Todo ello para evitar que las consultas se conviertan en un mero formalismo que la Comisión ha de cumplir sin mayores exigencias.

La falta de diseño jurídico del procedimiento desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos incide en el derecho fundamental a una buena administración, tal y como aparece recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por otro lado, una regulación procedimental que considera la participación ciudadana de forma soslayada e indirecta puede inducir a importantes carencias en la legislación resultante. Los procedimientos así regulados no garantizan la adecuada valoración y toma en consideración de los diferentes intereses afectados por la norma, potenciando la unilateralidad y la exclusiva consideración de una visión política o burocrática de los problemas. La consecuencia de ello no solo se manifiesta en la no consecución del objetivo programático de legislar mejor, sino que también genera un problema de legitimidad del sistema de producción normativa, lo que sin duda dará lugar a una más frecuente impugnación de las normas como efecto colateral. Igualmente, todo ello dificulta la transparencia y propicia acciones tendentes a favorecer a los grupos de interés en detrimento de los ciudadanos como exponemos a continuación.

C. LAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE INTERESES COMO SUJETOS DE LAS CONSULTAS:
EL PELIGRO DEL LEGISLADOR EN LA SOMBRA

a) *Asociaciones representativas y grupos de presión: el peligro de los intereses encubiertos*

Aunque las consultas puedan dirigirse a distintos sujetos, los grupos de interés están llamados a tener un mayor impacto en el proceso legislativo, dado que en muchas ocasiones tienen sus métodos específicos de consulta y por esta razón se encuentran en una posición más ventajosa para influir en la elaboración de normas.

En principio, el artículo 11 del TUE hace referencia a las asociaciones representativas y a la sociedad civil, terminología también empleada en otros documentos oficiales posteriores que utilizan y dotan de contenido a estos conceptos (76). El Acuerdo institucional de 16 de abril de

(76) Así, por ejemplo, algunos documentos europeos hablan también de sociedad civil organizada, como es el caso del Dictamen del Comité Económico y Social de 1999, sobre «El papel y la contribución de la sociedad civil organizada en la construcción europea». Se entiende por tal aquella que agrupa a los interlocutores sociales (las organizaciones sindicales y patronales), así como a las organizaciones no gubernamentales, asociaciones profesionales, organizaciones de beneficencia, organizaciones de base y organizaciones para la participación de los ciudadanos en la vida local y municipal, considerando especialmente iglesias y comunidades religiosas. Se excluyeron de este concepto los grupos de presión de empresas y los representantes externos que trabajaban para terceros clientes, así como a las asociaciones de empresas. Más tarde, el Libro Blanco sobre la Gobernanza europea amplió el concepto de sociedad civil organizada incluyendo a las asociaciones de

2014(77), relativo al registro de transparencia, adopta en cambio el concepto de grupos de interés en referencia a las distintas categorías de sujetos con posibilidad de incidir en el proceso legislativo de elaboración de normas europeas. Este término parece poner el acento en aquellas acciones realizadas a iniciativa propia para influir en la formulación de normas y políticas europeas más que en su papel como interlocutores de las consultas promovidas por la Comisión, e incluye grupos muy heterogéneos entre los que cabe citar los grupos de presión(78) o *lobbies*(79).

En la Comunicación relativa al seguimiento del Libro Verde «Iniciativa europea en favor de la transparencia». COM (2007) 127 final, la Comisión realiza una aclaración respecto de la utilización en documentos anteriores del término «grupos de presión», que había sido criticado por las implicaciones que para algunos de los sectores consultados llevaba implícito el término. Señala la referida institución que la utilización de esta terminología no incluía ningún juicio de valor negativo, sino que simplemente describía aquellos grupos o sectores que realizan actividades con el objetivo de influir en los procesos de elaboración de políticas y de toma de decisiones de las instituciones europeas, resaltando su legitimidad y su papel en el sistema democrático de la Unión Europea.

Es claro que los procedimientos legislativos están muy influidos por intereses y fuerzas económicas. No sólo porque dichos intereses están presentes en la propia definición y esencia del concepto mismo de legislación inteligente, sino también porque a lo largo del proceso consultivo, no todos los potenciales sujetos con capacidad para participar en la consulta van a usar los mismos cauces, ni sus aportaciones van a tener la misma incidencia en el resultado normativo. En este contexto, cabe advertir de los peligros de la participación de estos grupos de interés, ya que a través de ellos se puede suplantar la legitimidad democrática en el proceso de toma de decisiones, circunstancia que se dará cuando detrás

empresas y consultorías. Será con el Tratado de Lisboa y la aplicación del artículo 298 del TFUE, al crear un registro de los grupos de interés y someterle a un código de conducta, que la Comisión abandona el concepto de sociedad civil y se refiere a todos los sujetos participantes como grupos de interés. Sobre este punto ver RODRÍGUEZ TORRES, C. (2016), págs. 6 y ss.

(77) Acuerdo Interinstitucional entre el Parlamento europeo y la Comisión europea relativo al registro de transparencia sobre organizaciones y personas que trabajando por cuenta propia participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea. Este Acuerdo regula la inscripción voluntaria en el registro de transparencia, el código de conducta y las medidas aplicables en caso de incumplimiento del código de conducta.

(78) Hay que aclarar que el término *lobby* carece en el derecho europeo de esta connotación negativa con que se identifica en nuestra cultura. Como señala RODRÍGUEZ TORRES, C. (2016), pág. 12.

(79) En el ámbito estatal el legislador parece decantarse por el concepto de grupo de interés, tal y como se deduce de la Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para la regulación de los grupos de interés, publicado en el Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 29 de junio de 2017.

de esta participación se encuentren poderes fácticos con capacidad económica e influencia en el proceso de adopción de decisiones que desvirtúen los presupuestos de la democracia participativa. En tales casos, los grupos de interés (también llamados grupos de presión en el contexto europeo) se convierten en legisladores subrogados, cuasi-legisladores o pseudo-reguladores(80) en la sombra, dado que, como veremos más adelante, los registros de transparencia son de carácter facultativo. La revelación de los medios de financiación de los representantes de intereses se presume como uno de los datos claves para saber cuáles son las fuerzas motrices detrás de cada una de las actividades de estos grupos. Sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones de las instituciones europeas, los mecanismos jurídicos articulados para hacer pública esta información son insuficientes. De acuerdo con el sistema de autorregulación, sigue siendo responsabilidad de estos grupos calcular de manera exacta la financiación que reciben a efectos de su inscripción en los registros habilitados, registros que además y como veremos, tienen carácter facultativo. La Comisión solamente ha establecido unos criterios mínimos para valorar si la información proporcionada por estos grupos es suficiente, criterios que, una vez más, carecen de fuerza vinculante, al quedar recogidos en una comunicación(81).

b) *Los instrumentos para determinar las entidades representativas de intereses: el registro de transparencia*

Las instituciones europeas han tratado de mantener un enfoque inclusivo en relación al ámbito subjetivo de las consultas, que permita a cada ciudadano particular, empresa o asociación, hacer llegar sus aportaciones a las Comisión. Sin embargo, al margen de este reconocimiento, las autoridades europeas son conscientes también de la necesidad de realizar consultas más restringidas, no alternativas, sino complementarias de las anteriores, dirigidas a los grupos destinatarios de la norma en busca de sus aportaciones en el marco de un concreto proceso normativo. Estas consultas restringidas requieren de unos cauces formales específicos que pueden articularse a través de la participación de las partes interesadas en organismos consultivos, órganos *ad hoc*, o en audiencias.

(80) Recordemos que, en ocasiones, la aplicación de las evaluaciones de impacto puede revelar la conveniencia de recurrir a otros modelos de regulación distintos del tradicional, potenciando la autorregulación o incluso la desregulación.

(81) Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento del Libro Verde «Iniciativa Europea en favor de la transparencia».

El Acuerdo institucional entre el Parlamento europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión europea sobre mejora de la legislación de 13 de abril de 2006 refleja desde un punto de vista jurídico las consideraciones anteriores estableciendo una distinción entre las consultas públicas y las consultas a los interesados. Las consultas públicas son consultas abiertas que permiten una amplia participación de todos aquellos que lo deseen, tengan o no la condición de interesados o afectados por las normas en cuestión. En cambio, en el caso de las consultas a los interesados, la Comisión debe determinar de antemano quiénes van a ser los sujetos afectados por la norma y seleccionar los interlocutores en el proceso de consultas, y en este proceso las asociaciones representativas de intereses tienen un papel fundamental al servir como canal de transmisión entre las instituciones europeas y la sociedad o ciudadanía a la que representan. Ello plantea la necesidad de recurrir a criterios de selección preestablecidos que son especialmente importantes en aquellos casos en que la consulta se limite por razones prácticas (82).

Entre los instrumentos de que dispone la Comisión para determinar, en el marco de un específico proceso normativo, qué entidades son representativas de los intereses afectados por las normas resultantes de dichos procesos hay que citar el Registro de Transparencia sobre organizaciones y personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea (83).

La decisión de creación de dicho registro tuvo su origen en la Comunicación «Seguimiento del libro verde Iniciativa europea en favor de la Transparencia», COM (2006) 194 final, que estableció básicamente dos medidas en relación a lo que ahora interesa: por una parte, creó y puso en funcionamiento el citado registro facultativo para los representantes de intereses, y por otra, elaboró un Código de conducta, que constituye un requisito para la inscripción en el mismo.

Sin embargo, la citada Comunicación carecía de valor jurídico, de forma que será el Acuerdo interinstitucional entre la Comisión y el Parlamento europeo relativo al establecimiento de un Registro de Transparen-

(82) En todo caso, y como hemos señalado más arriba, las restricciones que la aplicación de estos criterios podrían crear resultan compensados con el enfoque inclusivo que la Comisión europea pretende dar a las consultas, de modo que además de los procesos consultivos a las organizaciones representativas articuladas formalmente en bases a estos criterios, la amplitud de la consulta y la capacidad para la realización de alegaciones y propuestas resultan garantizados con la previsión de consultas abiertas, dirigidas al público en general.

(83) Según el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura». Dicho registro responde también a la aplicación del principio de transparencia al estar concebido para facilitar que los ciudadanos obtengan información acerca de las organizaciones que influyen en la configuración de las políticas europeas.

cia para las organizaciones y las personas que trabajan por cuenta propia que participan en la elaboración y aplicación de las políticas de la Unión Europea de 2011 el que otorgue a esta materia su dimensión jurídica. Este acuerdo será sustituido posteriormente por el Acuerdo interinstitucional de abril de 2014, vigente en este momento, aunque su revisión estaba prevista para 2017 (84). Las entidades incluidas en el registro centran sus actividades en «las contribuciones voluntarias y la participación en consultas oficiales o audiencias sobre actos legislativos u otros actos jurídicos previstos de la Unión o en otras consultas abiertas (85)».

Como aspecto positivo cabe hacer referencia a la exclusión del sistema de autorregulación para definir el contenido del Código de Conducta. Así, si bien en principio se barajó la posibilidad de articular un código común facultativo, elaborado y controlado por los propios grupos de interés, incluido un sistema de sanciones, finalmente se descartó esta posibilidad, tras tener en cuenta los resultados de la consulta sobre el Libro Verde «Iniciativa Europea en favor de la transparencia», que consideró la dificultad de lograr un acercamiento y consenso entre los distintos grupos de interés. Por tanto, se descartó la opción de confiar la responsabilidad de la definición y control de un código a organismos exteriores.

Los datos que el registro proporciona son una fuente de información para las instituciones europeas a la hora de determinar los diferentes grupos de interés en una determinada área material de actividad, pero el objetivo principal de estas medidas es favorecer el principio de transparencia, de forma que sea posible determinar cuál es el sustrato subjetivo que subyace tras los grupos de interés, y en definitiva en las normas europeas. Sin embargo, la inscripción en el registro no es obligatoria, dado que el instrumento jurídico que lo regula, un Acuerdo interinstitucional, y por tanto norma interna de las instituciones europeas, no tiene efectos frente a terceros, salvo de manera indirecta, a través de sus relaciones con las instituciones que son los verdaderos destinatarios del acuerdo y para las que el contenido del mismo resulta vinculante (86). Por esta ra-

(84) Según el apartado 7, «... se entenderá por “influir directamente” influir por comunicación o contacto directos con las instituciones de la Unión o por cualquier otra acción de seguimiento de este tipo de actividades, y se entenderá por “influir indirectamente” influir mediante la utilización de vectores intermedios, tales como los medios de comunicación, la opinión pública, conferencias o actos sociales, dirigidos a las instituciones de la Unión».

(85) Apartados 7 y 8 del Acuerdo Institucional.

(86) La propuesta de Acuerdo interinstitucional sobre un Registro de Transparencia Obligatorio de la Comisión europea, de 28 de septiembre de 2016, plantea convertir la inscripción de los grupos de presión en obligatoria, aunque probablemente, el instrumento normativo más adecuado para ello sería un reglamento y no un acuerdo interinstitucional. Sobre estas cuestiones y las bases jurídicas que propician esta regulación puede verse RODRÍGUEZ TORRES, C. (2016), págs. 31 y ss.

zón, se busca incentivar la inscripción otorgando a los sujetos incluidos en él una serie de beneficios inherentes y supeditados a dicha inscripción. Curiosamente, las medidas dirigidas a incentivar las inscripciones no aseguran la participación en consultas restringidas (87). Por el contrario, el registro de estos grupos se fomenta dándoles la oportunidad de señalar sus intereses específicos y a través de un compromiso de la Comisión de establecer un sistema de aviso cuando se inicien consultas sobre esos ámbitos concretos. Sin embargo, este incentivo ha tenido escasa repercusión en el fomento de las inscripciones voluntarias.

La propia Comisión es consciente de que este sistema de aviso automático de las consultas es insuficiente, sobre todo si tenemos en cuenta que existe un gran número de grupos de interés con sede en Bruselas cuya principal función es hacer un seguimiento diario de las actividades de la Comisión (88). Por esta razón, la Comisión propuso que el sistema de incentivos positivos se suplementara con medidas de corte restrictivo. Así, según la propuesta reseñada, si una organización opta por la no inscripción, la práctica habitual de la Comisión es dar a la contribución la consideración de contribución individual, de acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación sobre el «Seguimiento de la Iniciativa europea en favor de la transparencia», COM (2007) 127, final. La Comisión trata de fomentar la inscripción en el registro bajo el «apercibimiento» de que aquellos grupos de interés que no consten formalmente en el mismo serán asimilados a los ciudadanos y tendrán un tratamiento distinto a aquellas organizaciones que sí opten por la inscripción. En mi opinión, con esta afirmación se pone expresamente de manifiesto la distinta intensidad y grado de influencia de los actores externos en el resultado normativo. *A sensu contrario*, tal decisión pone de manifiesto, implícitamente, el tratamiento que la Unión Europea concede a los grupos de presión convenientemente inscritos, confirmando los argumentos expresados anteriormente sobre la posición privilegiada de éstos frente a los ciudadanos considerados individualmente, aun cuando el mecanismo bajo el que se articula su intervención sea el mismo (las consultas).

(87) Así, por ejemplo, el apartado 30 del Acuerdo interinstitucional de 2014 señala los incentivos que el Parlamento puede ofrecer a los declarantes, entre los que destacan medidas que faciliten el acceso a sus locales, a sus miembros y sus asistentes, sus funcionarios y a otros agentes.

(88) Otras medidas propuestas por la Comisión para incentivar la inscripción en el Registro de Transparencia tienen que ver con el Reglamento 1367/2006, relativo a la aplicación a las instituciones europeas del Convenio de Aarhus. El citado convenio señala que ciertas organizaciones no gubernamentales que cumplan determinados requisitos estarán habilitadas para pedir una revisión interna de algunos actos administrativos adoptados en materia ambiental. La Comisión contempla como un posible incentivo suplementario para la inscripción en el registro el favorecer la participación de las mismas en la revisión de la legislación ambiental mediante un examen previo de su capacidad para intervenir en esta materia.

La falta de transparencia, potenciada por la ausencia de normas preceptivas, obligatorias y vinculantes que regulen el régimen sustantivo de las consultas pervierte el concepto mismo de democracia participativa, concebido e ideado para potenciar la colaboración directa de los ciudadanos y las asociaciones que los representan con los poderes públicos. El ordenamiento jurídico europeo no garantiza la adecuada valoración y toma en consideración de los diferentes intereses afectados por la norma, y tampoco previene de la existencia de grupos en la sombra con capacidad para influir en las decisiones normativas a través de cauces formales específicamente habilitados para ellos. La consecuencia de ello no solo se manifiesta en la falta de consecución del objetivo programático de mejorar la legislación, sino que también genera un problema de legitimidad del sistema de producción normativa y en definitiva de legitimidad de las instituciones.

III. A modo de conclusión: sinergias entre participación ciudadana y legislación inteligente y su repercusión en el ordenamiento jurídico europeo

La inserción de estos mecanismos de la democracia participativa en el contexto de la llamada legislación inteligente y la sinergia creada como consecuencia están remodelando el ordenamiento jurídico, no sólo a nivel europeo, sino también, por extensión, a nivel interno de los estados miembros, entre ellos España. En efecto, la inclusión de los mecanismos de la democracia participativa en los procedimientos de elaboración de normas obedece a varias razones y es producto de una concurrencia de factores que son al mismo tiempo causa y efecto del resultado normativo.

Así, por una parte, las razones para introducir innovaciones basadas en los mecanismos de la democracia participativa están directamente relacionadas con un intento de responder a los retos y límites a los que hoy en día se enfrentan los sistemas democráticos basados en la democracia representativa. A nivel global la democracia representativa está sufriendo un proceso de adaptación y afronta nuevos retos que requieren la implicación de nuevos sujetos. Los sistemas de gobierno tratan de asegurar la legitimidad democrática de sus decisiones y la deliberación en el proceso de adopción de las mismas. Las nuevas formas de participación fortalecen la legitimación de las autoridades públicas, y por esta razón los poderes públicos están dispuestos a tomar en consideración las opiniones de los ciudadanos a los efectos de producir legislación que esté más cerca de sus expectativas. Los poderes públicos, y entre ellos, la Unión Europea parten de la idea de que la interacción con los ciudadanos puede me-

jorar la calidad de la democracia y fortalecer la legitimación de sus decisiones al involucrar a aquellos en los procesos de adopción las mismas. Los procesos legislativos son un claro ejemplo de las afirmaciones anteriores, dado que las leyes, por su carácter general y por su ámbito de aplicación tienen una poderosa influencia en la reformulación de los fundamentos democráticos de un sistema de gobierno.

En el caso de la Unión Europea concurre además una circunstancia específica y es que no tuvo en sus orígenes una legitimación democrática directa, pues los poderes constituyentes fueron los estados. Por esta razón es especialmente importante que las instituciones europeas se legitimen a través de sus acciones y actuaciones, y en este sentido la participación ciudadana en la elaboración de normas es un aspecto importante para conseguir dicha legitimación. El incremento de la participación democrática de los ciudadanos ha sido una constante a lo largo de la evolución de la Unión Europea que ha corrido en paralelo con su progresivo incremento de competencias a medida que los estados han ido cediéndole soberanía en parcelas cada vez más alejadas de las que justificaron la creación de las Comunidades europeas a mediados del siglo pasado. La paulatina expansión del cosmos comunitario ha hecho más evidente la distancia entre los ciudadanos, alrededor de los cuales la Unión Europea orbita, y las instituciones con capacidad de decidir, lo que ha acentuado la percepción del déficit de legitimidad democrática que desde sus orígenes se ha achacado a la esta organización supranacional y para remediarlo se ha recurrido a la creciente introducción de los mecanismos de la democracia participativa.

Por otro lado, las nuevas políticas reguladoras en que se basa el concepto de la legislación inteligente introducen los mecanismos de la democracia participativa en el proceso legislativo con vistas a la producción de normas más ajustadas a las necesidades de sus destinatarios, más eficaces y más efectivas. Y en este sentido es importante resaltar la vinculación que existe entre eficacia y legitimidad. La aceptación de la norma por el ciudadano sobre la base de su eficacia es, en definitiva, también la legitimidad de la norma. Y esa legitimidad prolonga su radio de acción a las propias instituciones. Ello es especialmente importante en el caso de la Comisión. Así, a diferencia del Parlamento, la Comisión se legitima fundamentalmente a través de sus acciones, es decir, a través de sus propuestas legislativas, en la medida en que sean eficaces y ajustadas al interés comunitario y así lo perciban los ciudadanos. Ello supone hacer uso de los mecanismos de la democracia participativa en la búsqueda de la legitimidad democrática de las normas, más allá de la legitimidad garantizada por las instituciones de la democracia representativa.

El empleo de los instrumentos de los que se sirve la denominada «smart regulation», tales como las evaluaciones de impacto y las consul-

tas públicas, potencia alternativas al clásico ejercicio de la potestad normativa, al incentivar la búsqueda de la mejor estrategia jurídica para conseguir unos determinados objetivos al menor coste. Así, las premisas de la legislación inteligente potencian y auspician el desarrollo de fórmulas alternativas y de diferentes modelos de regulación tales como la autorregulación, la co-regulación y en algunos casos, la desregulación, cuando la evaluación previa a la adopción de la norma revela la innecesariedad de la misma. La legislación resultante en aplicación de los criterios de racionalización del ordenamiento jurídico implica la necesidad de una regulación donde hay que prescindir de la norma ineficiente que pueda ser una carga para sus destinatarios. Cuando se constata la necesidad de la norma, la aplicación de los criterios de racionalización y eficiencia imponen la necesidad de eludir aquellos contenidos que puedan llegar a ser una carga para sus destinatarios, especialmente para aquellos que desarrollan una actividad económica.

Esta formulación legislativa conduce progresivamente a un contexto normativo en el que las medidas de carácter intervencionista y restrictivas son cada vez más excepcionales. Ello implica la aprobación de normas cuyos contenidos son cada vez menos preceptivos, en las que se regula por principios y en las que el recurso a las medidas coercitivas, o sancionadoras es cada vez más limitado. En definitiva, se buscan las alternativas a la clásica regulación y las normas son preteridas cuando es posible en favor de otros modelos regulatorios que implican la autorregulación y que «delegan» en sujetos externos la regulación de determinados sectores, generalmente con implicaciones económicas, llevando a cabo una «privatización» de la actividad normativa. Y allí donde la exigencia de la norma es inapelable, ésta trata de limitar su incidencia intervencionista y coercitiva.

Implicita a la introducción de los mecanismos de la democracia participativa en el proceso normativo se encuentra también la idea de que el concepto de interés público ya no es suficiente por sí solo para legitimar las normas. Estas se legitiman por la participación de sus destinatarios, que contribuyen a lo largo del proceso de elaboración a definir sus propios intereses y a asegurar su presencia y plasmación en el resultado normativo. Se produce por tanto una redefinición de los intereses jurídicos presentes en las normas y en su conformación intervienen no sólo los poderes públicos, sino también agentes externos, dado que el interés público apreciado unilateralmente por las instituciones es insuficiente. Sin embargo, en el marco de una política regulatoria concebida para potenciar el crecimiento económico, o al menos para no poner trabas al mismo, no es de extrañar que los grupos representativos de intereses económicos tengan un tratamiento privilegiado, sobre todo en lo que se refiere a la articulación de cauces que permitan a las instituciones eu-

ropeas conocer su posición y sus intereses respecto a una determinada normativa que va a ser objeto de aprobación, con el agravante de que los mecanismos de transparencia previstos hasta el momento, adolecen de las importantes limitaciones apuntadas. Bajo estas premisas, la legislación europea corre el peligro de quedar «secuestrada» por fuerzas económicas que potencian la elaboración de normas ajustadas básicamente a sus intereses, intereses cuya naturaleza económica coincide con los presupuestos de la legislación inteligente que propugnan instituciones y organizaciones como la OCDE y la propia Unión Europea y cuya inserción en la norma se potencia a través de cauces específicos en el marco de consultas restringidas.

Pero, además, en este contexto normativo, los mecanismos de participación no solo se articulan para la adopción de normas, sino también para su derogación o modificación a través de las consultas integradas en las evaluaciones *a posteriori*, que han de realizarse con la periodicidad establecida. La participación democrática se extiende así a todo el ciclo normativo, incluyendo la potestad de derogar o modificar normas. La vigencia y aplicación de la norma es así evaluada periódicamente con el fin de revisar, modificar, codificar o derogar aquella legislación que no se ajusta a los presupuestos o las circunstancias en que fue aprobada. Las evaluaciones *ex post* permiten por tanto depurar el ordenamiento jurídico, desechando aquellos actos jurídicos innecesarios o que lastran la eficacia normativa. La consecuencia es que la vigencia de la norma se dirime no solo en base a las consideraciones del legislador, como había ocurrido hasta ahora, sino también teniendo en cuenta las aportaciones e intereses de sujetos externos que asumen un papel de cuasi-regulador, con lo que el peligro de la intervención de los intereses en la sombra se extiende a todo el ciclo legislativo.

La legislación europea debe por tanto mejorar los mecanismos que permitan conocer qué fuerzas económicas subyacen bajo los llamados grupos de interés, y al mismo tiempo potenciar un enfoque integrador que favorezca la celebración de consultas abiertas a la ciudadanía, dotándolas de las garantías procedimentales necesarias para que su participación no sea una mera formalidad carente de efectos jurídicos, sino estableciendo mecanismos de retorno y de retroalimentación que permitan barajar e integrar en las normas la pluralidad de intereses en contienda y hacer efectivos los principios de gobierno democrático que promulga la Unión Europea.

Igualmente, mecanismos como la iniciativa ciudadana europea han de ser potenciados por las propias instituciones europeas para que no resulten meros instrumentos decorativos. De otro modo, los ciudadanos corremos el riesgo de ser sepultados por la «presión» ejercida por los grupos o fuerzas económicas auspiciadas por la asunción de que el cre-

cimiento económico es el fin al que deben de tender todos los esfuerzos del legislador europeo.

IV. Bibliografía

- ALONSO TIMÓN, A.J. (2016), «La participación ciudadana, transparencia y técnica normativa e las leyes 39 y 40 de 2015. Los principios de la buena regulación», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 34, págs. 77-102.
- ARREGUI, J. (2012), «Problemas de legitimidad democrática, representación y rendimiento de cuentas en el proceso político de la Unión europea», *Cuadernos europeos de Deusto*, 46, págs. 85-112.
- ASTOLA MADARIAGA, J. (2005), «De la legitimidad democrática de la Unión europea y de la legitimación democrática de sus decisiones: una reflexión sobre el proyecto de Constitución europea», *Teoría y realidad constitucional*, 15, págs. 201-234.
- BALDWIN, R. (2005), «Is better regulation smarter regulation?», *Public Law*, Autumn, págs. 485-511.
- BAR CENDÓN, A., «El libro blanco “La gobernanza europea” y la reforma de la Unión», en *GAPP (Gestión de las Políticas Públicas)*, núm. 22, septiembre-diciembre de 2001, págs. 3-18.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. (2014) «La iniciativa ciudadana europea: una oportunidad para los ciudadanos y las instituciones europeas», *Revista española de Derecho europeo*, 51, págs. 45-78.
- BILBAO UBILLOS, J.M. (2012), «La iniciativa ciudadana europea (artículo 11.4 TUE)», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 46, págs. 49-84.
- BILBAO, J.M. y VINTRÓ, J. (2011) *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BOBBIO, N. (1980), *La democracia y el poder invisible*, Plaza y Janés.
- BURGUERA AMEAVE, L. (2014), «Identidad política y participación: la iniciativa ciudadana europea», *Estudios de Deusto*, vol. 62, 2, págs. 391-403.
- BOUZA GARCÍA, L., «Democracia participativa, sociedad civil y espacio público en la Unión Europea. Algunas propuestas para el desarrollo del artículo 11 del TUE», Fundación Alternativas.
- CABALLERO SANZ, F. (2006), «La evaluación en la Unión europea», en PAU VALL y PARDO FALCÓN (coords.), *La Evaluación de las leyes* Tecnos, Madrid.
- CUESTA LÓPEZ, V. (2010), «The Lisbon Treaty’s provisions on Democratic Principles: a legal framework for Participatory democracy», *European Public Law*, 16, 1, págs. 123-136.
- DÍEZ PICAZO, L.M. (2001), «Sobre la ciudadanía europea», *Anuario de derecho civil*, 54, 4, págs. 1355-1370.

- ESPALIÚ BERDUD, C. (2016), «La iniciativa ciudadana europea en el contexto de la subjetividad internacional del individuo» en ESPALIÚ BERDUD, C. (coord.), *El Estado en la encrucijada: retos y desafíos en la sociedad internacional del siglo XXI*, Aranzadi, Madrid.
- FERNÁNDEZ LE GAL, A. (2018), «La contribución de la iniciativa ciudadana europea a la vida democrática de la Unión: Régimen jurídico y aplicación práctica», *Revista General de Derecho Constitucional*, 26, págs. 1-44.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), *Justicia y Seguridad Jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA ESCUDERO, P. (2010), *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Thomson Reuters.
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (1992), «Las “Comunicaciones interpretativas” de la Comisión: concepto y valor normativo», *Revista de Instituciones Europeas*, 19, 3, págs. 933-950.
- GUILLEM CARRAU, J. (2015), «La mejora de los entornos normativos y la competitividad económica el ajuste regulatorio (REFIT) de la Unión Europea», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 28, pág. 204.
- MANGAS MARTÍN, A. (2016), «El estatuto de ciudadanía de la Unión», 151-174 en *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2016), Tecnos.
- MEDINA ORTEGA, M. (2014), «El problema de la democracia en la Unión Europea», *Revista española de relaciones internacionales*, 6, págs. 9-45.
- MOLINA MOLINA, J. (2010), *Los presupuestos participativos*, Aranzadi.
- MONTORO CHINER, M.J. (1989), *Los presupuestos de calidad de las normas: adecuación al ordenamiento jurídico y factibilidad*, Madrid.
- (2004), «Técnica normativa y órganos consultivos. Prospectiva europea», *Revista española de la función consultiva*, 2, págs. 1-45.
- PAREJO ALFONSO, L. (2004), «Los principios de la Gobernanza Europea», *Revista de Derecho de la Unión europea*, 6, págs. 27-56.
- RODRÍGUEZ TORRES, C. (2016), «Marco regulatorio de las actividades de los lobbies en la Unión europea», *Revista General de Derecho europeo*, 39, págs. 1-38.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004), «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas», *Revista española de la función consultiva*, 2, págs. 74-95.
- SEGOVIA MARCO A. (2015), «La técnica legislativa en la elaboración de anteproyectos de leyes», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 1, págs. 1-37.
- (2009), «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», *Revista de Administración Pública*, 179, Madrid, 2009, págs. 333-365.
- SUBIRATS, J. (2001), «Nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y amenazas», en FONT, J., coord. *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, Barcelona.

- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. (2010), «La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*.
- XANTHAKI, H. (2013), «European Union legislative quality after the Lisbon Treaty: The Challenges of smart regulation», *Statute Law Review*, 35, págs. 66-80.



Las «Comunidades energéticas locales»: un nuevo desafío para las entidades locales*

Local energy communities: a new challenge for local entities

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS

Universidad de Málaga

isa_gonzalez@uma.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8833-6427>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.04>

LABURPENA: Artikulu honek «energia berriztagarrien erkidegoak» eta «energiaren herritarren erkidegoak» kontzeptu berritzaileak aztertzen ditu, iturri berriztagarrietatik sortutako energiaren erabilera sustatzeari buruzko 2018/2001 Zuzentarauan eta elektrizitatearen barne-merkatuko arau komunei buruzko 2019/944 Zuzentarauan jasotzen direnak, hurrenez hurren. Gure helburua erakunde juridiko horien izaera juridikoa zehaztea da, horietan tokiko erakunde batek parte hartzen duelako premisa aintzat hartuta; aldi berean, gara ditzaketen jardueren araubide juridikoa argitu nahi dugu. Azkenik, hiri-birgaitzearen eta -berrikuntzaren arloan esku har dezaten proposatzen dugu.

Azken batean, *lege ferenda* proposamen-azterlan bat da, barne-mailako arau-esparrurik ez duten baina Espainiak etorkizun hurbilean onartu behar dituen erakundeei buruzkoa.

HITZ GAKOAK: Energia berriztagarrien erkidegoak. Energiaren herritarren erkidegoak.

ABSTRACT: This article analyzes the new concepts of “renewable energy communities” and “citizen energy communities” that are included in the Directives 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources, and 2019/944 on common rules for the internal market for electricity, respectively. Our objective is to determine the legal nature of these legal entities, based on the premise that a local entity participates in them; and at the same time, to clarify the legal regime of the activities that they may undertake. Finally, we put forward their intervention in the field of urban rehabilitation and renovation.

In short, it is a propositional study of *lege ferenda* on entities that lack a regulatory framework at the domestic level, but which Spain has to adopt in the immediate future.

KEYWORDS: Renewable energy communities. Citizen energy communities.

* Este artículo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-86637-C3-2-P B: «Sostenibilidad energética y entes locales: incidencia del nuevo paquete energético de la Unión Europea», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

RESUMEN: Este artículo analiza los novedosos conceptos de «comunidades de energías renovables» y de «comunidades ciudadanas de energía» que se recogen en las Directivas 2018/2001 sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables, y 2019/944 sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad, respectivamente. Nuestro objetivo es determinar la naturaleza jurídica de estas entidades jurídicas, partiendo de la premisa de que en las mismas participe un ente local; y a la vez, clarificar el régimen jurídico de las actividades que pueden desarrollar. Por último, proponemos su intervención en el ámbito de la rehabilitación y renovación urbanas.

En definitiva, se trata de un estudio propositivo de *lege ferenda* sobre unas entidades que carecen de marco normativo a nivel interno, pero que España debe aprobar en un futuro inmediato.

PALABRAS CLAVE: Comunidades de energías renovables. Comunidades ciudadanas de energía.

Trabajo recibido el 31 de marzo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Las Comunidades energéticas locales (CEL) en el Derecho de la Unión Europea. 1. Introducción y antecedentes regulatorios. 2. Concepto y funciones.—II. La indeterminada naturaleza jurídica de las Comunidades energéticas locales. 1. El consorcio local. 2. La iniciativa pública local en la actividad económica: la empresa pública local. 3. Las cooperativas como comunidades de energías renovables. 4. Las CEL: ¿corporaciones de Derecho público?—III. El régimen de actividades de las Comunidades energéticas locales. 1. El autoconsumo a partir de Comunidades energéticas locales. 2. Los servicios de agregación y las Comunidades energéticas locales. 3. Las Comunidades energéticas locales: el servicio de recarga energética y los servicios de aplicaciones inteligentes. 4. Otros servicios energéticos.—IV. La rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas a través de las Comunidades Energéticas Locales.—V. Consideraciones finales.—VI. Bibliografía.

I. Las Comunidades energéticas locales (CEL) en el Derecho de la Unión Europea

1. Introducción y antecedentes regulatorios

La última reforma energética operada en el seno de la UE ha hecho aflorar conceptos novedosos como el de «comunidad local de energía», «comunidades de energías renovables» o «comunidades ciudadanas de energía», términos que englobamos en el más amplio de «Comunidades energéticas locales» con la finalidad de aportar un concepto que los unifique y nos permita determinar su naturaleza jurídica. Para ello, partimos del análisis de los primeros conceptos introducidos en las propuestas de reforma de la normativa energética comunitaria y su posterior consagración en las directivas referidas al fomento de las energías renovables y sobre el mercado interior de la electricidad. Una vez abordado el concepto y las características que la UE impone a dichas entidades nos adentramos en la clarificación de su naturaleza jurídica partiendo de dos presupuestos previos, uno, las fórmulas jurídico-públicas más cercanas a este tipo de comunidades que nos ofrece el derecho interno; y dos, el necesario impulso y dirección que debiera corresponder al municipio en su creación. Así nos hemos detenido en el estudio de entidades como el consorcio, la empresa pública local, las cooperativas e incluso en la posibilidad de darles forma de corporación pública. Para terminar, nos hemos referido a la posibilidad de ampliar el régimen de actuación de estos entes al ámbito de la rehabilitación y la renovación urbanas.

En línea con lo expuesto, con el término «Comunidades energéticas locales» (en adelante, CEL) queremos referirnos a una pluralidad de conceptos. No se trata pues de una noción unívoca. Su origen se asocia al conocido como «Paquete de invierno de energía» de la Unión Europea, documento denominado «Una energía limpia para todos los europeos» de 2016(1), en el que se identifica a aquellas comunidades con entidades que pueden desempeñar actividades relevantes para la transición energética y la descarbonización, y en las que cobra especial relevancia la participación ciudadana de ámbito local. Dicho documento se refiere, por un lado, a «Comunidad local de energía» en la propuesta de Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y, por otro lado, a «Comunidades de energías renovables» en la propuesta de Directiva relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables. Conceptos estos recientes por cuanto que no figuraban en las entonces vigentes Directivas comunitarias en la materia.

La «Comunidad local de energía» se define en función de su naturaleza jurídica (asociación, cooperativa, organización sin ánimo de lucro...), de su control por parte de socios de ámbito local, de su no orientación a obtener rentabilidad económica y de las actividades energéticas que realiza (generación distribuida, gestor de red de distribución, agregación...)(2). Por su parte, las «Comunidades de energías renovables» se delimitan de forma restrictiva, tanto porque sus actividades deben estar vinculadas a las energías renovables, como por la participación mayoritaria de personas físicas en la toma de decisiones y porque la propiedad y órganos de representación debían recaer mayoritariamente en representantes de intereses locales; limitándose al mismo tiempo su capacidad de producción(3).

(1) Documento denominado «Una energía limpia para todos los europeos», de 30 de noviembre de 2016. El citado «Paquete de invierno de energía» preparaba el camino para la reforma de importantes Directivas comunitarias relacionadas con las energías renovables, la eficiencia energética y el mercado interior de la electricidad, para profundizar en los objetivos marcados por la UE en cuanto a reducción de emisiones de gases de efecto invernadero a través del progresivo abandono del uso de las energías fósiles (petróleo, carbón...).

(2) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Normas comunes para el mercado interior de la electricidad (versión refundida) COM/2016/0864 [Bruselas 23.2.2017].

(3) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (refundición) [Bruselas 23.2.2017], en su art. 22 regula las «Comunidades de energías renovables» estableciendo que los Estados miembros deben garantizar su derecho a generar, consumir, almacenar y vender energías renovables sin ser objeto de cargas y procedimientos desproporcionados; entendiéndose por tal Comunidad «una pyme o una organización sin ánimo de lucro, cuyos miembros o partes interesadas colaboren en su actividad y que cumplan determinados requisitos (que los miembros sean personas físicas, autoridades locales, incluidas los municipios, o pymes que desarrollen su actividad en el ámbito de las energías renovables; que al menos el 51% de sus miembros con derecho a voto sean personas físicas; que al menos el 51% de las acciones o participaciones de la entidad pertenezca a miembros locales; que la comunidad no haya instalado más de 18 MW de capacidad de energías renovables para electricidad, calefacción, refrigeración y transporte de media anual en los 5 años anteriores...).

Los conceptos expuestos en los citados proyectos normativos han ido evolucionando hasta su plasmación en las vigentes Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y en la Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad(4).

2. Concepto y funciones

En el año 2018 gran parte de las propuestas de reformas de las Directivas energéticas contenidas en el conocido como «Paquete de invierno» vieron la luz. Se aprobó una nueva Directiva sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables y las reformas de las Directivas sobre eficiencia energética y sobre eficiencia energética de los edificios, así como, el Reglamento sobre la Gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima(5). En mayo de 2019 se dictaron cuatro normas sobre el mercado interior de la electricidad, entre ellas, y por lo que ahora nos interesa, la reforma de la Directiva sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

En este bloque normativo, la Directiva 2018/2001 sobre fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables (en adelante Directiva 2018/2001) y la Directiva 2019/944 sobre normas comunes para mercado interior de la electricidad (en adelante Directiva 2019/944) siguen refiriéndose a los conceptos relacionados con las comunidades energéticas locales, si bien, en el ámbito de las energías renovables el término se amplía (al eliminar la exigencia de participación mayoritaria de personas físicas del ámbito local y las limitaciones sobre la potencia máxima insta-

(4) Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (versión refundida) [DOUE L328, núm. 61, de 21 de diciembre de 2018] y Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2019 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE (versión refundida) [L158, núm. 125, de 14 de junio de 2019].

(5) Directiva (UE) 2018/844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE, relativa a la eficiencia energética en los edificios y la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética [DOUE L156/75, de 19.06.2018.]; la Directiva (UE) 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética [DOUE L328/210, de 21 de diciembre de 2018]; la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (versión refundida) [DOUE L328, núm. 61, de 21 de diciembre de 2018], esta norma deroga a la Directiva 2009/28/CE con efectos a partir del 1 de julio de 2021, sin perjuicio de que los Estados miembros conserven la obligación de cumplir con los plazos de transposición de dichas directivas y de sus modificaciones en 2013 y 2015; y el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, sobre la Gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.

lada) y en el sector del mercado eléctrico evoluciona hacia un concepto más centrado en la participación ciudadana en este tipo de comunidades, el de «Comunidad ciudadana de energía». La regulación que realiza la UE de estas Comunidades si bien no es absolutamente coincidente, sí que comparte el objetivo principal que se les atribuye, cual es «proporcionar beneficios medioambientales, económicos y sociales a sus socios o miembros o a las zonas locales donde opera, en lugar de ganancias financieras» (art. 2.16.c) de la Directiva 2018/2001 y art. 2.11 de la Directiva 2019/944) y la exigencia de que los Estados miembros elaboren un marco normativo que les sea favorable(6).

La Directiva 2018/2001 define la «Comunidad de energías renovables» (en adelante CER) como una entidad jurídica que es titular de un proyecto de energías renovables que ha desarrollado y que se caracteriza por los miembros que la integran y por su finalidad. Así, se compone por socios o miembros situados en las proximidades del proyecto, que participan en la misma abierta y voluntariamente, pudiendo ser personas físicas, pymes o autoridades locales (incluidos los municipios). En cuanto a su finalidad primordial, que coincide con el objetivo ya citado, puede observarse la amplitud del objeto que pueden tener estas comunidades de energías renovables, que con el único límite de no tener ánimo de lucro, pueden desempeñar actividades (entre las que se incluyen la producción, almacenamiento y venta de energías limpias) que redunden en la protección del medio ambiente, o que reporten beneficios económicos o sociales, siempre que se sitúen en el marco de un proyecto de energías renovables.

El art. 22 de la Directiva 2018/2001 centra su regulación en tres aspectos: a) sus derechos(7); b) los derechos de los consumidores finales respecto a las mismas(8); y c) el necesario impulso que deben darle los Estados miembros(9).

(6) Por su parte, el Reglamento 2018/1999/UE, de 11 de diciembre, de Gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, define en su art. 26 la «Comunidad de energía renovable» por remisión a la Directiva (UE) 2018/2001.

(7) Por lo que se refiere a los derechos de que deben gozar estas CER, el primero de ellos nos permite clarificar su actividad, pues se define como el derecho a «producir, consumir, almacenar y vender energía renovable, en particular mediante contratos de compra de electricidad renovable»; el segundo, compartir la energía producida por las instalaciones de propiedad de dicha comunidad, lo que también forma parte de lo que podría ser su actividad; y el tercero, el derecho a acceder a los mercados de la energía (art. 22.2), derecho que funciona como una garantía para poder realizar su actividad.

(8) Desde la perspectiva de los consumidores finales, la Directiva 2018/2001 dispone que la creación de estas entidades debe garantizar el derecho de los consumidores finales a participar en las mismas sin ser sometidos a condiciones discriminatorias. Ahora bien, se pone como límite que tratándose de «empresas privadas» su participación en estas CER no constituya su actividad principal (art. 22.1).

(9) Otro aspecto al que presta atención la UE en la regulación de estas CER es —como hemos avanzado— al necesario impulso que deben darle los Estados miembros. En esta línea, el art. 15.3 de la Directiva 2018/2001 dispone que se debe garantizar que las autoridades competentes a nivel nacio-

A la vista de esta regulación resulta que una CER es una entidad jurídica que se crea para producir, consumir, almacenar y «vender energías renovables» (10), o para prestar servicios de agregación u otros servicios energéticos. En todo caso, su actividad o la prestación de servicios debe generar un beneficio ambiental, económico o social, pudiendo estas comunidades estar integradas por el municipio y abiertas a consumidores finales, siempre que sus socios/miembros estén situados en la proximidad del proyecto. O sea, en el marco de lo dispuesto en la Directiva 2018/2001, las CER se asocian a la generación distribuida *in situ* —de forma principal—, para la producción de electricidad a partir de energías renovables; así, una de las actividades que están llamadas a desarrollar las CER es el autoconsumo eléctrico, donde ya contamos con un marco normativo definido(11). Pero también, podrían utilizarse para poner en

nal, regional y local incluyan disposiciones para la integración y el despliegue de las CER. Al mismo tiempo el art. 22, apartados 3 y 4 les impone la evaluación de los obstáculos existentes para el desarrollo de estas Comunidades y la adopción de un marco normativo que las fomente, incluso se indican las medidas a adoptar (eliminación de posibles obstáculos reglamentarios y administrativos; garantizar su sujeción a la legislación aplicable cuando «suministren energía o proporcionen servicios de agregación u otros servicios energéticos...»); facilitar la cooperación del gestor de la red de distribución con estas CER para las transferencias de energía; su sometimiento a procedimientos justos y transparentes); la accesibilidad de todos los consumidores, incluidos los vulnerables, a las CER; que se disponga de instrumentos de financiación adecuados y de sistemas de apoyo para las CER.

Los elementos más destacados orientados a facilitar la implementación de las CER deben quedar reflejados en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima que los Estados miembros deben remitir a la UE con fundamento en el Reglamento (UE) 2018/1999. Así, el Borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 contiene entre sus medidas «el desarrollo del autoconsumo con renovables y la generación distribuida», donde se enumeran como posibles aplicaciones del autoconsumo: a) el desarrollo de las comunidades energéticas locales, indicando que el autoconsumo colectivo permite que diversos consumidores de una misma comunidad (de vecinos, barrio, polígono industrial) puedan beneficiarse colectivamente de las mismas instalaciones de generación. Para ello se indica que es necesario «racionalizar las cargas económicas y administrativas» y promover programas de formación y capacitación de las CEL para que puedan contar con los recursos humanos y técnicos que les permitan tramitar, ejecutar y gestionar proyectos y movilizar inversiones. Para apoyar el autoconsumo el plan se refiere a las «medidas de fomento desde el ámbito local» (pág. 70), especialmente la simplificación de trámites (ej. comunicación previa en instalaciones en edificios no sujetos a protección especial) y su adecuada integración en los instrumentos de ordenación urbanística.

(10) Esta referencia literal no parece correcta, debiera decir «vender energía procedente de fuentes renovables».

(11) Esa identificación parcial entre CER y autoconsumo eléctrico se realiza en el Borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima, que prevé el autoconsumo como una de las medidas para implementar las CER. En la misma línea se sitúa el Marco Estratégico de Energía y Clima: una oportunidad para la modernización de la economía española y la creación de empleo de 1 de abril de 2019, que bajo la rúbrica «Más participación ciudadana» dispone que el PNIEC contempla establecer una proporción mínima de inversión en proyectos de energías renovables abiertos a la participación ciudadana (de personas o entidades cercanas al proyecto) como coinversores o copropietarios; favoreciendo las comunidades energéticas locales, es decir, el autoconsumo compartido entre diversos consumidores de una misma comunidad que pueden beneficiarse de las mismas instalaciones de generación.

marcha sistemas urbanos de calefacción y refrigeración o incluso para prestar otros servicios energéticos relacionados con la eficiencia energética.

Profundizando en la definición de esas comunidades energéticas, tenemos que tener en cuenta la reforma de la Directiva 2009/72/UE, sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad, por la Directiva 2019/944 que se refiere a la «Comunidad ciudadana de energía» (en adelante CCE) indicando que «se basa en la participación voluntaria y abierta y cuyo control efectivo lo ejercen socios o miembros que sean personas físicas, autoridades locales, incluidos los municipios, o pequeñas empresas»; al tiempo que «participa en la generación, incluida la procedente de energías renovables, la distribución, el suministro, el consumo, la agregación, el almacenamiento de energía, la prestación de servicios de eficiencia energética o, la prestación de servicios de recarga para vehículos eléctricos o de otros servicios energéticos a sus miembros o socios» (art. 2.11). La regulación de estas comunidades se realiza en el art. 16 de la Directiva, que ante la ausencia de un marco normativo específico para las mismas encomienda a los Estados miembros que aprueben un marco favorable que garantice determinadas condiciones (que la participación en las mismas sea abierta y voluntaria; que los miembros tengan derecho a abandonarla; el mantenimiento de los derechos y obligaciones de los consumidores domésticos; sometimiento a procedimientos y tasas equitativos, proporcionados y transparentes, entre otras), que sirven para concretar la naturaleza jurídica de este tipo de entidades. En dicha ordenación favorable debe asegurarse que las CCE: a) puedan acceder a los mercados; b) reciban un trato no discriminatorio y proporcionado en las actividades que realicen; c) sean responsables de los desvíos que causen en el sistema eléctrico; d) en cuanto a la electricidad autogenerada se les considere como clientes activos; e) tengan derecho al reparto interno de la electricidad producida (12).

La «Comunidad ciudadana de energía» es pues una expresión más amplia que la «Comunidad de energías renovables», a la que engloba.

(12) En el ámbito dispositivo, se prevé que los EEMM podrán establecer que las CCE estén abiertas a la participación transfronteriza, que tengan derecho a poseer, establecer, adquirir o arrendar redes de distribución y que se beneficien de las exenciones que afectan a las redes de distribución cerradas. La Directiva no limita la facultad de las CCE a «poseer, establecer, adquirir, arrendar... redes de distribución», sino que admite que los EEMM pueden reconocer el derecho a gestionarlas en su zona de operaciones, siempre que se adopten ciertas garantías (celebración de un acuerdo de gestión con el gestor de la red de distribución o transporte a la que estén conectadas; se sujeten a tarifas de acceso; no discriminen ni perjudiquen a los clientes que sigan conectados a la red de distribución).

Respecto de las redes de distribución cerradas, el TJUE ha establecido que es contrario a la Directiva sobre el mercado interior de la electricidad eximir a las mismas de la obligación de dar acceso a terceros. Dichas redes gozan de la consideración de redes de distribución y solo pueden gozar de las exenciones permitidas en dicha Directiva (STJUE de 28 de noviembre de 2018 [ECLI:EU:C: 2018:961]).

Si bien comparten el mismo objetivo, no orientado a la rentabilidad económica, la CCE no requiere ser titular de un proyecto de energías renovables, y por ello mismo entre sus actividades —centradas en el ámbito del sector eléctrico— puede estar la prestación de servicios de recarga de vehículos eléctricos.

II. La indeterminada naturaleza jurídica de las Comunidades energéticas locales

El término «comunidad energética local o comunidad local de energía» (CEL), a salvo de su utilización en la propuesta de Directiva sobre el mercado interior de la electricidad que integraba el llamado «Paquete de invierno de energía», y sin perjuicio de referencias aisladas en el preámbulo de la Directiva 2018/2001, no ha sido plasmado en las vigentes Directivas comunitarias que, como hemos visto, optan por referirse a comunidad de energías renovables o a comunidad ciudadana de energía. Estos nuevos conceptos evitan confusiones derivadas del uso del vocablo «local» que pudieran llevar a su asimilación con una entidad jurídico-pública de naturaleza local. La integración de autoridades locales se prevé como algo opcional. No obstante, esa posible participación de autoridades locales en este tipo de comunidades, el hecho de que se integren por ciudadanos (con la dificultad que el entramado normativo impone para el desarrollo o prestación de actividades o servicios energéticos) y, que a las empresas que intervengan se les exija no guiarse por criterios de rentabilidad económica, unido a que la Directiva 2018/2001 inste a los Estados miembros para que a nivel nacional, regional y local se aprueben disposiciones que las faciliten (art. 15.3) y que la Directiva 2019/944 les imponga la aprobación de un «marco jurídico favorable», nos lleva a analizar su naturaleza jurídica y su régimen jurídico.

Para ello vamos a partir de la consideración de que los entes locales deben funcionar como «motores» de este tipo de iniciativas (13), siempre

(13) A la necesidad de intervención de la Administración en la actividad económica para impulsar la economía y generar un clima de confianza en los agentes económicos, como reto tras la crisis económica padecida, se ha referido CUBERO MARCOS, J.I., «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», en *RAP* núm. 184 (2011, pág. 122).

Por otro lado, no olvidemos el carácter ejemplarizante que corresponde a la Administración pública en la transición energética y las obligaciones directas que derivan de la exigencia de que los edificios públicos sean de consumo de energía casi nulo a partir del 31 de diciembre de 2018 y de rehabilitación de un porcentaje de edificios nuevos para reducir el consumo energético. Sobre esta materia, entre otros, GONZÁLEZ RÍOS, I., «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana», en *RAAP* núm. 103 (2019, págs. 17-53).

que se cumplan los requisitos que impone el derecho de la UE (14). Así, tomando como referencia nuestra propuesta de obligada participación de un ente local, principalmente del municipio, en estas CEL y el hecho de que las mismas se pueden constituir con entes o personas físicas *privadas*, vamos a referirnos a posibles fórmulas institucionales que puedan amparar la actuación de este tipo de entidades. Precisamente la intervención privada en las mismas nos sitúa ante varias entidades en las que podrían tener encaje, pero de las que también discrepan en algunos aspectos, por lo que se alejan de estos modelos de organización. Nos referimos a la posible creación de un consorcio, de una cooperativa o de una sociedad mercantil, con participación público-privada. Podemos adelantar que la configuración comunitaria de estas CER no encaja con ninguna de estas técnicas de organización administrativa, por lo que se requeriría de un régimen específico que permitiera su fomento e implantación (15).

1. El consorcio local

El consorcio de Administraciones territoriales, incluida la local, se regula como fórmula de cooperación en el art. 57 de la LBRL y en los arts. 64, 69 y 70 del TRRL (16); y en los arts. 118 a 127 de la Ley 40/2015 de

(14) Como establece el Considerando 44 de la Directiva 2019/944 aunque la labor de las comunidades ciudadanas de energía puede tener su seno en acuerdos de derecho privado, sin embargo, estas entidades deben tener un reconocimiento propio y estar protegidas en el derecho de la UE, configurándose como «una categoría de cooperación ciudadana o de agentes locales». Además, aunque a estas CCE puede pertenecer cualquier entidad, se exige que las competencias de decisión se reserven a «miembros o socios que no participen en una actividad económica a gran escala y para los cuales el sector de la energía no constituya un ámbito de actividad económica principal». Así, se cita como posible entidad configuradora de las mismas: una asociación, cooperativa, sociedad, organización sin ánimo de lucro o pyme, siempre que esa entidad pueda ejercer derechos y estar sujeta a obligaciones (o sea, según nuestro derecho interno, que tenga personalidad jurídica).

(15) Con este objeto se ha lanzado el Programa Community Power (Co-Power) con el que se pretende hacer frente a la falta de modelos de propiedad comunitaria en la legislación de muchos países de la UE. El programa pretende recopilar casos de estudio de condiciones legales en varios países de la UE y elaborar recomendaciones, entre otros países, para España, como pone de manifiesto ROMERO RUBIO, M.^º del C., «Barreras y oportunidades para el desarrollo de Comunidades Energéticas sostenibles en España. Estudio comparativo en Estados Unidos y Alemania», Tesis Doctoral, 2015 (en línea: https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/13331/TD_ROMERO_RUBIO_Maria_del_Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

A nivel interno contamos con una Guía para el desarrollo de instrumentos de fomento de las comunidades energéticas locales (documento de trabajo del IDAE, realizado por AIGUASOL, Madrid, marzo de 2019). En la página Web del IDAE puede consultarse el detallado documento «Energy Communities in the European Union (revised final report)».

(16) Sobre la fragmentada regulación de los consorcios en la LBRL a partir de la regulación introducida por la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, puede verse: CASTILLO BLANCO, F.A.: «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal», en *RVAP* núms. 99/100 (2014, pág. 894); PA-

RJSP (17). El art. 118. 1 LRJSP los define como «entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias».

La aplicación de esta técnica institucional para la creación de una CEL merece algunas precisiones en cuanto a su composición, funciones y ámbito territorial de actuación.

A favor de la constitución de esta fórmula jurídica para crear una CEL participada por una Administración local se encuentra el hecho de que en el consorcio puedan colaborar entidades privadas; aunque ciertamente la normativa reguladora de los consorcios no permite la intervención de personas físicas, como se exige en el caso de las comunidades energéticas. Por otro lado, cuando participen entidades privadas en el consorcio hemos de entender que han de hacerlo sin ánimo de lucro (18) y ello por varias razones. La primera, porque la creación del consorcio se reserva a Administraciones públicas o entidades del sector público institucional, que conforme al art. 118. 1 LRJSP deben desarrollar actividades de interés común a todas ellas dentro de sus competencias, lo que no es más que desarrollo de la exigencia de que las Administraciones públicas actúen guiándose por el interés general (art. 103.1 de la CE); a las entidades privadas se les reconoce la posibilidad de «participar» en el consorcio, por lo que solo pueden intervenir guiadas por ese interés

REJO ALFONSO, L., «La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad: panorama general», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, 2014, pág. 35. A los antecedentes de la actual regulación de los consorcios también se refiere BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos ante el nuevo régimen jurídico» en *RAAP* núm. 94 (2016, págs. 58 y ss), que identifica la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, la Ley 15/2014 de Racionalización del Sector Público y la Ley 40/2015, del Sector Público como «un nuevo régimen jurídico de los consorcios caracterizado por un incremento de la normativa básica reguladora de la figura».

(17) Hay que resaltar que si bien el art. 119.3 de la Ley 40/2015 de RJSP dispone que la regulación de los consorcios que realizan la Ley 7/85 RBRL y la Ley 27/2013 RSAL tiene carácter supletorio respecto de lo dispuesto en esta ley —previsión llamativa como ha señalado Barrero Rodríguez, «Los consorcios...», *op. cit.*, pág. 81— según la Disposición Derogatoria Única de dicha Ley, tanto el art. 87 de la LBRL como los arts. 12 al 15 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público, referidos a los consorcios se derogan por esta norma. No obstante, tanto la LBRL como la Ley 27/2013 siguen conteniendo abundantes previsiones sobre los consorcios, referidas especialmente a limitaciones en cuanto a su posible constitución, derivadas del principio de estabilidad presupuestaria.

(18) El derogado art. 87 de la LBRL exigía que las entidades privadas que participaran en un consorcio fuesen «sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público...». En este sentido hemos de entender lo dispuesto en el art. 120.3 Ley 40/2015 RJSP, según el cual «En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro...». Así debemos entender que la exigencia que contenía el citado art. 87 de la LBRL no solo no se ha eliminado sino que se ha hecho extensiva a otros consorcios, no solo a los integrados por un ente local.

general. La segunda, porque así hemos de interpretar lo dispuesto en el art. 120.3 Ley 40/2015 RJSP, según el cual «[E]n el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro...» (19); la ausencia de ánimo de lucro en el consorcio (intrínseco si solo está integrado por Administraciones públicas), permitiría la participación de entidades privadas que en su actividad ordinaria se guíen por una finalidad de obtener rentabilidad económica, por ejemplo pymes, pero que no pueden trasladarla cuando intervengan en un consorcio. Esta opción tendría cabida en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas. En cualquier caso, se predique la ausencia de ánimo de lucro de las entidades privadas o del consorcio, el resultado debe ser el mismo, que cuando incluyan empresas, el ánimo de lucro no esté presente en el desarrollo de sus actividades.

Ello acerca más el régimen del consorcio a las CEL, dado que las entidades privadas que participen en las mismas no deben guiarse por un criterio de rentabilidad económica. Criterios como: que la actividad principal no sea la intervención en la CER; que la finalidad de su participación no sea generar ganancias financieras —tanto en las CER como en las CCE—; y su proximidad al proyecto en las CER, contribuyen también a salvar la objeción de apertura a la competencia de los consorcios (20) que pudieran crearse para gestionar una CEL cuando intervengan entes privados.

En definitiva, la nueva configuración legal de los consorcios, que no exige que las entidades que participen en el mismo sean sin ánimo de lucro, abriéndose a que intervengan empresas privadas, que solo respecto al correspondiente consorcio actúan sin tal ánimo lucrativo, acerca aquella figura a las CER, las cuales están abiertas a la participación de pymes.

Al mismo tiempo, como admite CASTILLO BLANCO la adscripción del consorcio a una de las Administraciones que participe en el mismo puede realizarse en función de un interés local (21). Y este sería el caso si nos referimos a una comunidad energética local gestionada a través de un con-

(19) BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, pág. 80, deduce de la literalidad del art. 120. 3 de la LRJSP que se exime del ánimo de lucro al consorcio, no a la entidad privada.

(20) BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, pág. 80; GARCÍA RUBIO, F., «Los consorcios locales en el proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Reflexiones necesarias», *DA. Nueva Época* núm. 2 (2015, pág. 17).

(21) CASTILLO BLANCO, F.A., «La nueva regulación de los consorcios públicos...», *op. cit.*, págs. 894, 896 y 897, identifica la adscripción con el elemento clave en la determinación del régimen jurídico aplicable a los consorcios, sin que la participación de socios privados influya en la Administración a la que se adscriba el consorcio, a la vez que sirve para clarificar el régimen aplicable a consorcios mixtos en los que ninguna Administración ostenta participación mayoritaria.

sorcio. Sin embargo, su adscripción a un ente local conllevaría el sometimiento del consorcio al régimen presupuestario, contable y de control del mismo y a su inclusión en los correspondientes presupuestos. Esto provoca la dificultad de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y de mejora en la eficiencia de la gestión pública que deben respetar los entes locales (art. 57 apdos. 2.º y 3.º LRRL) (22), y que desde 2013 condiciona la creación de entes instrumentales.

Otro inconveniente resulta de la composición y funciones típicas de un consorcio. Así, su creación exige que se haga «por varias Administraciones públicas o entidades del sector público institucional...para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias» (art. 118.1 LRJSP). El hecho de que el consorcio se conciba como una entidad de cooperación *interadministrativa*, dotada de personalidad jurídica propia, «cuyos fines suelen ser competencias concurrentes de las Administraciones públicas consorciadas» —como sostiene CASTILLO BLANCO (23)—, lo convierte a nuestro modo de ver en una técnica residual para gestionar servicios propios de una comunidad energética local. Y ello, porque la exigencia de proximidad al proyecto de energías renovables, en el caso de CER, por parte de los miembros o socios dificulta la aplicación de esta fórmula interadministrativa (24). En la mayoría de los casos solo participará un municipio y la participación privada (vecinos y pymes) es de extraordinaria relevancia, no es algo residual o posible como ocurre en el consorcio. Ahora bien, aquella cooperación puede darse en el caso de actuaciones energéticas (suministro eléctrico mediante autoconsumo, prestación de servicios energéticos, recarga de vehículos...) que afecten a edificios o espacios de titularidad de distintas Administraciones públicas, situados en proximidad (25). Además, el inconveniente de lograr la cooperación de varias Administraciones públicas para crear una CEL puede salvarse desde el momento en que las tres Administraciones públicas territoriales ejercen competencias

(22) Así lo pone de manifiesto BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, pág. 65.

(23) CASTILLO BLANCO, F.A., «La nueva regulación de los consorcios públicos...», *op. cit.*, pág. 909. Sobre la prevalencia del carácter instrumental de los consorcios (que deriva de su adscripción a un ente público y de su definición por el art. 118.1 LRJSP como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada) respecto a su consideración como entidad de cooperación interadministrativa, puede verse BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, págs. 71 y 79.

(24) En esta fórmula del consorcio para constituir CEL habría que tener en cuenta la exigencia comunitaria de que los socios o miembros estén próximos al proyecto, lo que podría ocurrir respecto de edificios e instalaciones de la administración estatal o regional.

(25) Ello sin perjuicio de que dicha proximidad no se exige para las CCE previstas en la Directiva (UE) 2019/944.

en materia de protección del medio ambiente, que debe ser uno de los objetivos de aquella. Como sostiene BARRERO RODRÍGUEZ la prestación de servicios relacionados con el medio ambiente figura entre la variedad de servicios y actividades que atienden los consorcios (26). Por otro lado, el hecho de que el consorcio gestione actividades de interés común a todas las entidades consorciadas «dentro del ámbito de sus competencias», lleva a plantearse si tienen los entes locales — como posibles entes consorciados en un CEL, además como principales agentes— competencias para desarrollar las actividades propias de estas comunidades energéticas (producción, suministro, almacenamiento..., de energía). Si bien algunas de estas actividades pueden realizarla aplicando el régimen de autoconsumo eléctrico, en otro tipo de prestaciones (p. ej. sistemas de calefacción y refrigeración urbanos) se necesitaría no falsear la competencia; aspectos a los que nos referimos más adelante.

Otra importante limitación a la constitución de CEL con forma jurídica consorcial sería el régimen de salida de su personal y disolución. Si admitimos la aplicación del consorcio a las CEL tendríamos que analizar la compatibilidad entre el régimen de separación y liquidación previsto para los consorcios en su normativa reguladora (27) y aquel a que se refieren las Directivas comunitarias cuando aluden a que los consumidores deben gozar del derecho a abandonar las CEL, teniendo en cuenta además, que respecto de los consorcios el abandono o salida se prevé para las Administraciones públicas o entidades privadas (no personas físicas). En cuanto al personal, las exigencias que impone el art. 121 LRJSP respecto al personal del consorcio (28) limitan su utilización para gestionar una CEL en la que deben poder participar vecinos y empresas, que no pueden tener la consideración de personal del consorcio, como personal de una Administración pública (29).

(26) BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, págs. 60-61.

(27) Sobre el derecho de separación del consorcio, por todos, *vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos...», *op. cit.*, pág. 73.

(28) El art. 121 LRJSP determina que el personal del consorcio podrá ser tanto funcionario como laboral y «habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes», a cuya regulación quedará sujeto, sin que ello impida la contratación de personal en virtud de la singularidad de las funciones a desempeñar.

Respecto al régimen jurídico aplicable al personal al servicio de un consorcio, entre otros: CASTILLO BLANCO, F.A., «La nueva regulación de los consorcios públicos...», *op. cit.*, págs. 897 y ss; QUESADA LUMBRERAS, J.E., «Los consorcios y la problemática del personal a su servicio», *REALA. Nueva Época* núm. 10 (2018, págs. 40 y ss).

(29) Sin perjuicio de la posible integración como miembros del consorcio, la regulación comunitaria no parece querer limitar la participación de vecinos y pymes a ser meros participantes de la CEL sino a intervenir activamente en sus órganos de gestión.

2. La iniciativa pública local en la actividad económica: la empresa pública local

A. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO NORMATIVO

Como indican las Directivas sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y sobre el mercado interior de la electricidad, la actividad de una CEL está orientada a «producir, consumir, almacenar y vender energías renovables...», «suministrar energía o proporcionar servicios de agregación u otros servicios energéticos comerciales», o «la prestación de servicios de recarga para vehículos eléctricos»; actividades en su mayoría propias del sector eléctrico (30).

La realización de algunas de estas actividades coincide con el régimen de autoconsumo eléctrico (producción, consumo, venta de energía...) al que se refiere el art. 21 de la Directiva 2018/2001 y a nivel interno el art. 9 de la LSE y el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril. Más concretamente este tipo de CEL se identificaría con la modalidad de autoconsumo colectivo, al que nos referimos más adelante.

Sin embargo, de lo que se trata en este apartado es de analizar si el municipio u otro ente local pueden ejercer su iniciativa en la actividad económica creando una empresa de capital íntegramente público o mixto, a través de la cual se pudiera dar cobertura institucional a una CEL. Para explorar esta posibilidad hemos de partir del análisis de la iniciativa local en la actividad económica, cuyo fundamento lo encontramos en el art. 128.2 CE que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y admite incluso que por ley se pueda reservar al sector público recursos o servicios esenciales. En la misma línea, el art. 86.1 LBRL reconoce la iniciativa pública de las entidades locales para el desarrollo de actividades económicas(31) con el límite del cumplimiento del obje-

(30) Entre ellas, la producción y la comercialización se consideran actividades liberalizadas, mientras que el transporte y la distribución son reguladas. Sobre las actividades reguladas y no reguladas, SALVADOR SEGURA, J., «La energía eléctrica: producción, transporte y distribución», en *Derecho de la Energía*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 288 y ss.

(31) A la iniciativa local en el ejercicio de actividades económicas se refiere el art. 96 y siguientes del TRRL. Sobre la iniciativa económica pública en sectores liberalizados, *vid.* MONTROYA MARTÍN, E., «Algunas notas sobre la Ley de Autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local» en Fundación Democracia y Gobierno, 2010, págs. 160 y ss; TORNO MAS, J., «Liberalización de servicios públicos locales...», *op. cit.*, págs. 111 y ss; DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Nuevo régimen jurídico de los servicios locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en *REALA* núm. 2, 2014, pág. 13, indica que «las actividades económicas fruto de la libre iniciativa local contempladas en el art. 86.1 de la LBRL pueden dar lugar a empresas públicas que las entidades locales crean para el desempeño de actividades que se realizan en concurrencia con los particulares: si no se trata de servicios reservados, esta es exigible...». Por su parte, GARCÍA RUBIO, F.: *Sostenibilidad ambiental y competencias municipales. Un análisis jurídico*, Dykinson, 2015, págs. 27 y ss, sostiene que nada impide que los

tivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera (32), debiendo el expediente que la acuerde acreditar su conveniencia y oportunidad (33), que no genera riesgo para la sostenibilidad financiera, además de incluir un análisis de mercado que entre otros aspectos debe referirse a «la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» (34); aspecto este último que muestra cómo dicha iniciativa debe desarrollarse en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada. Corresponde al Pleno de la Corporación la aprobación del expediente, determinando la «forma concreta de gestión del servicio», por lo que entendemos que este puede prestarse por gestión directa (p. ej. una sociedad mercantil) o indirecta. Por su parte, el art. 95 del TRRL insiste en que la iniciativa local en la ac-

municipios ejerzan la iniciativa en materia energética, pudiendo producir y comercializar; aunque sujeta esta iniciativa a los límites que derivan del principio de estabilidad presupuestaria y falta de déficit estructural al amparo del art. 135 de la CE.

(32) ORTEGA BERNARDO, J., «La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», en *Información Comercial, ICE, Revista de Economía* núm. 876 (2014, págs. 60 y 61), reconoce que «los servicios y administraciones locales pueden perfectamente ejercitar iniciativas económicas dentro del mercado en competencia con las empresas privadas, aún cuando la oferta privada sea suficiente y adecuada...», y lo hace al amparo del art. 128.2 CE y art. 86.1 LBRL. Ahora bien, la autora advierte que esa iniciativa no puede «restringir, *prima facie* (art. 106.1 TFUE) el juego de la libre competencia del mercado». Por su parte, GARCÍA RUBIO, F., «La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *REALA* núm. 3 (2015, pág. 33) califica el hecho de que la LBRL supedita el ejercicio de la iniciativa en la actividad económica a que no se menoscabe el principio de estabilidad presupuestaria de «modulación de la capacidad de iniciativa económica de las corporaciones locales». CUBERO MARCOS, J.J., «Regulación, iniciativa pública...», *op. cit.*, en *RAP* núm. 184 (2011, pág. 122).

El Dictamen núm. 8/2014, de 27 de febrero, del Consell de Garanties Estatutaries de Cataluña ha sostenido que el condicionamiento de la iniciativa pública en la actividad económica a que se cumpla el objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera no supone el carácter subsidiario de aquella iniciativa respecto de la privada.

(33) Esa exigencia de acreditar la conveniencia y oportunidad, a que ya se refería el art. 97.1 del TRRL, en cuanto al ejercicio de la iniciativa económica local «viene a garantizar que la concreta actividad económica de la entidad local no sirva a la persecución exclusiva de objetivos económicos o lucrativos, lo que estaría vedado por la propia CE en el art. 103.1...», según sostiene ORTEGA BERNARDO, J., «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)», *RAP* núm. 169 (2006, pág. 82). Para ARANA GARCÍA, E., «El procedimiento necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local», *REAL* núm. 291 (2003, pág. 78), es el carácter discrecional de la potestad para intervenir en la actividad económica lo que justifica la tramitación del expediente a que se refiere el art. 97 TRRL.

(34) Los requisitos que exige el art. 86 de la LBRL para ejercer la iniciativa pública en la actividad económica se han considerado por el Tribunal Constitucional que no vulneran la autonomía local y su manifestación la iniciativa pública en la actividad económica. Y ello porque además de los límites que para ejercer dicha iniciativa derivan de la CE [debe hacerse en beneficio de intereses públicos (art. 103.1 CE); ha de respetar el principio de eficacia y economía (art. 31.2 CE), subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE)], el legislador también puede establecerlos, tal es el caso de los fijados en el art. 85 ter y 86 de la LBRL (STC 54/2017, de 11 de mayo, FJ. 5.º), [ECLI:ES:TC:2017:54].

tividad económica puede ser gestionada directamente o de forma indirecta(35).

La iniciativa pública puede recaer sobre «cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes» (art. 96 TRRL). Esa iniciativa pública además de poder ejercerse de forma directa —mediante sociedad mercantil de capital público— (art. 85 ter de la LBRL y art. 103 del TRRL)(36), puede adoptar la forma de empresa local de capital mixto; ello sin perjuicio de que el Estado o las CCAA se reserven mediante ley servicios esenciales(37). Dejaremos al margen de nuestro análisis la creación de una sociedad mercantil de capital íntegramente público y la reserva estatal o autonómica de servicios esenciales por su absoluta incompatibilidad con la

(35) En la Sentencia núm. 773/2019, de 21 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Pte. Ana M.ª Martínez Olalla) se establece con claridad que cuando se trate de modificar la forma de gestión (en el caso se trataba de un cambio de gestión indirecta a directa) no es necesario seguir el procedimiento previsto en el art. 86.1 LBRL y 97.1 TRRL, por cuanto tratándose de un servicio público ya reservado por ley al municipio (se trataba del servicio de gestión de residuos urbanos) no es necesario demostrar la conveniencia y oportunidad de la medida por la Entidad Local por tratarse de un servicio de competencia municipal, cuya prestación se ha atribuido por ley al municipio.

Esta doctrina viene a rectificar la mantenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de febrero de 2002 que equiparaba las actividades serviciales propiamente dichas con las actividades económicas y exigía el cumplimiento en ambos casos de los artículos 86.1 LBRL y 97 del TRRL de incoación de un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida. Doctrina del Tribunal Supremo ampliamente reiterada [entre otras, en la Sentencia núm. 305/2010, de 26 de abril del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Pte. M.ªY. de la Fuente Guerrero)]. El fundamento que da el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León es que dicha doctrina jurisprudencial trataba de evitar la huida del Derecho Administrativo en materia de contratación pública, pero que eso ya no es necesario en nuestro actual marco normativo de la contratación del sector público; por lo que las normas deben interpretarse según el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, según el art. 3.1 del Código Civil.

(36) La LBRL se refiere a las sociedades mercantiles locales en su art. 85.2.A,d) LBRL como forma de gestión directa de los *servicios públicos*; por su parte, el art. 85 ter (en la misma línea el art. 102 y ss del TRRL), remite al ordenamiento jurídico privado su regulación, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación. La decisión sobre su creación, modificación y disolución corresponde al pleno, y como actos separables, son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(37) Además de los servicios cuya reserva declara el art. 86, apdo. 2.º de la LBRL (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos y transporte público de viajeros), el Estado y las CCAA, en el ámbito de sus competencias, podrán mediante ley reservar otras actividades y servicios. No obstante, la reserva a través de una ley de la actividad de producción, almacenamiento... de energía eléctrica entraría en conflicto con la liberalización del sector; pero podría defenderse desde el momento en que se trata de actividades en las que se excluye la pura rentabilidad económica, asemejándose a servicios de interés general no económicos.

DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Nuevo régimen jurídico de los servicios locales...», *op. cit.*, págs. 9 y ss, distingue entre la iniciativa pública local en la actividad económica que se ejerce a través de la reserva de servicios públicos y la iniciativa local económica en cualquier actividad económica». En esta línea, ORTEGA BERNARDO, C., «Competencias, servicios públicos...», *op. cit.*, pág. 76, distingue entre el servicio público y la actividad económica local; de los arts. 38 y 128.2 CE y art. 86.1 LBRL la autora considera que se deriva la cláusula de «no subsidiariedad» de la iniciativa pública en la actividad económica.

gestión de actividades energéticas por una CEL. En el primer caso, porque la exigencia de capital íntegramente local impediría la participación de personas o entidades privadas, requisito imprescindible en las CEL; y en el segundo supuesto, porque aquella reserva entraría en conflicto con la liberalización del sector energético.

De ahí que como posible fórmula institucional para la creación de una CEL consideremos a empresas públicas mixtas, de capital minoritario o mayoritariamente público. Al respecto, el art. 104 del TRRL dispone que la Entidad local podrá utilizar «las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la Entidad»; en el acuerdo constitutivo se establecerán las especialidades estructurales y funcionales. Como ha sostenido VILLAR ROJAS aunque la sociedad de economía mixta se ha eliminado como forma de gestión indirecta de servicios públicos en la legislación de contratación del sector público, pervive como fórmula institucional de colaboración público-privada (38).

B. LA CREACIÓN DE UNA CEL COMO EMPRESA PÚBLICA

Una vez expuestas algunas exigencias impuestas por el marco normativo para la creación de empresas públicas locales procede analizar su encaje como fórmula de constitución de una CEL. Así, la posible configuración de una CEL como empresa local merece algunas consideraciones. En primer lugar, las CEL no pueden tener como objetivo principal generar una rentabilidad económica con la actividad que desarrollen, al tiempo que las mismas no están abiertas a grandes empresas ni a aquellas que desarrollen su actividad principal en el sector de la energía; pero deben permitir la participación de pymes y ciudadanos. Estas exigencias casan mal con los requisitos que derivan de la legislación de régimen local para ejercer la iniciativa pública en la actividad económica (análisis de rentabilidad económica y la sujeción al principio de estabilidad presupuestaria y financiera como condición *sine que non* para su constitución); sobre todo, si se trata de una sociedad mercantil local de capital íntegramente público, que no está abierta a la participación privada. Sin embargo, pueden tener un mejor encaje en la creación de una sociedad de economía mixta; pero en el acuerdo de constitución, entre las especialidades estructurales y fun-

(38) VILLAR ROJAS, F., «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017, pág. 92. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos» en el *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 60 (págs. 50-57), sostiene que en la gestión mediante sociedad de economía mixta hay que diferenciar entre la constitución de la sociedad mercantil, que no queda bajo el ámbito de la normativa de contratación pública, y la adjudicación a esa sociedad de la prestación de un servicio.

cionales habría que añadir las que derivan del Derecho de la UE de limitación de participación de ciertas empresas; también debería permitirse la participación en el accionariado de personas físicas y pymes (39).

En segundo lugar, si se constituye una sociedad de economía mixta como CEL debería igualmente clarificarse que su actividad no se orienta al público en general —como cualquier otra empresa pública— sino principalmente a sus miembros o socios, como imponen las comentadas Directivas comunitarias.

En tercer lugar, el hecho de que las actividades que puede realizar una CEL se encuentren liberalizadas (producción, suministro...de electricidad) (40) impone que cuando su prestación se realice a través de una empresa mixta, participada por un ente local, se respete la competencia (41). Así se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo con carácter general refiriéndose a la intervención en la actividad económica de entes instrumentales locales (STS 14 de junio de 2013) (42). Así, el amplio espectro de actividades a las que podría atender una CEL, la mayoría de ellas liberalizadas, exige su apertura a la competencia, a la iniciativa privada (43). Sin embargo, el interés general que subyace en los objetivos

(39) Lo que expresamente admite el art. 104. 4 TRRL.

(40) Para facilitar la competencia en el sector del gas y de la calefacción, la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 elimina de los servicios reservados «el suministro de gas y calefacción» (art. 86.2 LBRL). Sobre el régimen jurídico de las sociedades mercantiles y las sociedades mixtas como formas de gestión de servicios públicos puede consultarse el detallado estudio de SOSA WAGNER, F., «La gestión de servicios públicos mediante sociedad de capital íntegramente público o mediante una sociedad mixta», en *QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local* núm. 7 (2005, págs. 79 y ss).

(41) Sobre la iniciativa pública en la actividad económica, muy interesantes las reflexiones de LENCE REIJA, C., «La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia», en *REDA* núm. 170 (2015, págs. 179-214); también puede verse ARANA GARCÍA, E., «El procedimiento administrativo...», *op. cit.*, págs. 77-101. Respecto al proceso de liberalización de los servicios prestados en red (gas, electricidad, telecomunicaciones), así como, en menor medida respecto de servicios públicos locales, *vid.* TORNOS MAS, J., «Liberalización de servicios públicos locales...», *op. cit.*, pág. 104.

(42) En dicha Sentencia el Alto Tribunal sostiene: «...la interposición de un ente instrumental subordinado, aunque esté dotado de personalidad jurídica propia, para la prestación —por parte de las Entidades Locales— de determinados servicios en los mercados liberalizados convierte a aquellas Corporaciones en operadores económicos que deben competir en el mercado en igualdad de condiciones con el resto. O, en otras palabras, las Entidades Locales que hayan personificado bajo el régimen de derecho privado sus propias empresas, cuya actividad y comportamiento siguen determinando, no pueden ampararse después en el título de las “potestades administrativas” para intervenir en beneficio de aquéllas e imponer al resto de los operadores condiciones de mercado más restrictivas o limitar su legítima actividad».

(43) Como indica LENCE REIJA, C., «La iniciativa económica de las entidades locales...», *op. cit.*, pág. 183, en el ámbito del derecho de la competencia se considera empresa a toda entidad que ejerza una actividad económica, o sea, que ofrezca bienes y servicios en un determinado mercado, no tienen carácter económico las actividades que se vinculan al ejercicio de prerrogativas de poder público. Según tal definición las actividades que realizarían las CEL se considerarían actividad empresarial.

que debe alcanzar y su no apertura a grandes empresas del sector energético hacen conveniente la iniciativa local en esta actividad económica. Además, las actividades a desarrollar por una CEL pueden no resultar rentables en términos económicos para la empresa privada, pero sí resultan necesarias para cumplir con los objetivos de la normativa comunitaria; de ahí, la necesidad de intervención pública en la economía (44).

En términos de la STS de 10 de octubre de 1989 en este supuesto se darían razones de interés general para crear una empresa pública. Para ello el Tribunal Supremo impone una doble condición: primera, que la actividad empresarial que desarrolle la empresa pública (léase la CEL) sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de la creación; segunda, «que el ejercicio de la actividad económica de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia» (45). Al respecto, entendemos que la segunda condición resulta de difícil atención en el caso de una CEL con forma de empresa pública local, porque no partimos en realidad de una «iniciativa empresarial», orientada por la rentabilidad. A estas exigencias jurisprudenciales, que consideramos que limitan el uso de la empresa pública para la gestión de una CEL, habría que añadir el obstáculo que deriva del necesario análisis de afección a la concurrencia empresarial y a la garantía de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, como condicionantes impuestos por el art. 86 de la LBRL, en su reforma del año 2013 (46). Cuestión distinta es que la iniciativa local en la actividad económica venga limitada

(44) Ahora bien, dado que el art. 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia permite que por ley se admita una disfunción a la competencia, sin que se apliquen las prohibiciones que contiene dicha norma, tenemos que concluir que se requiere una ley interna que reconozca las CEL, a fin de que las posibles disfunciones a la competencia que puedan derivar de su actuación queden amparadas por esa exclusión.

Compartimos con CUBERO MARCOS, J.I., «Regulación, iniciativa económica...», *op. cit.*, pág. 129 que «los fines de interés público o social pueden justificar la postergación de las normas relativas a la libre competencia en un determinado sector económico». La necesidad de atender a colectivos vulnerables en el ámbito energético, de luchar contra la pobreza energética y de descarbonización del sector energético mediante la incorporación de las energías renovables entendemos que se erige en interés público que habilitaría a los entes locales para ejercer la iniciativa económica a través de una CEL.

(45) El mismo pronunciamiento encontramos en la STS de 4 de julio de 2003 (Pte. J.J. González Rivas), Fj. Décimo.

(46) Al respecto, TORNOS MAS, J., «Liberalización de servicios públicos locales...», *op. cit.*, págs. 112 y 113, afirma que los entes locales pueden ejercer la iniciativa pública económica en sectores liberalizados, aunque condicionada al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y actuando en igualdad con las empresas privadas; además debe exigirse que el ente local justifique la razón de interés general que le lleva a ejercer esa iniciativa económica en un determinado sector económico (art. 103 CE). Así, enumera los requisitos de orden sustantivo y de orden formal que deben seguirse para crear una empresa municipal con el fin de llevar a cabo la iniciativa económica.

por el ámbito propio de las competencias locales(47); lo que obligaría a conectar la actividad propia de una CEL dedicada a la producción, suministro...de energía a partir de fuentes renovables con las competencias locales sobre protección del medio ambiente urbano.

3. Las cooperativas como comunidades de energías renovables

La cooperativa es una fórmula jurídica que se viene utilizando para la realización de actividades energéticas (producción, comercialización, prestación de servicios energéticos...). La doctrina las ha denominado «cooperativas energéticas verdes» cuando dichas actividades se vinculan a la energía procedente de fuentes renovables(48). El régimen jurídico de estas cooperativas energéticas lo conforma la normativa sobre cooperativas y sus respectivos Estatutos(49). Este marco normativo lo encontramos en las normas sobre cooperativas aprobadas por las Comunidades Autónomas como corresponde a sus competencias en esta materia. Ello, sin perjuicio de la aprobación por el Estado de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, aplicable a las cooperativas que desarrollen su actividad en el territorio de varias CCAA o en las ciudades de Ceuta y Melilla. En el ámbito local, la primitiva redacción del art. 85 de la LBRL se refería a la «sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la entidad local» como una de las formas de gestión indirecta de servicios públicos locales. A partir de su reforma en el año 2003(50) la gestión indirecta de servicios locales se remite a lo dispuesto en la correspondiente legislación de contratación pública. Pero en el supuesto que estamos analizando, constitución de

(47) ORTEGA BERNARDO, J., «Competencias, servicios públicos y actividad económica...», *op. cit.*, pág. 87 sostiene que cuando un ente local ejerza una actividad económica debe limitarse al ámbito material de sus competencias. En la misma línea se ha pronunciado GARCÍA RUBIO, F., «La iniciativa económica local...», *op. cit.*, pág. 16, que mantiene que el ejercicio de la iniciativa económica «debe hacerse en el ámbito de las competencias propias de las diferentes entidades locales, y por tanto, en el de los municipios del art. 25, y en el de las Diputaciones en el del art. 36 de la LBRL...».

(48) Sobre esta materia pueden consultarse: JAIO GABIOLA, E., PAREDES GÁZQUEZ, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J.A., «El bono social y las cooperativas energéticas verdes: situación y perspectivas» en *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos* núm. 122 (2016, págs. 165-190), en línea: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querry=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=bono+social+y+cooperativas+energéticas+verdes.

En la misma línea, ARNÁEZ ARCE, V.M.^a, «La comercialización de energía eléctrica a través de cooperativas de consumo» en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* núm. 45 (2011, págs. 195-216).

(49) A nivel europeo existe una red de cooperativas europeas (REScoop) que agrupa a cooperativas energéticas renovables. En línea: <https://www.rescoop.eu/>

(50) Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

una cooperativa en el ámbito energético, no estamos ante la gestión de un servicio público, sino ante una fórmula jurídico privada de ejercicio de la actividad económica. La mayoría de los Estatutos de las denominadas cooperativas energéticas verdes establecen una limitación a la participación en el capital social de las mismas, por lo que su control no suele estar en manos públicas.

La opción de crear una cooperativa de capital mixto, en la que su impulso correspondiera a un ente local, cuyas actividades se identificaran con las de una CEL (producción de energía a partir de fuentes renovables; prestación de servicios energéticos...) nos situaría en el ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica, la cual —como hemos avanzado ya— puede ejercerse de forma directa o indirecta (art. 86.1 LBRL y art. 95.1 TRRL). De ahí que debamos estar a la única referencia que la normativa local dedica ahora a las cooperativas en el art. 104 TRRL cuando alude a la sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la Entidad.

Teniendo en cuenta este marco normativo, la doctrina ha definido la cooperativa como «una agrupación voluntaria de personas con unos principios de organización corporativa y financiera peculiares...» (51) y que goza de personalidad jurídica (52). Ciertas características de las cooperativas se identifican con las CEL. Así, por ejemplo: el carácter voluntario de la asociación de personas (53), la satisfacción de necesidades económicas o sociales y la constitución de una empresa de propiedad conjunta (54).

(51) En este sentido, *vid.* VICENT CHULIÁ, F. *et al.*, «Introducción. Normas y ámbito de aplicación» en *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas*, 2.ª edición (Dir. Peinado Gracia), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 92. Para MORILLAS JARILLO, M.ªJ., «Concepto y clases de cooperativas», en *Tratado de Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, pág. 150, las cooperativas son «una forma jurídica societaria configurada por los valores y principios cooperativos, que, mediante el desarrollo en común de cualquier tipo de empresa, satisface las necesidades de sus socios». SOSA WAGNER, F., «La gestión de servicios públicos mediante sociedad de capital...», *op. cit.*, págs. 91 y 92, admite las sociedades cooperativas como formas de gestión de servicios locales —a lo que habríamos que añadir como forma de iniciativa en la actividad económica—, a pesar de su no contemplación en la legislación de contratación pública.

(52) PEINADO GRACIA, J. I. *et al.*, «La constitución de la cooperativa» en *Tratado de Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, pág. 189, identifica el cumplimiento de los deberes formales y registrales con el otorgamiento de la personalidad jurídica a la cooperativa.

(53) El art. 12 de la Ley 17/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, aunque con un ámbito limitado de aplicación dadas las competencias y legislaciones autonómicas en la materia, dispone que pueden ser socios de las cooperativas, en función de la actividad cooperativizada, tanto personas físicas como jurídicas, públicas o privadas y las comunidades de bienes, remitiéndose a los Estatutos la determinación de los requisitos necesarios para adquirir la condición de socio.

(54) MORILLAS JARILLO, M.ªJ., «Concepto y clases de cooperativas», en *Tratado de Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, págs. 165 y ss, enumera los principios que deben regir las cooperativas, algunos de los cuales coinciden con la definición de las CEL: «el principio de adhesión voluntaria y abierta»; «el principio de gestión democrática por parte de los socios», los socios participan en la fijación de políticas y toma de decisiones, y los elegidos para representantes son responsables ante los socios; «el principio de participación económica de los socios», al menos parte del capital social

Sin embargo, otras notas como «la ausencia de ánimo de lucro» es un rasgo que no se predica de todas las cooperativas sino solo de algunas de ellas, y que estaría presente en las CEL.

La variada tipología de cooperativas nos permite asimilar algunos de sus tipos con las CEL. Tal ocurre con la cooperativa de objeto plural, o sea, aquella que desarrolla dos o más actividades cooperativizadas y que pueden abarcar diferentes fases económicas de la empresa (producción, distribución, abastecimiento, consumo) (55). Si bien el inconveniente de tal asimilación radica en el hecho de que se exija la polivalencia subjetiva, o sea, socios que realicen las distintas actividades de la cooperativa, hecho este poco probable en una CEL abierta principalmente a pymes y ciudadanos individualmente considerados. Quizás resulte más oportuno atribuir a una CEL la naturaleza jurídica de una cooperativa mixta, entendiéndose por tal aquella en la que participan socios con capital, pero no intervienen en la actividad cooperativa; aunque tienen derecho a voto en la asamblea general en función del capital aportado (56). Esta fórmula cooperativa tiene valor en cuanto a su utilización para constituir una CEL, pero presenta la limitación de ser aplicable en aquellas CCAA cuya legislación de cooperativas la prevean.

Otro inconveniente que plantea la configuración de una CEL como una cooperativa es que estas se crean para satisfacer las necesidades de sus socios (57), mientras que las CEL además realizan actividades que pueden redundar en la localidad y estar abiertas al mercado, como la venta de energía o la recarga de vehículos eléctricos. Al mismo tiempo quedan por aclarar cuestiones como la forma de hacer frente a la vulnerabilidad energética por parte de esas CEL, ¿cómo se articula el bono social? (58),

es propiedad común de la cooperativa; «el principio de autonomía e independencia», que implica que en sus relaciones con el poder deben mantener su capacidad de tomar libremente decisiones, sin comprometer su independencia. Esta última característica no cuadra con la participación de autoridades locales y la necesidad de que estas impulsen a las CEL; «el principio de interés por la comunidad», trabajan para conseguir el desarrollo sostenible de sus comunidades, siendo este un principio intrínseco a las CEL.

(55) Véase, CONTRERAS DE LA ROSA, I., «Cooperativas de objeto plural», en *Tratado de Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, págs. 1696 y ss.

(56) Sobre este tipo de cooperativas, pueden consultarse VÁZQUEZ RUANO, T., «Cooperativas mixtas» en *Tratado de Derecho de Sociedades...*, *op. cit.*, págs. 1709 y ss, que identifica la regulación de este tipo de cooperativas en la Ley de Cooperativas estatal y en algunas legislaciones autonómicas. La Ley de Cooperativas del Estado limita el máximo de socios con capital y que no intervienen en la actividad cooperativizada al 49% como máximo. Según esta autora esta denominación también se ha utilizado para cooperativas cuyo «objeto social cumple finalidades propias de varias clases de cooperativas».

(57) Ello no impide que la doctrina venga reivindicando esa apertura al mercado de las cooperativas, como sostiene MORILLAS JARILLO, M.^ªJ., «Concepto y clases de cooperativas», *op. cit.*, págs. 162-163.

(58) Algunas propuestas en JAIÓ GABIOLA, E. *et al.*, «Bono social...», *op. cit.*, págs. 175 y ss.

¿deben facilitarlas las CEL; o la situación de vulnerabilidad conlleva la salida del cliente vulnerable de este sistema de suministro eléctrico de origen renovable?

4. Las CEL: ¿corporaciones de Derecho público?

Bajo el término «Corporaciones de derecho público» la doctrina científica engloba a entidades de base privada a las que la ley les atribuye el ejercicio de ciertas funciones públicas. Estas entidades de base asociativa se rigen por el Derecho Administrativo en cuanto ejercen funciones administrativas y solo respecto de estas funciones, aplicándose en el resto el derecho privado. La defensa de los intereses de sus miembros constituye otro de sus elementos característicos. Como prototipo de este tipo de entidades se encuentran los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (59). Pero junto a estos dos modelos de corporaciones de derecho público nos encontramos con otras entidades de colaboración con la Administración pública que participan en parte de un régimen jurídico público, tal es el caso de las entidades urbanísticas de colaboración o de las comunidades de regantes (60). Estas entidades de base asociativa privada, pero con carácter de corporaciones de derecho público, pueden dictar verdaderos actos administrativos que son fiscalizables por la Administración de la que dependen.

El traer a colación este tipo de entidades cuando tratamos de aclarar la naturaleza jurídica de las CEL es para resaltar sus posibles ajustes y desajustes en el régimen jurídico aplicable. Su principal similitud radica en el hecho de que las CEL integran a ciudadanos y empresas, constituyéndose en una entidad de base privada, cuya finalidad es la defensa de los intereses (energéticos, ambientales y económicos) de sus miembros; así como, que ejercen una actividad económica, aunque debe estar guiada por la ausencia de ánimo de lucro. Al mismo tiempo, su conexión con el municipio asimila las CEL con las entidades urbanísticas de colaboración por cuanto que ambas pueden agrupar a personas físicas o empresas privadas y su función es colaborar con la Administración municipal, bajo cuya tutela podrían ser creadas. El carácter administrativo de dichas entidades urbanísticas podría también predicarse de aquellas,

(59) Entre otros, ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons: Barcelona, 2019, págs. 151-152; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2019, págs. 425 y ss; GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2019, págs. 307 y ss.

(60) SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, págs. 429-430.

para lo cual la asignación de funciones públicas, como la consecución de objetivos medioambientales y económicos favorables para el municipio, podrían justificar dicha naturaleza jurídica.

Ahora bien, la posible configuración de una CEL como Corporación de derecho público tropieza con algunas trabas: a) se requeriría de una Ley que las crease como tales CEL y les atribuyera funciones públicas; b) dicha Ley tendría que determinar como ámbito territorial de actuación el municipio, por las propias características de actuación de las CEL; c) otra cuestión a resolver sería el de la adscripción de sus miembros, que conforme a la regulación que hace la UE de las CEL no podría ser obligatoria. Esa ausencia de adscripción obligatoria, precisamente en orden a las actividades y servicios liberalizados que tendrían encomendadas, no es óbice para su creación, como lo ha demostrado la ausencia de tal requisito en entidades afines.

III. El régimen de actividades de las Comunidades energéticas locales

1. El autoconsumo a partir de Comunidades energéticas locales

Como hemos avanzado, gran parte de las actividades que fundamentan la creación de una CEL se relacionan con el autoconsumo eléctrico. El mismo se ha regulado a nivel de UE por primera vez en el art. 21 de la Directiva 2018/2001, sin perjuicio de las referencias previas a la generación distribuida que ya contenía la normativa comunitaria(61). El citado artículo prevé la posibilidad de que sean autoconsumidores individuales o que realicen la actividad de forma conjunta(62). Los autoconsumidores de energías renovables podrán generar energía, autoconsumirla, almacenarla y vender el excedente de producción que se vierta a la red. Estas actividades podrán realizarse colectivamente entre autoconsumidores situados en el mismo edificio, incluidos los bloques de apartamentos. Siendo precisamente en el autoconsumo colectivo donde tendría encaje la creación de una CEL.

(61) Sobre los antecedentes normativos en la Unión Europea en cuanto a la regulación del autoconsumo eléctrico puede verse GONZÁLEZ RÍOS, I., «El autoconsumo de energía eléctrica: incipiente regulación e implicaciones urbanísticas, energéticas y medioambientales en *RVAP* núms. 99/100; 2014 (págs. 1623-1648); PRESICCE, L., «El periplo de regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad», en *RVAP* núm. 113 (2019, págs. 201 y ss).

(62) Así, se refiere a los mismos como «individuales» o mediante agregadores (art. 21.2), a su vez alude a los autoconsumidores «situados en el mismo edificio, incluidos los bloques de apartamentos», disponiendo que los Estados miembros pueden establecer diferencias entre «autoconsumidores individuales de energías renovables o autoconsumidores de energías renovables que actúen de forma conjunta», aunque cualquier diferencia de trato debe ser proporcional y justificada (art. 21.4).

Si bien observamos cierta similitud entre las CEL y el autoconsumo colectivo; no consideramos que quepa una identificación total atendiendo a su marco regulador comunitario. En primer lugar, la regulación que realiza la Directiva UE 2018/2001, sobre el fomento del uso de las energías procedente de fuentes renovables, del autoconsumo (art. 21) se hace de forma separada de las CER (art. 22), sin que en la misma se contenga ninguna referencia o remisión a la posible gestión de un autoconsumo colectivo a través de una CER; además, la Directiva UE 2019/944 sobre el Mercado interior de la electricidad se refiere a las CCE sin vincularlas tampoco al autoconsumo eléctrico. Ello no impide que dichas Comunidades energéticas puedan contribuir al desarrollo del autoconsumo colectivo (63). En segundo lugar, no solo sistemáticamente podemos diferenciar ambos conceptos, también sustantivamente, puesto que el autoconsumo colectivo puede llevarse a cabo mediante pactos privados, que las citadas Directivas diferencian de las comunidades energéticas, que califican como entidades jurídicas de cooperación ciudadana o «agentes locales», distinguiéndolas de otras iniciativas ciudadanas privadas (Considerando 44 de la Directiva 2019/944); como indica el Considerando 46 de la Directiva 2019/044 refiriéndose a las CCE «son un nuevo tipo de entidad». En tercer lugar, en cuanto a las actividades que realizan, aunque en parte pueden coincidir (generación, consumo, almacenamiento, y venta de energía), lo cierto es que las llamadas comunidades de energías renovables tienen un amplio abanico de actividades pues pueden realizar servicios de agregación, otros servicios energéticos comerciales, pueden contribuir a usos térmicos a partir de energías renovables; por su parte, las comunidades ciudadanas de energía pueden intervenir en la generación —no exclusivamente a partir de energías renovables—, en la distribución, en el suministro, en servicios de recarga de vehículos eléctricos u otros servicios energéticos.

A nivel interno, unos meses antes de la aprobación de la citada Directiva 2018/2001 que regula el autoconsumo partir de energías renovables, se reforma el art. 9 de la LSE que regula el régimen del autoconsumo eléctrico introduciendo entre otras modificaciones su modalidad colec-

(63) Así se ha puesto de manifiesto en el Borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, que vincula el autoconsumo compartido al desarrollo de las Comunidades energéticas locales (pág. 69). En línea: https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/participacion-publica/documentoparticipacionpublicaborradordelplannacionalintegradoeenergíayclima2021-2030_tcm30-487344.pdf

El citado Borrador se refiere a las Comunidades energéticas locales con ocasión: a) del desarrollo de sistemas urbanos de calefacción y refrigeración a partir de energías renovables (págs. 39 y 72); b) resaltando su papel en la transición energética garantizando la participación ciudadana (pág. 132); c) su implementación en la edificación (pág. 60); d) como medida para desarrollar el autoconsumo compartido (pág. 69).

tiva(64). El art. 9.1 de la LSE cuando define el autoconsumo indica que es el «consumo por parte de uno o *varios consumidores* de energía eléctrica...»; aspecto que ha sido desarrollado en el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril(65), que define el autoconsumo colectivo como aquel que realiza un consumidor cuando «pertenece a un grupo de consumidores que se alimentan, de forma acordada, de energía eléctrica que proviene de instalaciones próximas a las de consumo y asociadas a los mismos», pudiendo ser con excedentes o sin excedentes cuando el autoconsumo se realice entre instalaciones próximas de red interior(66) y con excedentes (acogida a compensación o sin ella) cuando se realice entre instalaciones próximas a través de la red (art. 3.m). Profundizando en la idea, el art. 4.3 del Real Decreto 244/2019 clasifica el autoconsumo individual o colectivo en función de si se trata de uno o varios consumidores los que están asociados a las instalaciones de generación. En el caso del autoconsumo colectivo se señala que «todos los consumidores participantes que se encuentren asociados a la misma instalación de generación deberán pertenecer a la misma modalidad de autoconsumo...». Al autoconsumo colectivo se le imponen otras limitaciones relacionadas con la posibilidad de cambio en la modalidad de autoconsumo (art. 4. 5)(67).

Un aspecto de gran relevancia en la promoción del autoconsumo es que el consumidor y el propietario de la instalación de generación podrán ser personas físicas o jurídicas diferentes con independencia de quien sea el titular de la instalación de consumo y de generación (art. 5.2 Real Decreto 244/2019). Tratándose de autoconsumo colectivo sin excedentes la titularidad de la instalación de generación y del mecanismo antivertido será compartida solidariamente por todos los consumidores asociados a dicha instalación de generación (art. 5.3). En la modalidad de suministro con autoconsumo con excedentes (cuando las instalaciones de pro-

(64) La reforma se realiza por el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores.

(65) Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica.

(66) Se denominan instalaciones próximas de red interior aquellas que están conectadas a la red interior de los consumidores asociados o estén unidas a estos a través de líneas directas; mientras que son instalaciones próximas a través de la red aquellas que: a) estén conectadas a cualquiera de las redes de baja tensión derivada del mismo centro de transformación; b) se encuentren conectados tanto la generación como los consumos en baja tensión a una distancia entre ellos inferior a 500 metros; c) estén ubicados, tanto la generación como los consumos, en una misma referencia catastral (art. 3.g) RD).

(67) El cambio deberá ser llevado a cabo simultáneamente por todos los consumidores participantes del mismo. Ello sin perjuicio de serle aplicables otras limitaciones que también rigen para el autoconsumo individual: en ningún caso un sujeto consumidor podrá estar asociado de forma simultánea a más de una de las modalidades de autoconsumo; cuando el autoconsumo se realice mediante instalaciones próximas y asociadas a través de red, el autoconsumo deberá pertenecer a la modalidad de suministro con autoconsumo con excedentes (art. 4.5).

ducción próximas y asociadas al consumo compartan infraestructuras de conexión a la red de transporte o distribución o se conecten en la red inferior del consumidor) los consumidores y productores responderán solidariamente por el incumplimiento de los preceptos de este Real Decreto (art. 5.4).

Esta regulación del autoconsumo compartido en la LSE y en el Real Decreto 244/2019 está en sintonía con las previsiones del derecho comunitario en las ya citadas Directivas y con la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 68/2017) (68).

A la vista del expuesto marco normativo podemos concluir que cuando el autoconsumo colectivo se realice a través de una comunidad energética, como entidad jurídica, además de aplicarse las condiciones técnicas, administrativas y económicas que fija el Real Decreto 244/2019, habría que añadir las que derivan del Derecho de la UE sobre las CER o CCE, según el tipo de Comunidad energética que se constituya (la exigencia de ser accesible a todo tipo de consumidores, incluidos los vulnerables; la prohibición de participación de empresas que se guíen por una rentabilidad financiera, entre otras). No estaría de más que la normativa reguladora del autoconsumo eléctrico se refiriera de forma expresa a las CEL.

2. Los servicios de agregación y las Comunidades energéticas locales

La UE se ha referido a los servicios de agregación al regular el sistema de balance eléctrico, o sea, las acciones o procesos mediante los cuales el Gestor de la Red de Transporte asegura el mantenimiento de la frecuencia y calidad del suministro eléctrico (Reglamento 2017/2195/UE) (69). La ordenación del sistema de balance tiene entre sus objetivos facilitar la participación de las fuentes de energía renovables y de distintos servicios de respuesta a la demanda, entre los que expresamente se incluye «la agregación y el almacenamiento de energía» (art. 3.1f, g). La elaboración de las condiciones o metodología exigidas para la puesta en marcha del sistema de balance se deja en manos de los gestores de la red de transporte, debiendo ser aprobado por las autoridades reguladoras (arts. 4 y 5); lo que ha llevado a nivel interno a

(68) La STC 68/2017, de 25 de mayo (Pte. J.A. Xiol Ríos), al resolver un conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña con motivo del anterior Real decreto 900/2015 sobre autoconsumo eléctrico, anula el artículo que impedía el autoconsumo compartido y reconoce las competencias autonómicas en esta materia.

Para más detalle, véase LEIVA LÓPEZ, A., «La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico», en *RVAP* núm. 110 (2018, págs. 147-149).

(69) Reglamento 2017/2195/UE, de 23 de noviembre, de la Comisión, que establece una directriz sobre el balance eléctrico.

su regulación por la CNMC (70). Por lo tanto, la agregación y el servicio de almacenamiento (71) son servicios que se prestan en el mercado de balance y que contribuyen al funcionamiento del sistema de balance eléctrico.

Pero no es esta la única regulación de esta actividad. Ya hemos visto que tanto la Directiva 2018/2001 (72) como la Directiva 2019/944 atribuyen a las CEL la posibilidad de realizar la actividad de agregación. Esta última además de definir la actividad de agregación como «la función realizada por persona física o jurídica que combina múltiples consumos de clientes o electricidad generada para su venta, compra o subasta en cualquier mercado de electricidad» (art. 2.18); regula la figura del agregador independiente, o sea, un participante en el mercado que presta servicios de agregación y que no está relacionado con el suministrador del cliente (art. 2.19). A su vez, impone a los EEMM contar con un marco jurídico favorable (art. 17) (73).

En todo caso, esta actividad se enmarca dentro de la eficiencia energética y el papel que pueden desempeñar los consumidores finales a través de una correcta gestión de la demanda. Los ahorros energéticos que estos consigan a través de distintas medidas de ahorro y eficiencia ener-

(70) Resolución de 11 de diciembre de 2019 de la CNMC, por la que se aprueban los servicios de balance y los sujetos de liquidación responsables del balance en el sistema eléctrico peninsular español, donde se establecen las condiciones que deben cumplir los proveedores de servicios de balance, entre los que se incluyen los agregadores y los prestadores de servicios de almacenamiento.

(71) El almacenamiento energético se presenta como el nuevo paradigma en la consolidación y triunfo de la transición hacia las energías renovables, como ha puesto de manifiesto ARIEL KAZMIERSKI, M., «Almacenamiento energético frente al inminente paradigma renovables: el rol de las baterías de ion-litio y las perspectivas sudamericanas» en *Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales* núm. 23 (2018, págs. 114 y ss).

(72) Así, el art. 22.2, c) de la citada Directiva recoge el derecho de las Comunidades de energías renovables a acceder a todos los mercados de energía mediante agregación; al tiempo que en su apartado 4.º, b) se refiere a la prestación de servicios de agregación de conformidad con las disposiciones aplicables a estas actividades. Esta Directiva también pone al agregador como ejemplo de operador económico del mercado que realiza la venta de energías renovables (art. 2.18 Directiva).

(73) El art. 17 de la Directiva 2019/944 regula la agregación como mecanismo para responder a la demanda de energía en un mercado eléctrico distribuido. Para ello impone a los Estados miembros que permitan y fomenten que los clientes finales, incluidos los que ofrecen respuesta de demanda mediante agregación, puedan participar en el mercado de la electricidad junto a los productores. Entre las actuaciones que deben garantizar se encuentra que los agregadores puedan prestar servicios auxiliares a los gestores de la red de transporte y de distribución. Para ello los Estados miembros deben contar con un marco jurídico que al menos disponga: a) el derecho a entrar en el mercado de la electricidad; b) la aprobación de normas y procedimientos que permitan el intercambio de datos entre agregadores y empresas eléctricas; c) la responsabilidad de los agregadores por los desvíos que causen al sistema eléctrico; d) la previsión de un sistema de resolución de litigios que se planteen entre agregadores y otros participantes en el mercado; entre otras condiciones. La UE insta a las autoridades reguladoras, o si así lo permite el ordenamiento jurídico nacional, a los gestores de las redes de transporte y distribución, a que definan los requisitos técnicos para la participación de la respuesta de la demanda en los mercados eléctricos.

gética son susceptibles de ponerse a disposición de un agregador de demanda si no quieren comercializarse directamente. En la nueva etapa que se abre en el mercado eléctrico a través de la transición hacia la descarbonización mediante introducción de las energías renovables, la eficiencia en el uso de la energía y la incorporación de nuevas tecnologías que permitan al consumidor conocer en cada momento su consumo energético, los servicios de agregación se prevé que tengan un gran predicamento. Y en esa línea, y a pesar de la falta de reconocimiento expreso de la actividad de agregación en la LSE, la obligada trasposición de las Directivas 2018/2001 y 2019/944 debe llevar a su reconocimiento y desarrollo normativo.

Mientras se produce la citada trasposición, a nivel nacional la actividad de agregación debe encuadrarse en la regulación de la gestión de la demanda (74), ante la falta de reconocimiento de la figura del agregador como sujeto del mercado eléctrico (75). La LSE cuando se refiere a la gestión de la demanda impone a las distribuidoras y comercializadoras «poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración» (arts. 40.2.k y 46.1.h), dejando pues en manos de la Administración la aprobación de dichos programas. Téngase en cuenta cómo la implementación de esos programas se encarga a empresas eléctricas, en una concepción todavía alejada del «agregador independiente»

(74) Así se ha hecho en el Borrador del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima que se refiere a los agregadores cuando regula la gestión de la demanda y el almacenamiento, situando esta figura junto a las Administraciones públicas, las compañías distribuidoras y comercializadoras y las empresas de servicios energéticos, como eje de la gestión de la demanda, para actuar sobre la demanda del consumidor para incidir sobre la cantidad de energía consumida y el momento en que se consume. El Plan se refiere a la necesidad de desarrollar la figura del agregador.

El citado Plan apuesta por la integración de las energías renovables en las redes eléctricas, que si bien en 2018 se sitúa en un 46% de la potencia instalada, en 2030 se prevé que tenga una cobertura del 74%, para lo cual propone la reducción de las centrales térmicas como mecanismos de respaldo (dado que las energías renovables no garantizan un suministro continuo) y su sustitución por técnicas de gestión de la demanda y almacenamiento de energía; y es precisamente en estas tareas en las que los agregadores pueden desempeñar su función. Para ello el Plan propone la realización de convocatorias donde el producto que se subaste sea la incorporación de tecnologías de respaldo (p. ej. baterías).

(75) El Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética incorpora una Disposición Final Primera que modifica la LSE incluyendo como sujetos del sistema eléctrico a los agregadores independientes y a los titulares de instalaciones de almacenamiento.

La falta de reconocimiento de la figura del agregador en la normativa estatal contrasta con su previsión en alguna norma autonómica como la Ley 10/2019, de 22 de febrero de Cambio Climático de las Islas Baleares, que considera «agregadores de demanda» a «aquellos suministradores de servicios de gestión de la demanda que unen múltiples cargas de corta duración de los consumidores para su venta o subasta en mercados organizados» (art. 4.c). Además, esta Ley abre la puerta al establecimiento de obligaciones de eficiencia energética relacionadas con servicios de almacenamiento y agregación; imponiendo a las Administraciones públicas de las Islas Baleares que promuevan la implantación de agregadores de demanda.

que puede ser una persona física o persona jurídica no directamente relacionada con el sector eléctrico (una empresa de baterías). Más concretamente, la gestión de la demanda se regula en el art. 49 LSE que atribuye a «las empresas eléctricas, los consumidores y el operador del sistema, en coordinación con otros agentes» la realización y aplicación de medidas que fomenten la mejora de la gestión de la demanda eléctrica. Ahora bien, el mismo artículo admite que la Administración pueda adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los usuarios y la eficiencia y el ahorro energético, bien directamente o «a través de agentes económicos cuyo objeto sea el ahorro y la introducción de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad», donde tendrían encaje los «agregadores» energéticos. El citado art. 49 LSE recoge entre las citadas medidas el servicio de interrumpibilidad gestionado por el operador del sistema; gestión por el operador del sistema que muestra que nuestra normativa interna se encuentra aún alejada de la concepción del agregador independiente. De ahí que el art. 13.3 de la LSE también se refiera al pago de los servicios que se presten para aplicar esas medidas, que se pueden reconocer como «costes del sistema» (76). Este pago de las medidas aplicables para la gestión de la demanda como costes del sistema habría que replantearlo desde el momento en que cualquier consumidor o entidad jurídica (p.ej. CEL) puede prestar el servicio de agregación. La LSE no regula, pues, de forma directa y expresa la figura del proveedor de servicios de agregación. Ello no impide que en el derecho interno sea aplicable el Reglamento 2017/2195/UE y que la CNMC haya desarrollado el régimen jurídico exigible a los prestadores de servicios de balance (entre ellos los servicios de agregación y almacenamiento) para el ejercicio de su actividad (77).

(76) Para que proceda este reconocimiento aquellas medidas deben ser aprobadas por el ministerio competente previo informe de la CNMC y de las CCAA en su ámbito territorial. Entre esas medidas incluye el servicio de interrumpibilidad gestionado por el operador del sistema (art. 49.2 LSE). El servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad se asigna mediante un sistema competitivo de subasta, donde el operador del sistema sigue siendo el encargado de su gestión, así como, de la ejecución, requerimiento y verificación de todos los aspectos relativos a la prestación del servicio, y al que le corresponde realizar dichas subastas. La Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, regula el mecanismo competitivo de asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, reformada por Orden ETU/362/2018, de 6 de abril.

(77) La Resolución de 11 de diciembre de 2019 de la CNMC regula como condiciones aplicables a los proveedores de servicios de balance (Título 2), el disponer de una habilitación del operador del sistema para la práctica de cada servicio de balance (la habilitación se otorgará a aquellas instalaciones que acrediten capacidad técnica y operativa para la prestación del servicio. Los requisitos para que las instalaciones de generación, demanda o almacenamiento obtengan esa habilitación se establecen en el art. 9), o una autorización si se trata de una agregación de instalaciones. Como proveedores de estos servicios se incluye a los titulares de instalaciones de producción, de demanda, de almacenamiento y sus representantes.

3. Las Comunidades Energéticas Locales: el servicio de recarga energética y los servicios de aplicaciones inteligentes

Dentro del amplio margen de servicios que la normativa comunitaria encomienda a las CEL pueden incluirse los servicios de recarga energética o servicios para implementar aplicaciones inteligentes. Por lo que respecta al servicio de recarga de vehículos eléctricos su regulación la encontramos en la Directiva (UE) 2014/94/UE, relativa a la implantación de una infraestructura para combustibles alternativos(78); en la Directiva (UE) 2018/844, sobre eficiencia energética de los edificios, que regula las infraestructuras de recarga de vehículos que deben incorporar los edificios residenciales o no residenciales y sus condiciones (art. 8); y en la Directiva (UE) 2019/944, del mercado interior de la electricidad, que se refiere a la integración de la electromovilidad en las redes de distribución (art. 33).

A nivel interno la escasez de puntos de recarga se ha considerado un impedimento para el desarrollo del vehículo eléctrico, lo que ha llevado a reformar la LSE en 2018(79) eliminando la figura del gestor de cargas del sistema, liberalizando la actividad de recarga eléctrica. Así, la LSE regula los servicios de recarga energética como una de las actividades de suministro eléctrico (art. 1.2). Dicho servicio puede prestarse por los consumidores, personas físicas o jurídicas (art. 6.1 g); si bien, en el caso en que tras un procedimiento en concurrencia se resuelva que no existe interés por la iniciativa privada, las empresas distribuidoras podrán ser titulares de último recurso de infraestructuras para la recarga de vehículos eléctricos (art. 38.10 LSE). La regulación de los servicios de recarga energética se realiza en el art. 48 LSE, que lo define como aquel cuya función principal es la entrega de energía a título gratuito u oneroso a través de servicios de carga de vehículos y de baterías de almacenamiento(80). Este servicio —como hemos adelantado— puede ser prestado por cualquier consumidor siempre que cumpla los requisitos que reglamentariamente

(78) Directiva (UE) 2014/94/UE, de 22 de octubre, relativa a la implantación de una infraestructura para combustibles alternativos.

(79) En este sentido, el Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección del consumidor.

(80) Sobre la falta de un adecuado marco regulatorio como uno de los problemas al desarrollo y expansión de los sistemas de almacenamiento puede verse GÓMEZ EXÓSITO, A. (coord.) y MARTÍNEZ RAMOS, J.L., «Aspectos regulatorios de los sistemas de almacenamiento», en *El almacenamiento de energía en la distribución eléctrica del futuro*, Real Academia de Ingeniería, Madrid, 2017, págs. 130 y ss, que propone medidas como: la alineación del almacenamiento a la introducción de las energías renovables; la creación de una categoría de agente dedicado a esta actividad y el establecimiento de su sistema retributivo; establecer normas para la conexión de las instalaciones de almacenamiento a la red, etc.

establezca el Gobierno (81). Estas instalaciones deben estar inscritas en un listado de puntos de recarga gestionado por las CCAA y Ceuta y Melilla donde se sitúen los puntos, los cuales deben comunicarlo al Ministerio para la Transición Ecológica.

Otro reto que se abre a las CEL es el de los servicios relacionados con las aplicaciones inteligentes que tienen su proyección tanto en la edificación como en las redes eléctricas. A los mismos se refiere la Directiva 2018/844 sobre eficiencia energética de los edificios que regula de forma detallada «el indicador de preparación de edificios para instalaciones inteligentes» (82). Por su parte, la Directiva 2019/944 se refiere a los contadores inteligentes (83) y a las redes de distribución inteligentes, regulando en su art. 19 los «Sistemas de medición inteligentes» y su despliegue, tras una valoración de los costes y beneficios de su implantación (84). A nivel nacional el marco normativo referido a la investigación en tecnologías inteligentes aplicadas a la descarbonización y a necesaria implantación de redes eléctricas inteligentes es escaso. Podemos destacar las referencias recogidas en la Ley de Economía Sostenible al fomento de la investigación y desarrollo e innovación en el ámbito de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética (art. 82) (85).

(81) El Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, establece el marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, incluyendo los requisitos para los puntos de recarga del vehículo eléctrico. Por su parte, el Real Decreto 1053/2014, de 12 de diciembre, aprueba una nueva Instrucción Técnica Complementaria (ITC) BT 52 «Instalaciones con fines especiales. Infraestructuras para la recarga de vehículos eléctricos» del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (Real Decreto 842/2003, de 2 de agosto).

(82) Puede verse al respecto los considerandos 29 a 32 de la Directiva. Así, el art. 8 establece que antes del 31 de diciembre de 2019 la Comisión adoptará un acto delegado que recoja un régimen común voluntario para la clasificación del grado de preparación para instalaciones inteligentes del edificio. Para ello el Anexo I bis) regula el «Marco general común para la valoración del grado de preparación para aplicaciones inteligentes en los edificios».

(83) Sobre esta materia, véase la Recomendación 2012/148/UE, de 9 de marzo, de la Comisión, relativa a los preparativos para el despliegue de los sistemas de contador inteligente; y la Recomendación 2014/724/UE, de 10 de octubre, relativa al modelo de evaluación de impacto sobre la protección de datos para redes inteligentes y para sistemas de contador inteligente.

(84) El Anexo II de esta Directiva se refiere a los «Sistemas de medición inteligentes», imponiendo su despliegue a los Estados miembros.

(85) Ello sin perjuicio de los objetivos marcados en el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017/2020 como Reto 3 «Energía segura, eficiente y limpia. Entre las prioridades de este reto se sitúan: el desarrollo de las tecnologías de energías renovables y el diseño de redes y sistemas de gestión flexible y distribuidos; el desarrollo de sistemas, tecnologías inteligentes orientadas a que el consumidor tenga información suficiente para una gestión de su energía óptima; el diseño y desarrollo de sistemas energéticos eficientes, sobre todo, en materia de edificios y consumos industriales.

Por su parte, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima se alinea con los objetivos marcados por la Estrategia de Especialización Inteligente —RIS3— de la Unión Europea, para lo que contará con la Plataforma de Energía S3-Energy, creada por la Comisión Europea. Se apuesta por la implementación del SET PLAN (*European Strategic Energy TEchnology Plan*), que tiene como objetivo la

4. Otros servicios energéticos

De la regulación de las CER y de las CCE que realizan respectivamente las Directivas 2018/2001 y 2019/944 se deduce que tanto por los objetivos prioritarios de estas comunidades (proporcionar beneficios medioambientales, económicos o sociales) como por el listado de actividades que están llamadas a realizar, dichas actividades no constituyen un *numerus clausus*. Buena prueba de ello es que el art. 22 de la Directiva 2018/2001 se refiera a la prestación de «otros servicios energéticos comerciales», o que el art. 2.11 de la Directiva 2019/944 aluda, además de a los servicios ya comentados, a «...la prestación de servicios de eficiencia energética...o de otros servicios energéticos a sus miembros o socios».

Este carácter abierto de los servicios que puede realizar una CEL obliga a ponerlos en relación con las empresas de servicios energéticos (ESE)(86), con quienes pueden entrar en competencia. Recordemos que las CEL deben fomentarse por imperativo de la normativa comunitaria; lo que supone especialmente un llamamiento a las regiones y, sobre todo, a las entidades locales para su impulso. Por otro lado, la exigencia de ausencia de obtener una rentabilidad económica con los servicios que prestan a la localidad puede suponer una ventaja competitiva respecto de las empresas de servicios energéticos. Ahora bien, el reconocimiento de estas comunidades a nivel comunitario y su necesaria incorporación al derecho interno suponen un aval para su desarrollo e implementación, que debe ser considerado como una oportunidad para las ESE, cuyos servicios pueden ser requeridos por estas CEL.

Otro importante ámbito de actividades que podrían desempeñar las CEL, sobre todo, si se fomentan desde una entidad local, es en el sector de la calefacción y refrigeración. En el nuevo paquete energético aprobado en 2018, con una dispersión normativa escasamente justificable, la UE incorpora previsiones para fomentar la eficiencia energética de las instalaciones técnicas (calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria) con medidas tales como la mejora de las inspecciones, la incorporación

implantación de tecnologías bajas en carbono. En esta línea se han desarrollado estrategias de investigación e implantación en energía solar fotovoltaica, bioenergía, baterías, nuevos materiales para la eficiencia energética de edificios, sistemas de energía inteligentes, etc.

(86) Las empresas de servicios energéticos se regulan en el art. 19 del *Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el impulso de la recuperación económica y del empleo*, que las define como la persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos en las instalaciones de un usuario, consistiendo el pago en todo o en parte en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética. Su desarrollo normativo lo encontramos en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se traspone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía.

de energías renovables y de contadores individuales que faciliten información fiable y precisa sobre el consumo energético(87). Pero es esencialmente en el ámbito de los sistemas urbanos de calefacción/refrigeración donde pueden desempeñar un papel importante las CEL.

A nivel interno, la eficiencia energética en las instalaciones térmicas la encontramos regulada en el Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios (RITE) (88); en el Código Técnico de la Edificación (89), que además de exigir el cumplimiento del RITE en cuanto a las instalaciones técnicas de los edificios, con su reforma de diciembre de 2019 profundiza en la introducción de las energías renovables para la producción de agua caliente sanitaria; y en el Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero (90). Nin-

(87) Esas previsiones sobre eficiencia energética en los sistemas de calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria (ACS) la encontramos en varias Directivas comunitarias. La Directiva 2012/27/UE sobre Eficiencia Energética se refiere a la necesidad de integrar contadores individuales para clientes finales de calefacción urbana, refrigeración y ACS, imponiendo a los Estados miembros notificar a la Comisión una evaluación completa del potencial de uso de la cogeneración de alta eficiencia y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes. Al respecto la modificación de dicha Directiva por la Directiva 2018/2002, ha complementado la información exigiendo que los Estados velen porque los consumidores de calefacción, refrigeración y ACS reciban contadores a precio competitivo que reflejen el consumo real de energía (art. 9 bis); y que garanticen la instalación de contadores individuales en edificios de apartamentos y edificios polivalentes (art. 9 ter), exigiendo una facturación y consumo fiable y preciso y el acceso gratuito a esta información (arts. 10 bis y 11 bis). Por su parte, la Directiva 2010/31/UE de Eficiencia Energética de los Edificios presta especial atención a la inspección periódica de instalaciones de calefacción y aire acondicionado, habiéndose reformado su regulación para centrar esta inspección en las instalaciones centrales de calefacción y refrigeración (art. 14), más que en las individuales; aunque excluye de dichas inspecciones aquellos equipos que estén sometidos a un seguimiento de su rendimiento energético, bien porque estén sujetos a un contrato de rendimiento energético o porque funcionen como servicio u operador de red (arts. 14 y 15).

A esta regulación se suman las exigencias que derivan de la Directiva 2018/2001 sobre Fomento del uso de la energía procedente de fuentes renovables que impone a los Estados miembros aumentar la cuota de energías renovables en el periodo 2021 a 2030 (art. 23.1 Directiva 2018/2001); al tiempo que permite a los consumidores, que a 31 de diciembre de 2025 estén conectados a sistemas urbanos de calefacción/refrigeración no eficientes, desconectarse para «producir ellos mismos calefacción y refrigeración procedente de fuentes renovables. Cuando la desconexión afecte a bloques de apartamentos, la misma debe realizarse de forma conjunta» (art. 24.2, 3 y 7 de la Directiva 2018/2001).

(88) Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios.

(89) El Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, modifica el CTE aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, afecta al Documento Básico «Ahorro de Energía». Por lo que ahora nos interesa cambia la exigencia básica HE 4 «Contribución mínima de energías renovables para cubrir la demanda de ACS» imponiendo que los edificios cubran sus necesidades de ACS y de climatización de piscina cubierta en gran medida con energía procedente de fuentes renovables, bien generada en el propio edificio o a través de conexión a un sistema urbano de calefacción».

(90) Real Decreto 56/2016, de 12 de febrero, por el que se transpone la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en lo referente a auditorías energéticas, acreditación de proveedores de servicios y auditores energéticos y promoción de la eficiencia del suministro de energía. Este Reglamento ha realizado avances en el fomento de la eficiencia energética en el sector de la calefacción y refrigeración, ello sin perjuicio de los requisitos mínimos en dicha materia que fija el RITE. Así, para favorecer la promoción de la efi-

guna de estas normas alude a las CEL como entidades que puedan intervenir en el citado sector.

Así, pues, observamos una tendencia en la normativa comunitaria, pendiente de su trasposición al Derecho interno, hacia la descarbonización del sector de la calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria, con especial atención a una correcta información al consumidor y a la introducción de las energías renovables. En esta línea se pronuncia el futuro Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (91), que además pone el acento en las comunidades energéticas locales para el desarrollo de estas medidas.

IV. La rehabilitación. La regeneración y la renovación urbanas a través de las Comunidades energéticas locales

La intervención en la edificación o en entornos urbanos ya consolidados nos lleva a relacionar la constitución de CEL con la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Estas actuaciones sobre la edificación existente se van a orientar a la mejora de su eficiencia energética por imperativo del derecho derivado de la UE. En esta línea, la normativa comunitaria referida a las reformas en el parque edificado viene imponiendo el cumplimiento de exigencias mínimas de eficiencia energética desde la década de los 90, y la realización de actuaciones de renovación a largo plazo para su descarbonización desde el año 2010 (92). En ambos casos, en una suerte de regulación progresivamente exigente.

ciencia energética en la producción y uso del calor y frío, dispone que los Estados miembros notifiquen a la Comisión cada 5 años una evaluación del potencial de uso de la cogeneración y de los sistemas urbanos de calefacción y refrigeración eficientes [Sobre dicha evaluación puede consultarse el Reglamento Delegado 2019/826 (UE), de 4 de marzo, que modifica los Anexos VIII y IX de dicha Directiva, y la Recomendación 2019/1659 (UE), de 25 de septiembre, sobre Contenido de la evaluación completa del potencial de una calefacción y una refrigeración eficientes en virtud del art. 14 de la citada Directiva]. Al Ministerio del ramo le corresponde analizar los costes y beneficios de dichas medidas. A la vez que las CCAA y los entes locales podrán adoptar políticas que fomenten el análisis de dicho potencial; y cuando la evaluación y análisis de costes sea positivo se adoptarán las medidas oportunas para el desarrollo de una infraestructura de calefacción y refrigeración urbana eficiente.

(91) El PNIEC identifica el sector de la calefacción y refrigeración como uno de los que, junto al transporte y la electricidad, deben integrar las energías renovables, aumentando su participación en las redes urbanas de calefacción y refrigeración. Así, se prevé que en edificios existentes se renueven las instalaciones térmicas en más de 300.000 viviendas/año en el periodo 2021/2030; en las instalaciones térmicas se prevé la incorporación de fuentes renovables con: la instalación de equipos de calor/frío; sistemas domóticos y/o de control y regulación de equipos para ahorrar energía; nuevas instalaciones de sistemas centralizados de calefacción y refrigeración urbana o de distrito o que den servicio a varios edificios; y la reforma y ampliación de los existentes.

(92) La asunción por la UE de los compromisos derivados del Protocolo de Kioto para la reducción de emisiones contaminantes a través, entre otras medidas, de las destinadas a la mejora de

A nivel nacional, las exigencias mínimas de ahorro energético en las actuaciones o intervenciones que se realicen en la edificación se regulan en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) y en el Código Técnico de la Edificación (CTE) (93), mientras que la rehabilitación o renovación urbana (que conlleva medidas espacialmente más amplias) se reguló, en primer lugar, en la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana de 2013 y, más tarde, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 (94).

El importante papel que en este tipo de actuaciones, referidas a la ciudad construida, está llamada a desempeñar la Administración local nos ha llevado a considerar la creación de una CEL impulsada por un ente o autoridad local, para atender al desafío de la descarbonización de la edificación (95).

La realización de reformas importantes en edificios públicos dando cumplimiento a las exigencias de ahorro energético y el recurso al autoconsumo eléctrico pueden servir de fundamento para la creación de una CEL. Pero sin duda la labor más destacada de un ente local en la adopción de una CEL deriva de *su iniciativa* para emprender actuaciones

la eficiencia energética en la edificación, le ha llevado a aprobar un importante número de Directivas en las que progresivamente se han ido aumentando las exigencias de eficiencia energética no solo en los edificios nuevos, sino también, en las *reformas importantes de los ya construidos* [véanse: arts. 5 a 7 de la Directiva 93/76/CEE, de 13 de septiembre, relativa a la limitación de emisiones de dióxido de carbono mediante la mejora de la eficiencia energética (SAVE), la cual fue derogada por la Directiva 2002/91/CE, de 16 de diciembre, relativa a la eficiencia energética de los edificios en cuyos arts. 4 y 6 reguló los requisitos de eficiencia energética exigidos en las reformas de edificios existentes; esta Directiva se derogó por la vigente Directiva 2010/31/UE, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios, en cuyos arts. 4 y 7 se sigue profundizando en dicha medida. Pero a su vez esta Directiva da un paso más al incluir el concepto de edificio de consumo casi nulo de energía respecto de edificios nuevos, pero instando a los EEMM a que adopten medidas para transformar en este tipo de edificios los inmuebles públicos (art. 9.2); regulación que vendría posteriormente a ampliarse en la Directiva 2012/27/UE de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, que regulaba la renovación de edificaciones residenciales o no, públicas o privadas, y el carácter ejemplarizante respecto de los edificios públicos (arts. 4 y 5). Más recientemente, la Directiva 2010/31/UE y la Directiva 2012/27/UE han sido reformadas por la Directiva (UE) 2018/844, de 30 de mayo, que ha incidido en la regulación de la renovación a largo plazo de la edificación existente (integrando un art. 2 bis en la Directiva 2010/31/UE, artículo posteriormente afectado por el Reglamento (UE) 2018/1999, de 11 de diciembre, sobre la Gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima).

(93) Art. 2.2. b y c) de la Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y art. 2.3 del Real Decreto 314/2006, de 20 de diciembre, del Código Técnico de la Edificación.

(94) Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas y Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

(95) Hay que tener en cuenta que las exigencias básicas de ahorro energético que impone el CTE a los edificios (nuevos o en caso de reformas importantes) pueden ser aumentadas por los municipios a través de ordenanzas, según la doctrina más reciente sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de mayo de 2015 (Pte. M.ºP. TESO GAMELLA).

de rehabilitación, regeneración y renovación urbana(96), con el objetivo de transformar los edificios existentes en edificios de consumo energético casi nulo(97). Actuaciones que se encuentran ampliamente fomentadas por la UE a través de la exigencia de la aprobación de una Estrategia de renovación a largo plazo de la edificación(98). A nivel interno, el TRLS y RU parte de la definición de actuaciones sobre el medio urbano (art. 2.1) incluyendo las de rehabilitación de la edificación y las más extensas —especialmente hablando— de «regeneración y renovación urbanas» que pueden afectar a la edificación y a tejidos urbanos(99). La deci-

(96) CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, El consultor, La Ley, 2013; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 28 (2013, págs. 12 y ss); FERNANDO PABLO, M.M. y GONZÁLEZ BUSTOS, M.ªA.: *Derecho de la edificación y renovación urbana*, Tecnos, 2016; GARCÍA MORENO RODRÍGUEZ, F., «La rehabilitación y la renovación urbana: actuaciones estratégicas sobre las que se articula y construye el medio urbano sostenible» en *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible* (Coord. Bello Paredes), Las Rozas, Madrid, 2011, págs. 533 y ss.; DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Incidencia de la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013 y del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana de 2015 en la legislación sobre edificación», *Práctica Urbanística* núm. 138 (2016, págs. 112 y ss); ROGER FERNÁNDEZ, G., «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas» en *RDU y MA* núm. 285 (2013, págs. 37 y ss).

(97) Desde el año 2017 el CTE ha asimilado los edificios de consumo casi nulo de energía a aquellos que cumplan las exigencias mínimas de ahorro energético del citado Código (El Anejo I relativo al documento básico HE «Ahorro de Energía» define el edificio de consumo casi nulo de energía como «aquel edificio, nuevo o existente, que cumple las exigencias reglamentarias establecidas en este documento básico “DG HE ahorro de energía” en lo referente a la limitación de consumo energético para edificios de nueva construcción»).

(98) El antecedente de la renovación de edificios existentes lo encontramos en el art. 4 de la Directiva 2012/27/UE relativa a la Eficiencia Energética, que imponía a los Estados miembros la aprobación de una Estrategia a largo plazo para movilizar inversiones en la renovación del parque nacional de edificios residenciales y comerciales. La Directiva (UE) 2018/844 dio una nueva redacción a este artículo, que finalmente ha sido suprimido por el Reglamento (UE) 2018/1999. En la actualidad, el art. 2 bis) Directiva UE 2018/844 regula la Estrategia de renovación a largo plazo, imponiendo a los Estados miembros su aprobación para renovar sus parques nacionales de edificios residenciales y no residenciales, públicos o privados, transformándolos en parques inmobiliarios descarbonizados antes de 2050.

A nivel nacional se ha aprobado la Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España (ERESEE 2014), habiendo sido posteriormente actualizada en 2017 (ERESEE 2017). Las actuaciones que recoge se han centrado en el fomento de la rehabilitación y renovación urbana, a través de distintos tipos de ayudas. Puede consultarse en: <https://www.mitma.gov.es/el-ministerio/planes-estrategicos/estrategia-a-largo-plazo-para-la-rehabilitacion-energetica-en-el-sector-de-la-edificacion-en-espana>

(99) Sobre los conceptos de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, entre otros: AMEZCUA ORMEÑO, E., «La renovación urbana como manifestación del paradigma del urbanismo sostenible» en *RDU y MA* núm. 285, 2013, págs. 89-123; CERVERA PASCUAL, G.: *La renovación urbana y su régimen jurídico: con especial referencia a la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, de 4 de marzo, y el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*, ed. Reus, SA; Madrid, 2013, págs. 64 y ss; DÍAZ LEMA, J.M., «Rehabilitación urbana, o cómo hacer de la necesidad virtud», en *RDU y MA* núm. 257 (2010, págs. 11 y ss); GARCÍA RUBIO, F., «Régimen jurídico de los centros históricos», *op. cit.*, págs. 63 y ss; GARCÍA GARCÍA, M.ªJ., «Rehabilitación energética y energías renovables en el contexto de un urbanismo sostenible», en *La regulación de las energías renovables a la luz del*

sión y ejecución de este tipo de actuaciones es competencia de las CCAA y del municipio(100) en ejercicio de su competencia urbanística como ha establecido la STC 143/2017(101).

De este tipo de actuaciones, por la relación que guardan con la posible creación de una CEL y el papel fundamental que en la misma venimos manteniendo que corresponde al municipio, nos interesa detenernos en quién ostenta la iniciativa para la realización de dichas actuaciones de renovación y regeneración urbanas(102). Aquella iniciativa —como viene sosteniendo el Tribunal Constitucional— puede partir de la Administración pública o de la iniciativa privada. En este último supuesto el art. 8 del TRLS y RU la atribuye no solo a los propietarios sino a otro tipo de entidades privadas(103); en cualquier caso, como dispone el apartado 2.º de dicho artículo la dirección del proceso corresponderá a la Administración pública. La articulación de esa iniciativa privada corresponde a las CCAA al regular cada instrumento de ordenación (STC 143/2017, FJ. 15).

Derecho de la Unión Europea (dir. REVUELTA PÉREZ), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.J. (coord.): *El agente rehabilitador: notas sobre gestión en suelo urbano consolidado*, ed. Aranzadi, 2005; «La rehabilitación urbanística: legislación, problemas y líneas de futuro» en *RDU y MA* núm. 172 (1999, págs. 89 y ss.); MARTÍN RETORTILLO L., «Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley de Patrimonio histórico español» en el *Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Vol.3, Tirant Lo Blanch, 2000; MENÉNDEZ REXACH, A., «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana» en *RDU y MA* núm. 270 (2011, págs. 13 y ss); MOYA GONZÁLEZ, L. y Díez de Pablo, A., «La intervención en la ciudad construida: acepciones terminológicas», *Urban* núm. 4, 2012, págs. 113 y ss; PAREJO ALFONSO, L., «Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible» en *RVAP* núms. 99-100 (2014, págs. 2325 y ss); PONCE SOLÉ, J., «Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el Derecho» en *RArAP* núms. 41-42 (2013, págs. 13 y ss); LÓPEZ RAMÓN, F., «Perspectivas jurídicas de la rehabilitación urbana» en *REDA* núm. 43 (1984).

(100) Al relevante papel que corresponde a los entes locales en materia de rehabilitación, renovación y regeneración urbana se han referido, entre otros: ARROYO YANES, L.M., «El papel de la Administración local en el impulso y fomento de la rehabilitación, regeneración y la renovación urbana» en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.) y A. CASARES MARCOS (coord.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Tirant Lo Blanch, 2016, págs. 109 y ss; GONZÁLEZ BUS-TOS, M.A., «Marco regulador para la regeneración urbana», *RVAP* núm. 109, 2017, pág. 348.

(101) STC 143/2017, de 14 de diciembre (Pte. D.ª Encarnación Roca Trías; FJ.15), [ECLI:ES:TC:2017:143]. Respecto de este tipo de actuaciones la LRRR y posteriormente el TRLS y RU establecieron la obligación para las Administraciones públicas de adoptar medidas que garanticen la conservación y «ejecución de actuaciones de rehabilitación, de regeneración y renovación urbanas», especialmente en situaciones de degradación de barrios, situaciones de pobreza energética... (arts. 9.2 y 4.4, respectivamente). Estas previsiones han sido declaradas inconstitucionales en la citada sentencia por cuanto vacían de contenido la competencia urbanística al exigir el Estado su adopción en los citados supuestos.

(102) Sobre este tema puede verse el amplio estudio de CASARES MARCOS, A., «La renovación de la ciudad» en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2018, Marcial Pons, Madrid, págs. 121 y ss.

(103) El art. 8 alude «a las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, las cooperativas de vivienda constituidas al efecto, los propietarios de construcciones, edificaciones y fincas urbanas, los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, y las empresas, entidades y sociedades que intervengan en nombre de cualesquiera de los sujetos anteriores. Todos ellos serán considerados propietarios a efectos de ejercer dicha iniciativa».

En la misma línea, la STC 143/2017 ha sostenido que cuando se trate de actuaciones en suelo urbano de iniciativa pública, gestionadas de forma indirecta, la participación de los propietarios afectados debe realizarse ajustándose a las previsiones de las respectivas legislaciones urbanísticas (104).

La principal acomodación de las CEL a la legislación del suelo y rehabilitación urbana la encontramos en la previsión recogida en los artículos 9.3 y 10 de esta norma. La opción que establece el art. 9.3 del TRLS y RU de poder suscribirse convenios de colaboración para conceder la ejecución de aquellas actuaciones a un consorcio o a una sociedad de capital mixto «en la que las Administraciones públicas ostentarán la participación mayoritaria y ejercerán, en todo caso, el control efectivo, o la posición decisiva en su funcionamiento», cuya constitucionalidad ha declarado la STC 143/2017, se configura como una alternativa apropiada para la ejecución de actuaciones de renovación y regeneración urbana mediante una CEL (105).

Por su parte, el art. 9.4 dispone que en la ejecución de actuaciones en el medio urbano, junto a las Administraciones públicas podrán participar personas y entidades privadas (106) entre las que incluye «asociaciones administrativas que se constituyan de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». Al régimen jurídico que caracteriza a estas «asociaciones administrativas» se refiere el art. 10 indicando que: «tendrán personalidad jurídica propia y naturaleza administrativa, y se regirán por sus estatutos...»; «dependerán de la Administración urbanística actuante, a quien competirá la aprobación de sus estatutos...»; «los acuerdos de estas asociaciones se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los estatutos o

(104) En esta línea ha declarado inconstitucional el art. 9.3 del TRLS y RU por cuanto que viene a regular un concreto sistema de ejecución urbanística, el agente urbanizador y rehabilitador (FJ.19), al disponer que aquella ejecución se realice mediante concurso público en el que pueden presentar ofertas cualesquiera persona física o jurídica, incluyendo los propietarios del ámbito; los cuales deben constituirse en una asociación administrativa.

(105) La STC 143/2017 (FJ.19) dispone que los convenios de colaboración y los consorcios entre Administraciones públicas se regulan en la legislación sobre régimen jurídico del sector público y en la legislación reguladora de bases de régimen local y supone la exclusión de la «ejecución urbanística mediante sociedades mixtas de la normativa sobre contratación pública». Así, aquella previsión del TRLS y RU —dice el Alto Tribunal— permite encomendar la función de urbanización y edificación a una sociedad de capital mayoritariamente público, sin procedimiento de licitación y mediante suscripción del correspondiente convenio de colaboración, cuando las sociedades mixtas no tienen en la legislación de contratación la consideración de medio propio o servicio técnico, que es lo que justifica la inaplicación de los procedimientos de licitación. De ahí —concluye el Tribunal— que la referida previsión normativa encuentre su fundamento competencial en el art. 149.1.18 CE.

(106) El art. 9.4 del TRLS y RU se refiere a las comunidades de propietarios, cooperativas de vivienda, propietarios, empresas o sociedades.

en otras normas se establezca un quórum especial...»; «dichos acuerdos podrán impugnarse en alzada ante la Administración actuante»; «la disolución de las asociaciones referidas se producirá por el cumplimiento de los fines para los que fueron creadas y requerirá, en todo caso, acuerdo de la Administración urbanística actuante...».

Este régimen jurídico de estas asociaciones administrativas, regulado en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil y procedimiento administrativo común (Disposición Final Segunda del TRLS y RU) tiene perfecto encaje para la configuración jurídica de las CEL, y requiere de su complemento con específicas regulaciones de las legislaciones urbanísticas autonómicas.

Así, pues, cuando las actividades a realizar por una CEL no fuese exclusivamente realizar el autoconsumo colectivo, sino emprender actuaciones de renovación, rehabilitación y regeneración urbanas por razones de mejora en la eficiencia energética, y con ella ambiental, del entorno urbano, sería factible acudir a esas asociaciones administrativas previstas en la legislación del suelo y respectivas legislaciones urbanísticas ajustando su régimen jurídico a las previsiones de las Directivas comunitarias relativas a las CEL. En primer lugar, requeriría de su expresa inclusión y definición en el TRLS y RU y en las legislaciones urbanísticas autonómicas; y en segundo lugar, su ajuste en cuanto al régimen jurídico que deriva de la Unión Europea. Otra posibilidad sería la regulación de las CEL, como regulación transversal, en la futura legislación sobre cambio climático y transición energética.

La consolidación de un marco normativo favorable a las CEL requeriría a nuestro modo de ver su inclusión entre las entidades que gozan de iniciativa para llevar a cabo actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

V. Consideraciones finales

1. Como hemos constado a lo largo de este trabajo no existen grandes diferencias entre las CER a que se refiere la Directiva 2018/2001 y las CCE a que alude la Directiva 2019/944, a salvo de la absoluta vinculación de las primeras a un proyecto de energías renovables, mientras que las comunidades ciudadanas de energía pueden tener un objeto más amplio.

2. Aunque la normativa comunitaria no exija o imponga la participación del municipio, que se prevé como mera posibilidad, hemos considerado que el impulso y dirección en la creación y funcionamiento de este tipo de entidades debe corresponder al municipio. No olvidemos que las CEL son entidades jurídicas que deben caracterizarse por no guiar su ac-

tividad por la rentabilidad económica, tienen que estar abiertas a la participación ciudadana y les corresponde un relevante papel en la transición energética, lo que estimamos que debe servir de fundamento para su promoción por parte de los entes locales, especialmente por el municipio.

3. Partiendo de aquel presupuesto hemos analizado las principales fórmulas de colaboración público-privadas previstas en nuestro derecho interno que podrían permitirnos clarificar su naturaleza jurídica. Así, si bien el consorcio podría ser una fórmula para crear una CEL al ser ajeno al mismo el ánimo lucrativo y por cuanto permite la participación de entes privados, otras características del mismo y de las propias CEL —tal como se han configurado por la UE— impedirían o dificultarían esta técnica organizativa (p. ej. la participación de personas físicas; el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y financiera...). Por otro lado, desde la perspectiva de la iniciativa local en la actividad económica —amparada en el art. 128 CE y art. 86 LBRL—, y teniendo en cuenta que las actividades que se encomiendan a las CEL son actividades liberalizadas, o reguladas, hemos analizado su posible configuración como empresa pública local. La necesidad de dar participación a personas y/o empresas privadas nos sitúa en el ámbito de la empresa pública local de naturaleza mixta. La utilización de este mecanismo requeriría que en el acuerdo de constitución se tuvieran en cuenta las peculiaridades impuestas por el derecho comunitario; además, se necesitaría que se modularan o flexibilizaran: a) la exigencia de concurrir en competencia con el sector privado (dado que deben actuar sin guiarse por una finalidad lucrativa); y b) la obligación de garantizar la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, dados los objetivos medioambientales y de transición justa que las animan.

Quizás el mecanismo jurídico más idóneo y utilizado hasta la fecha para la creación de estas CEL, dentro de nuestro vigente marco normativo, sea la cooperativa. No obstante, también en este caso se requerirían de adaptaciones a las exigencias que para la creación de una CEL impone la UE. Además, como cooperativas, las CEL deberían no solo estar integradas, sino dirigidas por un ente o autoridad local para garantizar que el fundamento de su actividad económica sea servir a los intereses generales siempre presentes en una Administración pública (art. 103 CE).

4. A falta de una regulación expresa en el derecho interno de las CEL y su no coincidencia con el régimen jurídico aplicable a las fórmulas de colaboración público-privadas analizadas, tenemos que sostener su naturaleza jurídica *sui generis*, que debiera plasmarse en un régimen jurídico mixto (público/privado), con preponderancia de su naturaleza pú-

blica, en manos de los entes locales. Quizás una buena opción fuese su configuración como Corporaciones de derecho público, integradas en el vigente sistema energético, cuyas funciones públicas irían orientadas a velar por una transición energética justa y progresiva. Ello exigiría su reconocimiento legal y la determinación de las funciones públicas y privadas que se le reconocen; pero, además, pero, además, sería conveniente que en dicha entidad participara el municipio como impulsor y gestor de la iniciativa.

5. En cuanto a las actividades que pueden desarrollar las CEL, sin duda la que puede ser objeto de una mayor implementación será el autoconsumo eléctrico dado el favorable y preciso sistema de ordenación. También los servicios de recarga energética cuentan con normas reguladoras que permiten su adecuada prestación. Mayor desafío presentan: a) la realización de actividades de agregación por una CEL, dada la falta de expreso reconocimiento en la LSE y el disperso marco normativo comunitario que es aplicable a este tipo de actividades; b) los servicios relacionados con aplicaciones inteligentes a los que la UE presta especial atención a su despliegue (en la edificación, en los contadores y redes inteligentes), pero que no cuentan aún con un adecuado desarrollo normativo a nivel nacional, al margen de las políticas en materia de investigación; y c) la implantación de sistemas urbanos de calefacción, refrigeración y agua caliente sanitaria, que usen energías renovables —como ha regulado la Directiva 2018/2001—, donde las CEL pueden ejercer un importante papel.

6. Por último, la incidencia en la ciudad de las actividades que desarrollarían las CEL y el papel que consideramos deben desempeñar los municipios en su configuración, nos lleva a resaltar la posibilidad de que estas entidades pueden ejercer actividades de rehabilitación y renovación del parque edificado. La aprobación, que nos impone la UE, de la futura Estrategia de renovación a largo plazo de la edificación para transformarla en edificios de consumo casi nulo de energía debe tener en cuenta esta posibilidad. Y aunque la misma podría encontrar anclaje en el vigente TRLS y RU, se requeriría de una expresa habilitación en tal sentido. Se trataría de que las CEL realizasen sus actividades no solo en el ámbito energético, sino también, en el de la rehabilitación y renovación urbana por razones de eficiencia energética, sin que la reactivación del sector de la construcción se vincule exclusivamente a la rentabilización económica. Ello permitiría fomentar un instrumento jurídico a favor de una transición energética justa.

7. En definitiva, la clarificación conceptual, de su naturaleza jurídica y del régimen de actividades de las CEL pretende servir de propuesta para

una futura regulación normativa de estas entidades, bien con carácter transversal en la futura legislación de cambio climático, o bien, de forma sectorial para impulsar su implementación. Con las CEL consideramos que se trata de ir más allá de la colaboración público/privada, para orientar el Derecho Administrativo en materia de energía y medio ambiente hacia la colaboración entre ciudadanos, empresa y Administración pública. La Administración pública, valiéndose de este tipo de comunidades, puede reafirmarse como instrumento para satisfacer intereses generales en beneficio de la ciudadanía.

VI. Bibliografía

- AMEZCUA ORMEÑO, E., «La renovación urbana como manifestación del paradigma del urbanismo sostenible» en *RDU y MA* núm. 285, 2013, págs. 89-123.
- ARANA GARCÍA, E., «El procedimiento administrativo necesario para la prestación de servicios públicos esenciales y la iniciativa pública económica en el ámbito local», en *REAL* núm. 291 (2003, págs. 77-101).
- ARIEL KAZIMIERSKI, M., «Almacenamiento energético frente al inminente paradigma renovables: el rol de las baterías de ion-litio y las perspectivas sudamericanas» en *Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales* núm. 23 (2018, págs. 114 y ss).
- ARNÁEZ ARCE, V.M.^a, «La comercialización de energía eléctrica a través de cooperativas de consumo» en *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* núm. 45 (2011, págs. 195-216).
- ARROYO YANES, L.M., «El papel de la Administración local en el impulso y fomento de la rehabilitación, regeneración y la renovación urbana» en T. QUINTANA LÓPEZ (dir.) y A. CASARES MARCOS (coord.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Tirant Lo Blanch, 2016, págs. 109 y ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Los consorcios administrativos ante el nuevo régimen jurídico» en *RAAP* núm. 94 (2016, págs. 57 y ss).
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas*, El consultor, La Ley, 2013.
- CASTILLO BLANCO, F.A., «La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal», en *RVAP* núm. 99/100, 2014, págs. 887 y ss.
- CERVERA PASCUAL, G., *La renovación urbana y su régimen jurídico: con especial referencia a la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, de 4 de marzo, y el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*, ed. Reus, SA; Madrid, 2013.
- CUBERO MARCOS, J.I., «Regulación, iniciativa económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», *RAP* núm. 184, 2011, págs. 121 y ss.

- DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Incidencia de la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013 y del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana de 2015 en la legislación sobre edificación», *Práctica Urbanística* núm. 138, 2016, págs. 112 y ss.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., «Nuevo régimen jurídico de los servicios locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en *REALA* núm. 2, 2014, págs. 9 y ss.
- DÍAZ LEMA, J.M.: «Rehabilitación urbana, o cómo hacer de la necesidad virtud» en *RDU y MA* núm. 257, 2010, págs. 11 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 28, 2013, págs. 12 y ss.
- FERNANDO PABLO, M.M. y GONZÁLEZ BUSTOS, M.^ªA., *Derecho de la edificación y renovación urbana*, Tecnos, 2016.
- GARCÍA GARCÍA, M.^ªJ., «Rehabilitación energética y energías renovables en el contexto de un urbanismo sostenible», en *La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea* (Dir. Revuelta Pérez), Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- GARCÍA MORENO RODRÍGUEZ, F., «La rehabilitación y la renovación urbana: actuaciones estratégicas sobre las que se articula y construye el medio urbano sostenible» en *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible* (Coord. Bello Paredes), Las Rozas, Madrid, 2011, págs. 533 y ss.
- GARCÍA RUBIO, F., «La iniciativa económica local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *REALA* núm. 3, 2015, págs. 9 y ss; *Régimen jurídico de los centros históricos*, Dykinson, 2007; *Sostenibilidad ambiental y competencias municipales. Un análisis jurídico*, Dykinson, 2015.
- GÓMEZ EXPÓSITO, A. (coord.) y MARTÍNEZ RAMOS, J.L., «Aspectos regulatorios de los sistemas de almacenamiento» en *El almacenamiento de energía en la distribución eléctrica del futuro*, Real Academia de Ingeniería, Madrid, 2017.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., «Marco regulador para la regeneración urbana», *RVAP* núm. 109, 2017, pág. 348.
- GONZÁLEZ RÍOS, I., «Los edificios de consumo casi nulo de energía: un reto para la protección ambiental, la diversificación energética y la rehabilitación urbana», en *RAAP* núm. 103 (2019, págs 17-53); «El autoconsumo de energía eléctrica: incipiente regulación e implicaciones urbanísticas, energéticas y medioambientales en *RVAP* núm. 99/100; 2014 (págs. 1623-1648).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.J. (coord.): *El agente rehabilitador: notas sobre gestión en suelo urbano consolidado*, ed. Aranzadi, 2005; «La rehabilitación urbanística: legislación, problemas y líneas de futuro» en *RDU y MA* núm. 172, 1999, págs. 89 y ss.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicas» en el *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 60, págs. 50-57. <https://dialnet.unirioja.es/buscar/>

- documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=bono+social+y+cooperativas+energeticas+verdes.
- JAIO GABIOLA, E., PAREDES GÁZQUEZ, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, J.A., «El bono social y las cooperativas energéticas verdes: situación y perspectivas» en *REVESCO: Revista de Estudios Cooperativos* núm. 122, 2016, págs. 165-190.
- LEIVA LÓPEZ, A., «La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico» en *RVAP* núm. 110, 2018, págs. 117 y ss.
- LENCE REIJA, C., «La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia», en *REDA* núm. 170, 2015, págs. 179-214.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «Perspectivas jurídicas de la rehabilitación urbana» en *REDA* núm. 43, 1984, págs. 535 y ss.
- MARTÍN RETORTILLO L., «Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley de Patrimonio histórico español» en el *Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, Vol. 3, Tirant Lo Blanch, 2000.
- MENÉNDEZ REXACH, A., «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana» en *RDU y MA* núm. 270, 2011, págs. 13 y ss.
- MONTOYA MARTÍN, E., «Algunas notas sobre la Ley de Autonomía local de Andalucía: los servicios públicos y la iniciativa económica local» en *Fundación Democracia y Gobierno*, 2010, págs. 160 y ss.
- MORILLAS JARILLO, M.^ªJ., «Concepto y clases de cooperativas», en *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas* (dir. PEINADO GRACIA), 2019, Tirant Lo Blanch.
- MOYA GONZÁLEZ, L. y DÍEZ DE PABLO, A., «La intervención en la ciudad construida: acepciones terminológicas», *Urban* núm. 4, 2012, págs. 113 y ss.
- ORTEGA BERNARDO, C., «Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio), en *RAP* núm. 169, 2006, págs. 55-98.
- ORTEGA BERNARDO, J., «La aplicación de las normas de la competencia a los gobiernos y Administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local», en *Información Comercial, ICE, Revista de Economía* núm. 876, 2014, págs. 57 y ss.
- PAREJO ALFONSO, L., «La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad: panorama general», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, 2014, págs. 11 y ss; «Urbanismo y medio urbano bajo el signo del desarrollo sostenible» en *RVAP* núm. 99-100, 2014, págs. 2325 y ss.
- PEINADO GRACIA, J.I. *et al.*, «La constitución de la cooperativa» en *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas* (dir. PEINADO GRACIA), 2019, Tirant Lo Blanch.
- PONCE SOLÉ, J., «Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el Derecho» en *RAAP* núm. 41-42, 2013, págs. 13 y ss.

- PRESICCE, L., «El periplo de regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad», en *RVAP* núm. 113, 2019, págs. 201 y ss.
- QUESADA LUMBRERAS, J.E., «Los consorcios y la problemática del personal a su servicio», *REALA. Nueva Época* núm. 10, 2018, págs. 40 y ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, G., «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas» en *RDU y MA* núm. 285, 2013, págs. 37 y ss.
- ROMERO RUBIO, M.^a del C., «Barreras y oportunidades para el desarrollo de Comunidades Energéticas sostenibles en España. Estudio comparativo en Estados Unidos y Alemania», Tesis Doctoral, 2015 (En línea:https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/13331/TD_ROMERO_RUBIO_Maria_del_Carmen.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- SALVADOR SEGURA, J., «La energía eléctrica: producción, transporte y distribución» en *Derecho de la Energía*, La Ley, Madrid, 2006.
- SOSA WAGNER, F., «La gestión de servicios públicos mediante sociedad de capital íntegramente público o mediante una sociedad mixta», en *QDL. Fundación Democracia y Gobierno Local* núm. 7, 2005, págs. 79 y ss.
- TORNOS MAS, J., «Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados», *REALA* núm. 7, 2017, págs. 103-114.
- VÁZQUEZ RUANO, T., «Cooperativas mixtas» en *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas* (dir. PEINADO GRACIA), 2019, Tirant Lo Blanch.
- VICENT CHULIÁ, F. *et al.*, «Introducción. Normas y ámbito de aplicación» en *Tratado de Derecho de Sociedades Cooperativas*, 2.^a edición (dir. PEINADO GRACIA), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- VILLAR ROJAS, F., «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», en *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 75-101.



El Derecho ante las emergencias ordinarias. El confuso marco jurídico actual y una propuesta para su ordenación

The law in the face of ordinary emergencies.
The current confusing legal framework and a proposal
for its management

JAVIER MORENO GARCÍA

Letrado del Gobierno Vasco

jj-moreno@euskadi.eus

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9157-1877>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.05>

LABURPENA: Babes zibileko eskubide tradizionala, larrialdi oso larri eta katastrofikoetara zuzenduta dagoena, oso desberdinak diren larrialdien erregulazioa eta kudeaketa hartzen ari da bere gain. Larrialdi berezi horiek egunez egun gertatzen dira, gizarte baten edo pertsona-talde baten ohiko funtzionamendua aldatu gabe; larrialdi arrunt deritze. Lan honek emaitza horretara eraman duen prozesua deskribatzen du, arau-bilakaera eta Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentzia ugaria aztertuz, bai babes zibilari dagokionez, bai larrialdiak arautzen dituzten araudi sektorialeiei dagokienez.

Horren ondoren, proposatzen da babes zibileko eskubideak larrialdi larrienei soilik zuzenduta egon behar duela, aparteko erantzun juridikoa behar duelako, eta ohiko larrialdien aurrean administrazio publiko guztien erantzuna bermatu eta koordinatzera bideratutako diziplina bat eraiki behar dela, argi eta garbi berezita laguntza-zerbitzua zuzenean ematek, zeina, alderdi desberdinetan, administrazio sektorialeiei baitagokie: osasungintza, suhiltzaileak, polizia edo salbamendua eta erreskatea lehorreko, itsasoko eta aireko eremuetan.

Biak, ohiz kanpoko larrialdiak eta larrialdi arruntak, diziplina zabalagoan biltzen dira, zuzenbide konparatu aurreratuenak larrialdiak kudeatzeko eskubide gisa deitzen duen diziplinan, alegia.

HITZ GAKOAK: Babes zibila. Larrialdiak. Larrialdi arruntak. Istripuak.

ABSTRACT: The traditional Law on civil protection aimed at the severe or catastrophic emergencies is taking up the regulation and management of some other different emergencies, those that happen from the day to day without altering the functioning of a society or a group of persons, the so called ordinary emergencies. This work describes the process that has led to this result by means of the analysis of the normative evolution and the rich case law of the Constitutional Court, both with reference to the area of the civil protection and

to the sector-specific regulations on emergencies. After that, it is advanced the proposal that the Law on civil protection be exclusively aimed at the most severe emergencies given the extraordinary legal response that require and that a legal discipline is created to ensure and coordinate the response by all public administrations in the face of ordinary emergencies, clearly differentiated from the direct provision of assistance that in their different facets corresponds to sector-specific administrations: health, firemen, police, rescue services in the field of land, sea and air. Both, severe and ordinary emergencies, are assembled in a broader legal branch of study called by the most advanced Comparative law Emergency Management Law.

KEYWORDS: Civil protection. Emergencies. Ordinary emergencies. Accidents.

RESUMEN: El tradicional Derecho de protección civil, dirigido a las emergencias muy graves y catastróficas, está asumiendo la regulación y gestión de otro tipo de emergencias muy distintas, las que día a día acontecen sin alterar el ordinario funcionamiento de una sociedad o colectivo de personas, denominadas emergencias ordinarias. Este trabajo describe el proceso que ha conducido a este resultado a través del análisis de la evolución normativa y de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto en relación con la materia protección civil, como con las normativas sectoriales que regulan las emergencias.

Tras ello, se formula la propuesta de que el derecho de protección civil siga exclusivamente dirigido a las emergencias más graves, dada la extraordinaria respuesta jurídica que requieren, y que se construya una disciplina dedicada a garantizar y coordinar la respuesta de todas las administraciones públicas ante las emergencias ordinarias, claramente diferenciada de la directa prestación del servicio de auxilio que, en sus distintas faceta, compete a las administraciones sectoriales: sanitaria, bomberos, policías o salvamento y rescate en los ámbitos de tierra, mar y aire.

Ambas, emergencias extraordinarias y ordinarias, se agrupan en una disciplina más amplia denominada por el derecho comparado más avanzado como derecho de gestión de emergencias.

PALABRAS CLAVE: Protección civil. Emergencias. Emergencias ordinarias. Accidentes.

Trabajo recibido el 1 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Emergencias ordinarias vs. emergencias extraordinarias.—III. Las emergencias ordinarias en nuestro derecho. 1. Las emergencias en los estatutos de autonomía. 2. La normativa de protección civil y las emergencias ordinarias. 2.1. La normativa estatal. 2.2. La normativa autonómica. 3. La jurisprudencia constitucional sobre las emergencias ordinarias en la protección civil. 3.1. Definición constitucional de protección civil. 3.2. Inserción competencial. 3.3. El reparto competencial. 3.3.1. Función normativa. 3.3.2. Función ejecutiva. 4. La normativa sectorial y las emergencias ordinarias. 4.1. Asistencia sanitaria extrahospitalaria. 4.2. Salvamento marítimo. 4.3. Salvamento en playas. 4.4. Incendios forestales. 4.5. Accidentes de transportes por carretera, ferrocarril y aéreos. 4.6. Accidentes en determinados lugares o actividades. 5. Otras remisiones legales a las emergencias. 6. Conclusión.—IV. Una propuesta para crear un derecho de emergencias ordinarias. 1. Ámbito. 2. Contenido. 3. Régimen competencial.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

En 2019 se realizaron en España cerca de cuarenta millones de llamadas a los teléfonos de emergencia solicitando auxilio para proteger a personas y bienes(1): urgencias médicas, seguridad ciudadana, incendios o rescates en montaña son algunas de las peticiones que día a día se suceden y a los que los poderes públicos han de dar una respuesta adecuada en cumplimiento del mandato constitucional de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), a la seguridad (art. 17.1 CE) o a la protección de la salud (art. 43.1 CE) ante amenazas inminentes que precisan de una rápida intervención.

Las emergencias más graves han sido estudiadas por MENÉNDEZ REXACH, BARCELONA LLOP u OCHOA MONZÓ (2), entre otros, en el marco del derecho de protección civil, materia tradicionalmente dedicada a la preparación y respuesta ante las catástrofes, para lo que se ha diseñado un complejo y completo sistema de planificación, con un reparto de funciones multinivel en distintas fases con habilitación a las administraciones actuantes para el empleo de potestades públicas excepcionales.

(1) Según datos de la Unión Europea obtenidos del Reporte anual, de fecha 11 de febrero de 2020, del Communication Committee's (COCOM) de la Unión Europea «2019 Report on the implementation of the European emergency number 112», [en línea] disponible en <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-actions-112>> [Consulta: abril 2020].

(2) De la extensa obra de estos autores sobre la materia pueden destacarse los siguientes trabajos: MENÉNDEZ REXACH, Angel (dir.) y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana (Coord.): *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2011; BARCELONA LLOP, Javier, *La protección civil municipal*, Ed. Iustel, 2007; OCHOA MONZÓ, J., *Riesgos mayores y protección civil*, Mc Graw Hill, Madrid 1999

Para ello se dictó la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, hoy sustituida por la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC).

Menor atención, sin embargo, se ha prestado al marco jurídico de las emergencias ordinarias, las que suceden cotidianamente en el día a día y afectan a una o pocas personas. A estas se dirige este trabajo, cuya primera misión es, desde una visión legal, diferenciar estas de las emergencias extraordinarias de protección civil.

Tras ello, se plantean dos objetivos. El primero es poner cierto orden en el disperso marco jurídico y competencial de las emergencias ordinarias, para lo que se trae aquí la principal normativa que les afecta desde la doble visión en la que inicialmente se insertan y que incluye el derecho de protección civil y de las normativas sectoriales. Este repaso normativo se acompaña de la jurisprudencia constitucional dictada al respecto y finaliza con una recapitulación de los hallazgos de mayor interés.

El segundo objetivo es, tras observar el panorama general, realizar una propuesta de configuración de un derecho específico para la emergencia ordinaria en tres aspectos: identificar su ámbito; apuntar su contenido básico; y, por último, señalar el reparto competencial. Esto permitiría avanzar hacia un más amplio derecho de gestión de emergencias que otros Estados más avanzados ya han configurado.

II. Emergencias ordinarias vs. emergencias extraordinarias

Urgencia, socorro, emergencia, catástrofe, calamidad pública o desastre son algunos de los términos⁽³⁾ empleados al referirnos a esta cuestión. Aunque desde una perspectiva técnica pueda ser útil el empleo de distintas voces para la mejor clasificación y gestión de las situaciones que pueden comprometer la vida de las personas, a nuestros efectos precisamos de conceptos jurídicos precisos.

Para ello, se parte del término de «emergencias», entendido en una concepción amplia como aquellos eventos súbitos que ponen en peligro a personas y que requieren de una respuesta inmediata⁽⁴⁾. A su vez, estas emergencias se dividen, en una *summa divisio*, en emergencias extraordinarias y emergencias ordinarias. Esta categorización está asumida por la normativa de protección civil⁽⁵⁾, como destaca BARCELONA

(3) Para ampliar estos términos en su uso jurídico, *cfr.* OCHOA MONZÓ, J., *Riesgos mayores y protección civil*. Mc Graw Hill. Madrid, 1999, págs. 35 a 43.

(4) *Cfr.* la tercera acepción de emergencias en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

(5) Así se comprobará más adelante, pero sirva por ahora de ejemplo la normativa vasca de protección civil, la primera que reparó en esta diferenciación, la cual denomina «emergencias no cala-

LLOP (6), pero no siempre con estos mismos términos. Para las emergencias extraordinarias la ley estatal de protección civil emplea, como sinónimo, «emergencias de protección civil» (art. 2.5) y algunas normas autonómicas se refieren a ellas «situaciones de emergencia colectiva» (7). Las emergencias ordinarias, así conceptuadas en norma estatal, reciben en la normativa autonómica otros muchos términos, como «emergencias no calamitosas» en el País Vasco, «emergencias no catastróficas» en Andalucía, «emergencias individuales» en Aragón o «emergencias no extraordinarias» en Extremadura.

Cada una de estas dos categorías conlleva la aplicación de un distinto régimen legal. La normativa de protección civil diseña para las emergencias extraordinarias un completo panorama jurídico en sus fases de anticipación, prevención, planificación, respuesta y vuelta a la normalidad, con una cascada de planes que han de elaborarse al efecto o el otorgamiento a las autoridades públicas de potestades exorbitantes como el decomiso o la compulsión sobre las personas para casos extremos como la declaración del estado de alarma (8) (art. 116.2 CE). Por su parte, los regímenes jurídicos previstos para las emergencias ordinarias se limitan a un sencillo instrumento de planificación y a implementar para la fase de intervención unos instrumentos de coordinación de los servicios de emergencia actuantes. La distinta respuesta pública en cada caso exige fijar con precisión los contornos entre ambas.

En una primera aproximación, las emergencias extraordinarias se identifican con las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, términos empleados en el art. 30.4 CE. Las emergencias ordinarias, por el otro lado, son las restantes, las que atienden cotidianamente los servicios de urgencia. Sin embargo, esta aproximación es imprecisa y requiere de una mayor concreción, a cuyo efecto se han elaborado dos teorías.

Una primera teoría califica la emergencia atendiendo a dos características: la cantidad de personas afectada por el siniestro y la capacidad

mitosas» a las segundas. También se encuentra la diferencia en el Real Decreto 906/2013, de 22 de noviembre, por el que se establece el título de Técnico Superior en Coordinación de Emergencias y Protección Civil y se fijan sus enseñanzas mínimas, en donde se subraya la diferencia entre emergencias ordinarias y extraordinarias.

(6) BARCELONA LLOP, Javier, «Las atribuciones de los municipios en materia de protección civil», en INAP, 3 de abril de 2012, [en línea] disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1057915>> [Consulta: abril 2020].

(7) A ellas se refiere el Título I de la Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón o el art. 31.1 de la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia.

(8) La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio prevé el estado de alarma para emergencias para catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como, y así lo prevé expresamente, terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud, o crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves (art. 4).

del sistema para darle respuesta. La doctrina(9) considera que emergencias extraordinarias son aquellas que afectan a un colectivo de personas o que superan la capacidad de respuesta de los servicios ordinarios, y ahí se incluyen las catástrofes y calamidades públicas, pero también otras emergencias de gran envergadura. Por exclusión, las emergencias ordinarias son las que afectan a pocas personas y a las que el sistema de emergencia disponible es capaz de dar una eficaz respuesta. Ambos criterios, sin embargo, constituyen conceptos jurídicos indeterminados vagos y difícilmente interpretables durante la gestión de una emergencia: ¿cuántas personas constituyen un «colectivo de personas»? ¿cómo se mide esa capacidad de respuesta de los servicios ordinarios?

Una segunda teoría, siguiendo a BARCELONA LLOP(10), sostiene que es función de los planes de emergencia de protección civil identificar las emergencias extraordinarias en cada lugar y para cada circunstancia; las no previstas son ordinarias. Siguen esta teoría algunos planes de emergencia que se prestan a ello, como los de incendios forestales(11). Aquí se ofrece una mayor concreción, con la consiguiente seguridad para los operadores en su aplicación, pero el problema surge cuando el planificador no ha cumplido esta tarea, lo ha hecho inadecuadamente o surgen emergencias imprevisibles y no planificadas.

La normativa diferencia entre los dos tipos de emergencias sobre las que construyen sus ordenamientos, si bien emplea distintos criterios.

El legislador estatal de protección civil dedica a definiciones el art. 2 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC), donde diferencia entre catástrofes(12) (art. 2.6 LSNPC) y emer-

(9) La Escuela Nacional de Protección Civil, considerada en el art. 31 LSNPC como el instrumento vertebrador de la formación especializada y de mandos de alto nivel en protección civil, define las emergencias ordinarias: «situación producida por un suceso imprevisto o no deseado que motiva la activación de medidas encaminadas a la reducción de sus consecuencias y que únicamente exige la intervención de los servicios públicos de emergencia en actuaciones de carácter ordinario. El número de víctimas y/o daños materiales no es elevado». Cfr. *Introducción al Sistema Español de Protección Civil y Emergencias*. Dirección General de Protección Civil. 2013, pág. 38 [en línea] disponible en <<http://www.proteccioncivil.es/documents/20486/156778/Introducci%C3%B3n+al+Sistema+Espa%C3%B1ol+de+Protecci%C3%B3n+Civil+y+Emergencias/ee2904ce-e947-4e02-b93b-9ca46c595332>> [Consulta: abril 2020].

(10) BARCELONA LLOP, Javier, «Las atribuciones de los municipios en materia... op. cit.: «las otras [emergencias extraordinarias] presuponen la puesta en marcha de los medios de la protección civil de conformidad con la planificación». Insiste en ello «Las competencias de los municipios en materia de protección civil», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 9, 2017, pág. 285.

(11) Se emplean criterios de la magnitud del evento, su extensión territorial o la respuesta requerida. Así, por ejemplo, el Plan vasco de Emergencia para Incendios Forestales, aprobado por acuerdo de Consejo de Gobierno en sesión de 27 de diciembre de 2016.

(12) No se deduce de la LSNPC diferente trato legal entre «catástrofes» y emergencias extraordinarias. El término generalmente empleado en la ley es el segundo y la Ley acude a «catástrofes» en muy contadas ocasiones (art. 5, LSNPC, por ejemplo) y para situaciones aplicables también a las extraordinarias. Se puede concluir que a sus estrictos efectos son términos sinónimos.

gencias (art. 2.5 LSNPC), y a su vez divide estas últimas en emergencias de protección civil y emergencias ordinarias según el riesgo o carácter colectivo del siniestro. Este es el criterio utilizado (13) y no repara ni en la capacidad del sistema para darle respuesta ni en la gravedad de la emergencia, como hacía la primera teoría antes comentada, aunque surge la misma duda: ¿cuántas personas forman un colectivo a estos efectos? Un autobús accidentado con quince personas en peligro, ¿es una emergencia ordinaria o extraordinaria? ¿Y con cincuenta?

Por su parte, la normativa autonómica de protección civil adopta diversos criterios. Algunas, optan por unos términos parecidos a los de la LSNPC, y un buen ejemplo de ello es la Ley 3/2019, de 8 de abril, del Sistema de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Cantabria, una de las últimas aprobadas y seguramente más avanzadas, cuyo art. 28.2 considera emergencias ordinarias aquellas emergencias carentes de afectación colectiva cuya atención, gestión y resolución se lleva a cabo exclusivamente por los diferentes servicios ordinarios. En esta órbita también se sitúan las normas de protección civil de Galicia (14) y Navarra.

Otras recurren a la más clásica definición para las extraordinarias de «grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria», y consideran ordinarias las demás. Así ocurre en Aragón (15), Castilla y León o Andalucía. En la misma línea, la normativa vasca, en su art. 37, excluye como emergencias ordinarias (no calamitosas en su concepción) aquellas situaciones que comporten «grave riesgo», sin dictar criterios legales que permitan identificar esos siniestros.

La norma valenciana acude a otro criterio (art. 26), según el cual serán ordinarias las emergencias no contempladas en la Real Decreto 407/1992, norma básica de protección civil; es decir, serán ordinarias la que no activen un plan de protección civil, por lo que se aproxima a la teoría propuesta por BARCELONA LLOP.

Como se ve, se emplean distintos criterios por la doctrina y los legisladores para tipificar las emergencias pese a las notables consecuencias jurídicas en cada caso. Para solucionar esta cuestión, al menos conceptualmente, se propone emplear el siguiente canon: serán emergencias extraordinarias aquellas para cuya resolución eficaz sea preciso activar

(13) La derogada Ley 2/1985 contemplaba este elemento colectivo sólo en su Exposición de Motivos al definir la protección civil: «identificada doctrinalmente como protección física de las personas y de los bienes, en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente»; sin embargo, no se encontraba rastro de este criterio en la parte articulada del texto.

(14) El art. 31 de la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias de Galicia repara en «situaciones de emergencia colectiva».

(15) La Ley 30/2002, de 17 de diciembre, de Protección Civil y Atención de Emergencias de Aragón diferencia entre emergencias colectivas (Título I) y sencillamente «emergencias» (Título II).

mecanismos temporales de restricción de derechos e imposición de deberes, tal y como refiere el art. 30.4 CE, o en la que se vea necesario alterar las normas de reparto competencial.

Este parámetro se concretaría, como así hace el legislador estatal de protección civil, en la afectación a una colectividad de personas, bien por la propia dimensión del siniestro, bien porque su respuesta colapsa los servicios disponibles para atender las demás. En estos casos, con muchas vidas en riesgo, queda constitucionalmente justificada la irrupción de poderes públicos exorbitantes que, por el tiempo preciso y con proporcionalidad, alteren los derechos y obligaciones de esos ciudadanos y el reparto competencial ordinario, función que asume la protección civil. Por el contrario, cuando la ayuda inminente no se altere a la colectividad, y solo afecte a una o varias personas, el derecho de emergencias ordinarias se responsabilizará de garantizar, planificar y coordinar la respuesta, acudiendo a los principios de coordinación, colaboración y auxilio mutuo si es preciso (STC 18/1982), pero sin llegar a activar marcos jurídicos excepcionales. El reto, de nuevo, reside en identificar cuántos conforman un colectivo de personas que justifican medidas jurídicas extraordinarias, labor en la que deberán esforzarse los planificadores de emergencias para cada tipo de siniestro y lugar.

Aun con una delimitación no del todo precisa entre ambas, tal vez consustancial a la realidad a la que se enfrentan los gestores de emergencias, se analiza a continuación el contexto normativo y jurisprudencial de las emergencias ordinarias, para lo que se parte del marco constitucional y estatutario que nos conduce tanto a la materia de protección civil como a la normativa sectorial.

III. Las emergencias ordinarias en nuestro derecho

1. Las emergencias en los estatutos de autonomía

La Constitución repara exclusivamente en las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, para las que avala la limitación de derecho o la imposición de deberes (arts. 30.4, 55.1 o 116 CE). No hay mención a las emergencias ni a la protección civil en los artículos 148 y 149 CE.

Tampoco repararon en ellas los estatutos de primera generación, como ya apuntó MENÉNDEZ REXACH (16), lo que desembocó en la

(16) MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, «Régimen jurídico de la protección civil: legislación estatal y autonómica», en *Revista Seguridad y Medio Ambiente* núm. 119, 2010, pág. 37, recuerdan que hubo pocas excepciones: «el Estatuto de las Islas Baleares (LO 2/1983)

STC 123/1984, de 18 de diciembre, que, tras asentar la importante doctrina constitucional de que el art. 149.3 CE no es un título de atribución competencial al Estado, reconoció la protección civil como una submateria de la seguridad pública ex art. 149.1.29 CE, aunque con una serie de características específicas.

Los Estatutos de segunda generación colmaron este vacío con una mención expresa a la protección civil y a las emergencias, y así se contempla en los Estatutos de Cataluña (art. 132 EACat), de Andalucía (art. 66 EAAnd), de Aragón (art. 71.57 EAAr), de Canarias (art. 149 EACan), de Extremadura (art. 9.42 EAExt), de Illes Balears (art. 31.11 EABal), y de Castilla y León (art. 71.16 EACyL). Sin embargo, existen diferencias entre ellos que incumben tanto a las funciones estatutariamente asumidas como a la identificación o expresión de la materia competencial.

En cuanto a la función en la materia de protección civil o emergencias, si bien todos contemplan una salvaguarda expresa de las competencias estatales en sus títulos prevalentes, los Estatutos de Cataluña, Andalucía, Aragón y Extremadura asumen la competencia exclusiva, mientras que los estatutos de Illes Balears y Castilla León solo se reservan el desarrollo normativo y ejecución. Cualquier consecuencia que de ello se pudiera derivar tener fue zanjada por la célebre STC 31/2010, de 28 de junio sobre el Estatuto catalán. El Estado impugnó por inconstitucional el precepto estatutario catalán que atribuía a la Generalitat competencias exclusivas en protección civil, lo que fue desestimado por el Alto Tribunal en su FJ 78, porque según «evidencia su propio tenor, reconoce la indicada competencia estatal al proclamar que la competencia de la Generalitat debe respetar “lo establecido por el Estado en ejercicio de sus competencias en materia de seguridad pública”». A la vista de ello, se puede concluir que no tiene trascendencia jurídica práctica este diferente trato de la materia en los Estatutos, y no cabe justificar una asimetría entre las CCAA, máxime cuando el TC ha garantizado competencias estatales en los términos que luego veremos.

Por el otro lado, y de mayor interés, resulta significar que la mención a la materia también es dispar. Cataluña, Andalucía, Aragón, Canarias y Castilla y León asumen la materia de protección civil e incluyen expresamente como parte de ella «la regulación, planificación, coordinación y ejecución de medidas relativas a las emergencias», con lo que las emergencias están ínsitas en la protección civil. Sin embargo, los otros

incluyó la protección civil y emergencias entre las competencias de desarrollo legislativo y ejecución (art. 31.11). También el de Asturias (LO 7/1981), tras su reforma en 1999 (LO 1/1999), incluyó la protección civil entre las competencias de ejecución, junto con el salvamento marítimo (art. 12.11). Entre ambas fechas, los estatutos de Ceuta y Melilla, de 1995, incluyeron la protección civil entre las competencias de ejecución de ambas ciudades autónomas (art. 22.1.4.º).

dos Estatutos separan ambos términos y dan a entender que no son dependientes ni sinónimos: así, Extremadura asume «protección civil y emergencias» e Illes Balears las separa por un punto: «Protección civil. Emergencias». En suma, unos estatutos incluyen las emergencias como la submateria de protección civil, mientras que otros ponen ambas al mismo nivel. Las únicas conclusiones válidas son que todos ellos incorporan las emergencias, en un sentido amplio, como una de sus atribuciones autonómicas y que conectan íntimamente protección civil y emergencias.

Una última nota a este particular es que los Estatutos de todas las CCAA rivereñas e isleñas contemplan la asunción de la ejecución del salvamento marítimo(17), entendida esta como un tipo concreto de emergencia, aunque se adelanta que el TC la inserta en materia de marina mercante.

2. La normativa de Protección Civil y las emergencias ordinarias

Como hemos visto en los estatutos de segunda generación, los conceptos de protección civil y emergencias están muy unidos, y así lo confirma nuestra tradición jurídica. Dado que el Estado ha aprobado una Ley básica sobre la materia de protección civil y casi todas las CCAA han dictado su legislación de desarrollo, conviene empezar por ahí y comprobar el tratamiento que otorgan a las emergencias ordinarias, las que ahora nos interesan.

2.1. LA NORMATIVA ESTATAL

Como recuerda OCHOA MONZ, la protección civil tiene sus bases doctrinales y operativas en el Decreto 398/1968, de 29 de febrero, sobre estructura y competencia de la Subdirección General de Protección Civil, y su primer hito destacable puede remontarse al Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823(18).

La primera norma de referencia en nuestros antecedentes inmediatos es la actualmente derogada Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil (LPC), la cual, como trasladaba sin ninguna duda tanto su exposi-

(17) Art. 33.9-149.2 EACan; art. 12.10 EAPV; art. 132.3 EACat; art. 29.3 EAGal; art. 66.2 EAAnd; art. 12.11 EAAst; art. 26.12 EACant; art. 12.1.11 EAMur; art. 51.1.6 EAVa; art. 32.12 EABal. Art. EACan.

(18) *Cfr.*, para mayor explicación, OCHOA MONZÓ, J., *Riesgos mayores y protección civil... op cit.*, págs. 53 a 110.

ción de motivos como su art. 1, incluía en su ámbito de aplicación exclusivamente las «situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» (19). No hay vestigio de las emergencias ordinarias en esta fase de la normativa estatal posconstitucional.

Esta ley ha sido recientemente derogada por la vigente Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC), en donde sí se contienen tres preceptos que, según la lectura que se haga, pueden afectar a las emergencias ordinarias.

La primera se encuentra en el art. 1 que, con un cambio del objeto y la finalidad respecto a su antecesor, señala: «la protección civil, como instrumento de la política de seguridad pública, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante *los distintos tipos de emergencias* y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada». Puede entenderse que esta referencia a los «distintos tipos de emergencias», por contraposición a las catástrofes —de ahí el empleo de la conjunción «y»—, incluye todas las emergencias, en el sentido más amplio, con lo que para esta Ley emergencias ordinarias y extraordinarias formarían parte de la materia de protección civil.

La segunda se encuentra el art. 2 LSNPC, precepto dedicado a las definiciones y en este contexto debe dársele su valor. Su apartado quinto, al que ya nos hemos referido antes, se dedica a definir las emergencias extraordinarias, y solo estas; y aunque es cierto que de su tenor se mencionan los dos tipos de emergencias, es evidente que solo interesan al legislador las emergencias extraordinarias, ya que la referencia a las emergencias ordinarias, que no define, tiene por única finalidad delimitar mejor el ámbito de aquellas.

Tras estas dos vagas menciones a las emergencias ordinarias en estos primeros artículos, la Ley estatal básica regula exclusivamente las emergencias de protección civil o extraordinarias: las actuaciones del sistema nacional de protección civil del Título II (prevención, planificación, respuesta y recuperación); los recursos humanos del sistema nacional de Protección civil del Título III; las competencias estatales del

(19) Según esta EM, en parecidos términos a los del Decreto 29 de febrero de 1968, para que estas situaciones estén comprendidas en la protección civil, deben llevar a que «la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente». Tal es así que en la STC 133/1990, que resolvió la impugnación de esta Ley, la defensa del Estado defendió la competencia estatal para el dictado de la Ley 2/1985 en que [el destacado es nuestro] «los supuestos de hecho que la presente Ley contempla son situaciones absolutamente excepcionales de emergencia y de grave riesgo para la seguridad pública *que no pueden ser confundidas con la actividad administrativa ordinaria encaminada a la protección de personas y bienes en situaciones de normalidad social*» (FJ 4). Insisten en esta idea de grave riesgo colectivo, una calamidad pública o una catástrofe extraordinaria, autores como ONEGA LÓPEZ, José Ramón, «Protección civil», en *Boletín de Información* núm. 194, 1986, pág. 4.

Título IV hacen referencia a las emergencias de protección civil y sus instrumentos, al igual que los instrumentos de cooperación y coordinación del Título V. Solo hay una excepción relativa a las emergencias ordinarias: el importante a nuestros efectos art. 17 LSNPC, la tercera cuestión que destacamos.

Este precepto contiene dos previsiones sobre emergencias ordinarias. La primera se encuentra en su apartado segundo, cuando señala que «los órganos competentes de coordinación de emergencias de las Comunidades Autónomas, además de la atención de emergencias que no tengan afectación colectiva pero que requieran la actuación de servicios operativos diversos, podrán actuar en las emergencias de protección civil como Centro de Coordinación Operativa, según se establezca en los correspondientes planes». De esta manera colateral, en un contexto dirigido a las funciones en las emergencias extraordinarias de los Centros de Coordinación autonómicos, da pie a identificar dos subtipos de emergencias ordinarias: por un lado, las que requieran de la actuación de servicios operativos diversos; y por el otro, las restantes, esto es, las que requieran para su respuesta de un único servicio operativo. El art. 17.2 LSNPC se limita a constatar (que no regular) que los centros de coordinación autonómicos actúan en la coordinación de emergencias ordinarias con servicios operativos diversos.

La segunda previsión es la del art. 17 LSNPC apartado cuarto: «en la Norma Básica de Protección Civil se regularán las bases para la mejora de la coordinación y eficiencia de las actuaciones de los servicios regulados en este artículo». Estos servicios son los previstos en el apartado 1 del art. 17 LSNPC, esto es, todos los servicios de intervención y asistencia en emergencias *de protección civil*, con lo que es lógico interpretar que las bases de coordinación y eficacia se dirigirán a la intervención de estos en las emergencias extraordinarias, las que preocupan a la LSNPC. Hasta el momento el Estado no ha dictado esta norma.

Entonces, ¿las emergencias ordinarias están incluidas en la norma de protección civil estatal? Sin más referencias, es difícil, o al menos discutible, llegar a una conclusión. Se plantean aquí dos posibles alternativas.

Puede defenderse que el legislador estatal de protección civil sí querido incluir aquí las emergencias ordinarias, y así se constata de los arts. 1 y 17 LSNPC, por mucho que la norma se dedique preferentemente a las emergencias extraordinarias. Con ello, se deduciría que la LSNPC contiene la regulación estatal básica de las emergencias ordinarias y que es de competencia autonómica su desarrollo y ejecución. De ser esta la mejor interpretación, es un error conceptual definir como emergencias de «protección civil» exclusivamente a las extraordinarias, ya que da a entender que las ordinarias no son de protección civil.

Pero también puede entenderse que esta norma estatal no las incluye en su objeto. A ello se llegaría del empleo de ese término de «emergencias de *protección civil*» como sinónimo legal de emergencias extraordinarias y de que la norma estatal regule exclusivamente las emergencias extraordinarias. Este sentido la mención a emergencias del art. 1 LSNPC se ha de dirigir a las extraordinarias que luego el art. 2.5. define. El art. 17.4 LSNPC se refiere exclusivamente al dictado de bases para la coordinación de todos los servicios de intervención y asistencia durante su actuación en las emergencias *de protección civil*, y no otras, como expresamente habilita el art. 17.1 LSNPC al que se remite. En esta interpretación se abren dos posibilidades sobre las emergencias ordinarias: el legislador estatal de protección civil considera que las emergencias ordinarias no son protección civil; o bien, se reserva la aprobación de futuras normas que, amparadas en su competencia de protección civil, regulen las emergencias ordinarias.

Adelantamos que la STC 58/2017 afirma que las emergencias ordinarias son parte de la protección civil, decisión que, como luego se justificará, no se comparte.

Acudimos ahora a las normativas autonómicas de protección civil para buscar el título en que amparan su regulación sobre las emergencias ordinarias.

2.2. LA NORMATIVA AUTONÓMICA

Como ya tuvo ocasión de comentar REXACH(20), trece CCAA se han dotado de su propia Ley de Protección civil(21): Andalucía, Aragón, Illes Balears, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Navarra, País Vasco y Valencia. Las restantes cuatro no disponen de norma de rango legal(22): Asturias, Castilla-La Mancha, Madrid y Murcia.

A diferencia de la normativa estatal de protección civil, consagrada a las emergencias extraordinarias, las leyes de las CCAA, con las excepcio-

(20) MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, «Régimen jurídico de la...», *op. it.*, pág. 40. Desde entonces, la CCAA de Extremadura ha dictado una Ley.

(21) Todas ellas se encuentran compendiadas en el excelente Código de Protección Civil elaborado por el BOE en su colección de códigos electrónicos. Se ha consultado aquí la edición actualizada a 10 de febrero de 2020. [En línea] disponible en <https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=174_Codigo_de_Proteccion_Civil.pdf> [Consulta: abril 2020].

(22) Asturias: no dispone de una ley de protección civil, pero sí de tres leyes ligadas a emergencias y bomberos, las Leyes 1/2013, 8/2001 y 9/2001. Castilla-La Mancha: Decreto 36/2013. Madrid: Decretos 168/1996, 9/1985 o 61/1989. Murcia: Decreto 67/1997. Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla carecen de potestad legislativa.

nes de Canarias y Cataluña, han regulado sobre las emergencias ordinarias. Como ya detectó MENÉNDEZ REXACH (23), son variados los motivos acogidos en estas leyes al justificar su competencia para ello: unas contemplan expresamente que las emergencias ordinarias no pertenecen a la protección civil, y las regulan apoyadas en otros títulos; otras entienden que son protección civil, pero también invocan sus títulos sectoriales; un tercer grupo las incluyen exclusivamente en protección civil; y las últimas no reparan en ello.

En el primer grupo se encuentran País Vasco y Andalucía, quienes niegan que las emergencias ordinarias sean materia propia de protección civil, y crean un concepto de «gestión integral de emergencias» en el que amparan su regulación. La derogada Ley vasca 1/1996 conformó por primera vez un cuerpo jurídico sobre las ordinarias, para lo que rechazó ampararse en la protección civil, y buscó su cobertura es el art. 17 del Estatuto de Autonomía vasco dedicado a la materia de seguridad pública (24). Tampoco Andalucía, en la exposición de motivos de su Ley 2/2002, integra las emergencias ordinarias en protección civil, sino solo en la normativa sectorial (25).

Las leyes de la Rioja, Navarra y Valencia (26) obedecen a un segundo grupo en el que se justifica la regulación de las emergencias ordinarias con la invocación del título de protección civil y seguridad pública, y también apoyada en otros muchos ámbitos sectoriales como sanidad, montes, transportes, obras públicas, incendios forestales o espectáculos públicos. La ley gallega, la Ley 5/2007, de 7 de mayo, de emergencias

(23) MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, «Régimen jurídico de la protección civil: legislación estatal...», *op. cit.*, págs. 34 a 44. «El fundamento competencial de esas leyes se encuentra en los títulos sectoriales relativos a las materias en que se producen las situaciones de emergencia (montes, sanidad, carreteras, etc.)». «Algunas leyes establecen regímenes distintos en función de la gravedad de la situación (catástrofes o calamidades y emergencias ordinarias o no calamitosas) o hacen referencia a los mecanismos de financiación, aunque sin arbitrar cauces específicos (salvo Cataluña, Navarra y Galicia). Muchas de ellas, tras la regulación general de la protección civil y la gestión de emergencias, dedican atención especial al régimen de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento, articulando las competencias municipales con las autonómicas en ambas materias. Otras comunidades, en cambio, han regulado estas materias en leyes específicas (en particular sobre incendios forestales), que desbordan la perspectiva de la protección civil».

(24) La Exposición de Motivos de la norma vasca de protección civil lo justificaba así: «la regulación legal en este aspecto encuentra su título habilitante en la competencia asumida en el artículo 17 del Estatuto y resulta novedosa en cuanto que carece de parangón en el Estado español y cubre un vacío normativo».

(25) Llega a excluir del ámbito de la norma andaluza las que no precisan de coordinación de diversos servicios. Así, el art. 1 de la Ley andaluza delimita su objeto a las «situaciones no catastróficas que requieran actuaciones de carácter multisectorial y la adopción de especiales medidas de coordinación de los servicios operativos». Debe traerse aquí la distinción del art. 17.2 LSNCP.

(26) Especialmente significativa es la exposición de motivos de la Ley 2/1995, de 6 de febrero, de Organización del Servicio de Emergencias de la Generalitat Valenciana y la Ley 9/2002, de 12 de diciembre, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de la Generalitat Valenciana.

de Galicia, es la única que integra las emergencias ordinarias exclusivamente en la protección civil(27). En cuarto y último lugar, las leyes de Baleares, Cantabria, Aragón, Extremadura o Castilla y León, aunque sí distinguen entre ambas tipologías de emergencias, no se detienen en diferenciar su naturaleza.

En suma, no hay consenso entre los legisladores autonómicos sobre la naturaleza de las emergencias ordinarias en relación con la protección civil, a lo que hay que recordar la indefinición del legislador estatal en sus tres puntuales referencias a estas. La doctrina del Tribunal Constitucional dirimió toda duda, como a continuación se expone.

3. La jurisprudencia constitucional sobre las emergencias ordinarias en la protección civil

Como resultado de las ocasiones en las que el TC se ha enfrentado a la materia de protección civil, se ha configurado un corpus jurisprudencial cuyo núcleo lo conforman las SSTC 123/1984, 133/90 y 58/2017. Esta doctrina pivota sobre las catástrofes y emergencias extraordinarias. No obstante, la primera sentencia que abordó directamente un supuesto de emergencias ordinarias fue la STC 155/2013, de tal importancia a estos efectos que llevó al Tribunal a modificar su definición de protección civil, posteriormente apuntalada por la STC 58/2017. A continuación, se expone la doctrina del TC sobre protección civil desde la perspectiva de las emergencias ordinarias, con su inserción, alcance y reparto competencial.

3.1. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN CIVIL

La primera acepción que el TC recogió sobre la protección civil se encuentra en la STC 123/1984 (FJ 2) sobre los centros vascos de coordinación de emergencias, según la cual debe entenderse «*grosso modo* como el conjunto de actividades dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano». Posteriormente, en el análisis de la constitucionalidad de la Ley estatal 2/1985, de Protección Civil, exclusivamente dedicada a

(27) Según su Exposición de Motivos: «Ambas modalidades de riesgos y de emergencias [ordinarias y extraordinarias] requieren el establecimiento de un marco legal propio que articule un sistema integrado para su gestión, en el cual se definan nítidamente las responsabilidades y actuaciones de las distintas administraciones públicas con competencias compartidas y concurrentes en el ámbito de una protección civil renovada (...). Los poderes públicos tienen confiada la protección civil, entendida como la actuación preventiva y, en su caso, paliativa de *lucha contra los riesgos de toda clase*».

las catástrofes y emergencias extraordinarias, su STC 133/1990, de 19 de julio, definió esta materia como «la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia» (FJ 6).

Actualmente, la definición que sostiene el TC se acuñó en la STC 155/2013, de 10 de septiembre, precisamente, como decíamos, con el análisis competencial de una emergencia ordinaria: «conjunto de reglas y protocolos dirigidos a regular la forma de actuar de las Administraciones públicas movilizando los distintos medios y servicios necesarios para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia, coordinando los diversos servicios que han de actuar para proteger a personas y bienes, para reducir y reparar los daños y para volver a la situación de normalidad» (FJ 3). En la STC 58/2017, de 11 de mayo, sobre la LSNPC, matizó que ello incluye «todas aquellas actuaciones para proteger a personas y bienes que deban emprenderse para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia» (FJ 3.a).

Este concepto se ha ido cincelandando por el TC en los numerosos conflictos planteados, integrando unas cuestiones en su seno y expulsando otras. Por ejemplo, ha reconducido a materia de protección civil las medidas contra inundación previstas en los planes hidrológicos de la normativa de aguas (STC 227/1988, FJ 20.e). En sentido negativo encontramos más supuestos: la imposición a las prestadoras de servicios de telecomunicaciones de condiciones en casos de emergencias extraordinarias es materia de telecomunicaciones del art. 149.1.21 CE (STC 72/2014, FJ 6); el tráfico de materias peligrosas por carretera por vehículos de las Fuerzas Armadas es materia de seguridad del tráfico y circulación de vehículos de motor del art. 149.1.21 (STC 2/1993, FJ 4); la regulación de los almacenes de residuos nucleares es materia de protección del medio ambiente del art. 149.1.23 CE (STC 14/2004, FJ 8.b); las medidas para garantizar la continuidad y el funcionamiento de infraestructuras estratégicas son materia de seguridad pública pero no de la submateria de protección civil (STC 128/2016, FJ 8); o la prohibición en la normativa de montes de que se acerquen personas ajenas a la vigilancia, extinción y gestión a las zonas de alto riesgo de incendio, cuando el riesgo de incendio así lo aconseje, es materia de montes del art. 149.1.23 CE (STC 97/2013, FJ 6). Más adelante volveremos sobre otros pronunciamientos específicos sobre preceptos concretos de materias sectoriales.

En lo que aquí nos trae, el TC afirma con rotundidad que las emergencias ordinarias se integran en la materia de protección civil, y así lo señala en su meritada STC 155/2013, donde juzga la impugnación autonómica de un convenio entre España y Francia en el que se aprueba un protocolo de respuesta a incidentes de dos tipos en función de su gravedad, siendo un evento de tipo uno aquel solventable por la empresa encargada de la explotación del túnel y de tipo dos aquel que requiere la

intervención de las administraciones. El TC no duda: «es patente que su ámbito natural de encuadramiento es, como coinciden ambas partes procesales, la materia protección civil (...). Por ello, las previsiones del plan de socorro del túnel de Perthus encuentran un acomodo natural en la materia protección civil» (FJ 3). Consciente del alcance de esta decisión, el TC se consideró en la obligación de redefinir el concepto de protección civil en los términos que se han señalado y que ha llegado hasta hoy.

Esta doctrina de que las emergencias ordinarias forman parte de la protección civil fue ratificada posteriormente en la STC 58/2017 (FJ 4).

3.2. INSERCIÓN COMPETENCIAL

Dado que las emergencias ordinarias son parte de la protección civil, ello implica que la materia competencial en que se insertan es, sin duda, la de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, como ha mantenido el TC desde su primera sentencia al respecto, la STC 123/1984 (28).

Ello es coherente con el amplio concepto de seguridad pública que mantiene el TC, y que abarca toda actividad de protección de personas y bienes (por todas, la STC 184/2016, de 3 de noviembre (29)). En el caso de la submateria protección civil, la característica definitoria reside en que se trata de una respuesta ante situaciones de emergencia (30).

(28) En este caso, el Estado impugnó por inconstitucional la normativa vasca sobre los centros de coordinación de emergencias de Euskadi (Sos-Deiak), con la premisa de que se trataba de una competencia exclusiva estatal en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 CE, ya que ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía contemplaban competencia alguna sobre protección civil. El TC rechazó los argumentos estatales: «la materia objeto de discusión en este conflicto ha de englobarse con carácter prioritario en el concepto de seguridad pública del art. 149.1.29 de la Constitución» (FJ 2).

(29) La STC 184/2016 expone en su FJ 3 un resumen de su doctrina al respecto. La seguridad pública es toda «actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos»; aunque no se limita a regular «las actuaciones específicas de la llamada Policía de seguridad», pues «la actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública» que «abarca un amplio espectro de actuaciones administrativas» (STC 86/2014, de 29 de mayo, FFJJ 2 y 4, entre otras) e incluye «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido» (STC 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 6, y las allí citadas). Recuerda esa sentencia que «la STC 25/2004 se considera acorde con la idea restrictiva de seguridad pública, la que presidía la regulación de la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de seguridad ciudadana (actualmente sustituida por la Ley Orgánica 4/2015), orientada a «la regulación de materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, “fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana” (exposición de motivos)»».

(30) Así lo hizo, por ejemplo, la STC 14/2004 (FJ 9), cuando rechazó que los almacenes de residuos nucleares se integrasen en protección civil y los integró en materia de medio ambiente

No obstante, debe apuntarse que el TC ha admitido que existen aspectos de la protección civil que no pertenecen a la seguridad pública. Se trata de aquellos supuestos y medidas que van dirigidas a paliar situaciones derivadas de catástrofes, pero que no sean consecuencia de una respuesta inmediata a la emergencia. Así lo reconoció en la STC 87/2016, de 28 de abril (FJ 5), en relación con unas ayudas dirigidas a la rehabilitación tras la catástrofe (31).

A lo que nos ocupa, desde la perspectiva de protección civil así entendida, se concluye que las emergencias ordinarias tienen cabida íntegra en la materia de seguridad pública dado que el objeto es garantizar la respuesta de las administraciones se realiza (coordinación y ejecución) en una prestación de protección urgente a personas y bienes.

3.3. EL REPARTO COMPETENCIAL

Así, tras la clara doctrina constitucional de que las emergencias ordinarias se integran en materia de protección civil, la cual a su vez es una submateria de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, es momento de comprobar el reparto competencial realizado por el TC entre Estado y CCAA. No nos detenemos aquí en las competencias de las entidades locales en protección civil, ampliamente estudiadas por BARCELONA LLOP (32).

La STC 133/90 afirmó que «la competencia en materia de protección civil dependerá de la naturaleza de la situación de emergencia, y de los recursos y servicios a movilizar», y el TC ha señalado al Estado como titular en dos supuestos.

En primer lugar, son de competencia estatal las catástrofes de interés nacional o supraautonómico. Según la STC 123/1984 (FJ 4) considera que concurre ese interés nacional (33) en los siguientes supuestos: los es-

(31) En esta sentencia se analizó la constitucionalidad de una línea de subvenciones del Estado a los Ayuntamientos que habían sido afectados por catástrofes naturales, y llevó al TC a diferenciar entre las medidas de restauración urgentes que se adoptan en la fase inicial de la catástrofe de aquellas otras más propias de la fase de reparación y que vienen después en el tiempo, pero en las que no concurre la característica de urgentes. El primer grupo son de protección civil y de seguridad pública en cuanto forman parte de la respuesta inmediata a la emergencia; las del segundo grupo también son protección civil, pero no forman parte de la seguridad pública por no ser urgentes, con las consecuencias subsiguientes en el reparto competencial.

(32) Este autor ha investigado en profundidad la materia de protección civil con especial atención a las competencias municipales. Una de las últimas es BARCELONA LLOP, Javier, «Las competencias de los municipios en materia de protección civil», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2017, 09, págs. 247-303.

(33) También se denominan «situaciones catastróficas de interés o dimensión nacional». Una definición legal de «interés nacional» se encuentra en el art. 1.2 del Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil.

tados de alarma, excepción y sitio; las emergencias que afecten a varias CCAA y que, por consiguiente, requieran de coordinación de medios distintos de los que posee una CCAA; y las que sean de tal envergadura que requieran de una dirección nacional.

En segundo lugar, para que la emergencia se encuentre en la órbita competencial estatal, e independientemente de su transcendencia supra-autonómica, es necesario que se trate de una respuesta inmediata para la protección de personas y bienes. En el caso de que esas medidas de protección civil no sean respuesta inmediata a la emergencia, no formarán parte de la seguridad pública precisamente por carecer de esa urgencia y el Estado no tendrá competencia alguna para su adopción en virtud de este título (34).

La aplicación de esta doctrina a las emergencias ordinarias lleva a concluir que, aunque urgentes, no serán de competencia estatal por carecer de interés nacional, dado que esa ausencia de afectación colectiva es incompatible con un interés nacional. No obstante, es necesario un análisis más profundo en cada una de las funciones normativa y ejecutiva.

3.3.1. *Función normativa*

El TC reserva al Estado el establecimiento de las líneas directrices de un sistema único de protección civil. Según afirma en la STC 58/2017, «la protección civil no admite división en compartimentos estancos, en lo que a la organización del Sistema Nacional se refiere, que incumbe al Estado ex artículo 149.1.29 CE. La naturaleza misma de la materia, y la concurrencia competencial que hemos reconocido en este ámbito, imponen la integración en un sistema único de las distintas funciones atribuidas a las diferentes Administraciones competentes y su coordinación a nivel estatal» (FJ 5).

¿Cabe aplicar esta doctrina a las emergencias ordinarias? Dependerá de la interpretación que se realice de los dos apartados del art. 17 LSNCP dedicados a ellas, que recordemos son el apartado 2, en cuanto que prevé la actuación de los centros de coordinación autonómicos, y el apartado 4 que ordena al Estado a regular las bases para la mejora de la coordinación y eficiencia de las actuaciones de todos los servicios de emergencia. Pues bien, el TC ya ha dado su interpretación en el recurso interpuesto contra ambos preceptos por el Gobierno de la Generalitat de

(34) De interés a este segundo requisito es la STC 87/2016: «Si no existe conexión con la seguridad pública, decae la materia de protección civil, ya que el “art. 149.1.29 CE” es el título que legitima la actuación del Estado en aquel ámbito» (FJ 5.a).

Cataluña argumentando que invadían sus competencias al incidir sobre la organización interna autonómica (35).

La STC 58/2017, de 11 de mayo, confirmó la constitucionalidad de ambos. Respecto al art. 17.2 LSNPC rechazó el recurso porque este precepto «se limita a constatar que los órganos competentes de coordinación de emergencias de las Comunidades Autónomas (que no se especifican), atenderán las emergencias sin afectación colectiva que requieran actuación de servicios diversos (sin más concreción) y podrán actuar también como centros de coordinación operativa, si bien ello se contempla como mera posibilidad en función de lo que se establezca en los correspondientes planes que, siendo planes territoriales, se aprueban por las propias Comunidades Autónomas según el artículo 14.2 de la Ley 17/2015» (FJ 8). Poco se aclara con ello a nuestros efectos.

Más interesantes son los motivos del rechazo de inconstitucionalidad del art. 17.4 LSNPC. El primero, y más genérico, es negar la invasión de competencias de organización interna autonómica simplemente porque esta norma de desarrollo precisa en su elaboración de un previo informe del Consejo Nacional de Protección Civil, el cual garantiza la «intervención de las Comunidades Autónomas presentes en dicho Consejo». De mayor calado es la reflexión posterior: «(a)simismo, en la STC 133/1990, de reiterada cita, FJ 10, declaró este Tribunal que “la elaboración por el Gobierno de una Norma Básica de Protección Civil... que determine las líneas de actuación en esta materia y contenga directrices esenciales para la elaboración de los distintos Planes Territoriales y Especiales, no produce un vaciamiento de la competencia autonómica ...y, por el contrario resulta constitucionalmente posible de acuerdo con las líneas generales del peculiar régimen en esta materia”» (FJ 8). Parece querer extender a las emergencias ordinarias las facultades estatales de dictar directrices señaladas en la STC 133/1990 para las extraordinarias.

Es importante destacar que a este argumento se une otro de esta misma sentencia en donde extiende a las emergencias ordinarias la interpretación constitucional dada al principio de coordinación, por muchas en sus STC 86/2014 o 194/2004, según el cual se habilita al Estado para la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias. Dice la STC 58/2017: «la coordinación, entendida en estos

(35) Es interesante contemplar en los antecedentes de la STC 58/2017 los motivos por lo que la Generalitat recurrió estos dos apartados del art. 17 LSNPC, y los motivos del rechazo opuesto por el Abogado del Estado, que aludía a que «(e)l empeño en parcelar la protección civil hace olvidar que los recursos y servicios implicados son los mismos en emergencias ordinarias y extraordinarias; es la naturaleza y gravedad de la emergencia la que condiciona el modo en que han de intervenir»

términos, no supone que el Estado invada las competencias autonómicas o municipales, *que incluyen la respuesta a las emergencias ordinarias dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma y la dirección de los propios servicios*. Antes bien, es perfectamente compatible con el respeto a dichas competencias, puesto que únicamente conlleva la intervención estatal para la fijación de directrices y el establecimiento de mecanismos de colaboración, a fin de asegurar el eficaz funcionamiento de todos los recursos mencionados» (FJ 4).

Se ha de concluir que, sea por la naturaleza propia de la protección civil (FJ 8), sea en virtud del principio de coordinación (FJ 4), el TC avala con esta sentencia la competencia estatal normativa para fijar directrices y establecer mecanismos de colaboración para las emergencias ordinarias. Como más adelante se justificará, se comparte esta conclusión por el segundo argumento, pero no por el primero.

El ámbito competencial normativo autonómico, consecuentemente, abarca el desarrollo de esas directrices estatales, que no pueden por su detalle agotar ni vaciar la capacidad autonómica.

3.3.2. *Función ejecutiva*

Las funciones ejecutivas sobre las emergencias ordinarias previstas en la normativa autonómica consisten, básicamente, en centralización de las llamadas de urgencia, en la aprobación de unos protocolos y en la coordinación de la actuación conjunta de los servicios actuantes por los centros de coordinación o por técnicos de protección civil cuando así sea preciso.

Estas tareas ejecutivas entran en el ámbito competencial exclusivo de las CCAA. No cabe invocarse aquí la previsión que hacía la STC 133/1990, de 19 de julio, FJ 13, a favor del Estado para dirigir emergencias cuando concurren necesidades de dirección y organización superiores⁽³⁶⁾, primero porque esta sentencia se refería a las emergencias extraordinarias, y segundo porque la STC 58/2017, ya con las emergencias ordinarias en mente, añadió un importante matiz al título ejecutivo estatal: «cuando está en juego el interés general».

De nuevo aquí, va contra la propia naturaleza de las emergencias ordinarias la concurrencia de un interés general, ni siquiera en intervenciones donde, para rescatar a una o varias personas (sin afectación colectiva, en

(36) La STC 133/1990 afirmó que «no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias» (FJ 6). La sentencia refería a las emergencias extraordinarias de la anterior LPC.

cualquier caso), se requieran un despliegue de muchos o cuantiosos medios(37).

Una excepción se encuentra en la STC 155/2013, sobre la que decíamos ser la primera que reconocía expresamente a las emergencias ordinarias como parte de la protección civil, en donde se falló a favor del Estado y se reconoció la competencia estatal para las tareas ejecutivas en este tipo de emergencias (atribuía en exclusiva al Delegado del Gobierno en Cataluña la realización de unas concretas funciones ejecutivas) por tratarse de emergencias en una «infraestructura transfronteriza de interés general en la que se han de aplicar previsiones derivadas de un convenio internacional suscrito entre España y Francia» (FJ 4). Así aplica los criterios de supraterritorialidad autonómica en estas emergencias ordinarias como punto de conexión para desplazar la ejecución autonómica.

Hasta aquí el análisis de las emergencias ordinarias en la normativa y jurisprudencia de protección civil. Sin embargo, las normativas sectoriales también desempeñan un importante papel en la regulación de estas emergencias ordinarias. Este ámbito, no siempre fácil de delimitar, es el objeto del siguiente apartado.

4. La normativa sectorial y las emergencias ordinarias

El TC recuerda muy a menudo que «se produce en esta materia [de protección civil] un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones públicas (de índole o alcance municipal, supramunicipal o insular, provincial, autonómica, estatal)» (por todas, la última STC 58/2017, FJ 3).

Es evidente que todas las materias sectoriales deben garantizar que no se pongan en peligro personas y bienes, adoptando las medidas preventivas precisas, y es incluso habitual que algunas normativas sectoriales regulen aspectos de las emergencias en su ámbito.

Además, sabido es que la protección civil no crea *ex novo* servicios de emergencia (38), sino que toma los existentes como un «sistema» y

(37) Además de algunos casos de rescate en montaña, un caso excepcional es el ocurrido en Totalán (Málaga) el 13 de enero de 2019 cuando un niño de dos años cayó en un pozo de sondeo. En un gran despliegue mediático, el complicado rescate duró varios días y supuso la intervención de medios públicos, voluntarios y privados de todo orden, que fue en todo momento coordinado, e incluso pagado, por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(38) La derogada LPC recordaba en su exposición de motivos que «sería equivocado que la organización de la protección civil pretendiese crear *ex novo* unos servicios específicos, suplantar o ejercer directamente los servicios públicos que con ella puedan tener relación o, incluso, disponer directamente de los medios a tal fin necesarios. La protección civil, por el contrario, debe actuar a través de procedimientos de ordenación, planificación, coordinación y dirección de los distintos servicios públicos relacionados con la emergencia que se trate de afrontar».

asume su coordinación. Cabe recordarse en este punto que una de las principales novedades de la LSNCP es constituir el denominado Sistema Nacional De Protección Civil, de tal importancia que se lleva al nombre de la Ley (39), integrado por servicios de atención sanitaria de emergencia, fuerzas y cuerpos de seguridad, bomberos, servicios de incendios forestales, técnicos forestales, agentes medioambientales, servicios de rescate, fuerzas armadas (40), equipos multidisciplinares de identificación de víctimas, servicios de meteorología u organizaciones voluntarias y entidades colaboradoras que sean requeridas bajo la subordinación a los servicios públicos (41). Cada uno de estos servicios se integra en una materia sectorial y la responsabilidad de su prestación y mantenimiento corresponde a las más variadas administraciones y órganos.

Este esquema de diferenciar la coordinación (protección civil) y la prestación (sectoriales) se reproduce para las emergencias ordinarias.

En normas sectoriales, el Estado se ha apoyado en títulos competenciales sobre materias de aguas, costas o montes para establecer disposiciones sobre emergencias que han sido respondidas por las CCAA con la interposición de conflictos competenciales ante el TC en defensa de sus competencias sobre protección civil. Debe adelantarse que, con la única excepción del transporte por carretera, el TC ha apoyado la normativa estatal.

Reparamos ahora en algunos de los más significativos ámbitos de emergencias (42) para comprobar cómo se ha legislado sectorialmente, a quien compete su ejecución y qué ha señalado el Alto Tribunal ante los conflictos competenciales suscitados.

4.1. ASISTENCIA SANITARIA EXTRAHOSPITALARIA

El art. 6.1.4 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad establece que las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias se han de orientar a garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de

(39) Este sistema no es una novedad en nuestro derecho interno, y sigue el modelo creado, por ejemplo, en el País Vasco con el sistema vasco de atención de emergencias y protección civil por la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi y su art. 60.

(40) Específicamente la Unidad Militar de Emergencias.

(41) A este sistema nacional ha de añadirse, como luego se comentará, los servicios técnicos de emergencia y órganos de coordinación de emergencias creados bajo el paraguas del derecho de emergencias ordinarias.

(42) No se considera aquí ni a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ni al servicio de incendios por no haber generado jurisprudencia constitucional de interés.

pérdida de la salud, lo que incluye las atenciones sanitarias extrahospitalarias (43).

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dictada tras la descentralización de la prestación sanitaria (Ley 21/2001, de 27 de diciembre), concreta las dos prestaciones sanitarias que deben garantizarse en las emergencias extrahospitalarias: la prestación de atención de urgencia *in situ* (art. 15) (44) y el traslado del paciente a un centro hospitalario útil cuando sea preciso clínicamente (art. 19). Esta atención extrahospitalaria de emergencias está desarrollada en el Anexo IV del Real Decreto 1030/2006, en donde se recogen los servicios comunes de prestación de atención de urgencia incluidos en la cartera de servicios del Sistema Sanitario de Salud (45).

Así, este servicio sanitario de atención en el lugar del suceso y transporte hasta centro hospitalario se garantiza como una prestación del catálogo del Sistema Nacional Salud (SNS) con carácter de actividad asistencial de la cartera común básica (art. 8.bis de la Ley 16/2003) y a la autoridad sanitaria compete prestar el servicio.

La atención sanitaria de urgencia en el medio extrahospitalario se inserta en materia de sanidad del art. 149.1.16 CE, y así es pacífico desde la STC 98/2004, de 25 de mayo (46), sin que se haya planteado conflicto alguno sobre el engarce de esta competencia con la protección civil.

En cuanto materia de sanidad interior, la Constitución reserva al Estado las bases de la regulación (47) y la coordinación general. Las CCAA

(43) El que tiene lugar dentro de este ámbito se denomina como de atención primaria.

(44) Dice este precepto que «la atención de urgencia se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería».

(45) Según sus términos, la atención de urgencia es «aquella que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente y la atención *in situ*, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería, y con la colaboración de otros profesionales». Su apartado 2.5, además, afirma que «la cartera de servicios comunes de la prestación de atención de urgencia comprende el transporte sanitario, terrestre, aéreo o marítimo, asistido o no asistido, según lo requiera la situación clínica de los pacientes, en los casos en que sea preciso para su adecuado traslado al centro sanitario que pueda atender de forma óptima la situación de urgencia».

(46) Recoge esta sentencia, reiterada en muchas otras y todas las STC 99/2017 (FJ 3), que: «el Sistema Nacional de Salud ... proporciona a todos los ciudadanos una serie de *prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias* (entre ellas, la prestación ortoprotésica y *el transporte sanitario*)...» (FJ 5). Esta sentencia, junto con las SSTC 32/1983, de 28 de abril y la 134/2017, de 16 de noviembre, contienen los ejes vertebradores de la materia de salud a nivel constitucional.

(47) A este particular, y de aplicación directa a la urgencia, el Estado ha dictado dos normas de interés: el Real Decreto 1397/2007, de 29 de octubre, por el que se establece el título de Técnico en Emergencias Sanitarias, título de formación profesional; y Real Decreto 836/2012 establece las ca-

asumen las competencias de desarrollo legislativo y ejecución y, con ello, la prestación de estos servicios sanitarios extrahospitalarios y de transporte urgentes (48).

No obstante, se han de hacer dos precisiones. El SNS garantiza el traslado sanitario de los heridos por tierra, mar y aire. El SNS atiende a la prestación sanitaria en sí misma durante cualquier modalidad de traslado, no a las normas propias del medio de transporte en el que se realiza. Así, el Real Decreto 836/2012, de 25 de mayo, por el que se regulan las ambulancias de urgencia, se apoya en el título sanitario, pero también en de transporte por carretera (art. 149.1.21 CE) para sus aspectos técnicos como las luces o rotativos de emergencia. Lo mismo ocurre en los helicópteros dedicados al transporte sanitario, que configuran una categoría especial para operaciones aéreas denominadas de emergencia médica (HEMS) reguladas en el Real Decreto 279/2007, de 23 de febrero, con el título del art. 149.1.20 CE sobre tránsito y transporte aéreo, de nuevo relativos a los aspectos técnicos del transporte en sí mismo, no de la calidad asistencial a prestar en ellos. Distinto trato tiene la asistencia médica embarcada, regulada por Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, que el legislador ha decidido integrar en la materia de seguridad, higiene y salud a bordo de los buques (49) y su prestación se realiza por el Instituto Social de la Marina.

Una segunda observación es que algunos servicios de rescate profesionales están actualmente prestando una atención sanitaria que va más allá de la propia de unos primeros auxilios avanzados (50). Ante ello debe recordarse que el art. 44.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone que todos los servicios públicos al servicio de la salud se integrarán el SNS, lo que podría traducirse en que la prestación de asistencia sanitaria de urgencia no debe realizarse extramuros de este sistema.

En suma, la prestación sanitaria de la ayuda en cualquier parte del territorio, salvo la embarcada, compete a la Administración Pública Sani-

racterísticas técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera (De carácter mínimo, según su DA 2.^ª). Son muchas las CCAA que han dictado normas adicionales sobre las ambulancias desarrollando la materia de sanidad, que no la de tráfico, exclusiva esta del Estado.

(48) Cada Comunidad Autónoma ha optado por una forma de gestión: prestación con servicios propios, licitación íntegra del servicio; convenios con los municipios y otros entes; sistemas mixtos donde las ambulancias medicalizadas se cubren por personal del sanitario de los servicios autonómicos de salud, y las de soporte vital básico se licitan.

(49) Los antecedentes del Real Decreto se dedican prácticamente a justificar el título en el que se apoya.

(50) Por ejemplo, algunas CCAA han medicalizado el rescate de montaña mediante la incorporación de personal sanitario licitado por los departamentos o consejerías sin competencias en sanidad o, incluso en algunos casos, se recaba una tasa de rescate por prestaciones de naturaleza sanitaria contenida en la cartera que han de ser gratuitas para los beneficiarios del SNS.

taria y debe ser dispensada en el marco de la asistencia sanitaria pública garantizada por la LGS.

4.2. SALVAMENTO MARÍTIMO

Un servicio de emergencia que se producen en un medio concreto, el marítimo, y que requiere de una técnica, una capacitación y un material específico, como ocurre en otros ámbitos de rescate, es el salvamento marítimo, contemplado en el art. 6.1.e del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) como prestación incluida en la materia de marina mercante (51).

El artículo 264 TRLPEMM regula esta cuestión, con su reparto competencial y prevé un conjunto de planes y programas.

La Ley que incorporó esta cuestión, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, fue objeto de la trascendente STC 40/1998, de 19 de febrero, en la, entre otras muchas cuestiones, se resuelven los recursos planteados por varias CCAA contra los preceptos sobre salvamento marítimo por invadir competencias autonómicas de seguridad pública y protección civil. El Alto Tribunal solventó el conflicto en el FJ 51 de su sentencia afirmando que el salvamento marítimo es marina mercante principalmente por los antecedentes históricos, y no procede ser materia de protección civil (52), lo que determina la competencia exclusiva legislativa del Estado conforme a su título del art. 149.1.20 CE.

La ejecución del salvamento marítimo, sin embargo, corresponde a las CCAA, y así se refleja en el art. 264.5 TRLPEMM, en todos los Estatutos de las CCAA rivera y lo reconoce la STC 40/1998 (FJ 52) (53). Sin

(51) El Convenio de Londres sobre Salvamento Marítimo de 28 de abril de 1989 obliga a todos los Estados parte a asegurar la ejecución eficaz y satisfactoria de las operaciones de salvamento encaminadas a salvar vidas humanas o bienes en peligro, así como a evitar daños al medio ambiente en general.

(52) El núcleo argumental es el siguiente: «de un lado, el salvamento marítimo ha estado históricamente vinculado con la noción de marina mercante —y, como antes se ha señalado, no es fácil establecer los límites precisos entre las competencias relativas a la seguridad en la navegación, a la seguridad marítima, a la seguridad de la vida humana en el mar y al salvamento marítimo, competencias todas ellas que se encuentran, evidentemente, en una estrecha relación— y que, en todo caso, las Comunidades Autónomas carecen de competencias legislativas sobre la materia» (STC 40/1998, FJ 51)

(53) Conviene destacar la STC 149/1991 y la STC 38/2002. Esta última dice: «(e)n el mar territorial excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, *salvamento marítimo*: arts. 17.6 y 11 EAAAnd) bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad (acuicul-

embargo, la realidad es que la prestación de este servicio de urgencia aún sigue en manos del Estado al no haber realizado la oportuna transferencia de medios y servicios a las CCAA. En estos momentos, la prestación la realiza el Estado a través de Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima(54), EPE de Fomento, regulada en los arts. 267 y ss TRLPEMM.

En suma, en lo que interesa destacar, el TC no considera las emergencias ordinarias marítimas incluidas en la materia de protección civil, y lo imbrica en la materia de marina mercante, aunque con especificidades en la faceta ejecutiva.

4.3. SALVAMENTO EN PLAYAS

Otro tipo de rescate de personas específicamente contemplado por la normativa sectorial es el que tiene lugar en las playas(55), tal y como contempla en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, con dos previsiones: en el art. 110.i se reserva a la Administración del Estado la elaboración y aprobación de las disposiciones sobre seguridad humana en lugares de baño y salvamento marítimo; y en el art. 115.d el Estado atribuye la competencia ejecutiva a los municipios, a los que les corresponde «vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas».

Por ello, y por otros motivos, varias CCAA presentaron recurso de inconstitucionalidad contra estos preceptos de la Ley de costas, alegando que, tanto el dictado de normas de seguridad humana en los lugares de baño como la observancia de las normas e instrucciones sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas, son competencias exclusivas

tura: STC 103/1989, de 8 de junio; ordenación del sector pesquero: STC 158/1986, de 11 de diciembre; marisqueo: STC 9/2001, de 18 de enero». La STS 13 de junio de 2006 (Rec. Núm. 2493/2001) confirma las competencias autonómicas en ejecución en relación con la impugnación a la Orden FOM/1634/2013, de 30 de agosto, por la que se aprueban las tarifas por los servicios prestados por la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.

(54) La STC 40/1998, FJ 55 señaló que esta entidad, conocida como SASEMAR, «no podrá ejercer sino aquellas funciones que correspondan al Estado —es decir, funciones de coordinación en la búsqueda, rescate y salvamento marítimo—, el precepto es también una norma de distribución de competencias en el seno de la organización estatal y, por ello, sin ninguna incidencia en el ámbito competencial de las CCAA».

(55) La Orden de 31 de julio de 1972 sobre normas para la seguridad humana en los lugares de baño especifica los tipos de playas estableciendo la siguiente clasificación: playas de uso prohibido, las que por razón de sus características supongan un riesgo para la vida humana; playas peligrosas, las que por razones permanentes o circunstanciales reúnan condiciones susceptibles de producir daño o amenaza inmediata a la vida humana; y playas libres, las no comprendidas en los apartados anteriores.

autonómicas en virtud del título de protección civil. Ello fue desestimado por la STC 149/1991, FJ 7.

Sobre la reserva normativa que se hace el Estado para las medidas de seguridad la argumentación del Alto Tribunal es la siguiente: «El Gobierno Vasco impugna también la atribución a la Administración del Estado de las facultades necesarias para la elaboración y aprobación de normas sobre seguridad humana en lugares de baño, que considera propia como inscribible dentro del ámbito de la protección civil. Es evidente, en efecto, que estas normas afectan directamente al uso común del dominio público, cuya regulación es competencia estatal, pero que, al mismo tiempo pueden encuadrarse, de acuerdo con su contenido, en el título que el Gobierno Vasco invoca. Ha de entenderse, por tanto, que se trata de *competencias concurrentes* y que las normas estatales han de ser entendidas como el mínimo indispensable, que la Comunidad Autónoma puede ampliar para mayor garantía de los usuarios. Entendido en estos términos, el precepto no es contrario a la Constitución» (FJ 7.A.i).

En cuanto a la atribución de competencias a los municipios señaló que «la previsión de esta competencia municipal, que ya figuraba en la Ley de Costas de 1969 (art. 17) y en disposiciones anteriores, no colide en modo alguno con la competencia autonómica en materia de protección civil, como ya hemos indicado al analizar la impugnación dirigida contra el párrafo i) del art. 110, y menos aún con la competencia de salvamento marítimo, cuyo ámbito propio está actualmente delimitado por la Ley 60/1962. Entendido en estos términos, el precepto no es contrario a la Constitución» (FJ 7.C).

El TC admite sin duda alguna que el salvamento en playas, donde tienen lugar emergencias claramente ordinarias, se inserta en la protección de civil pero también confluyen en el título de costas con el punto de conexión fijado en el dominio público (art. 132.2 CE).

Así, el TC validó que las emergencias ordinarias en las playas sean una cuestión en la que existen competencias concurrentes, y el reparto de la función normativa es la siguiente: el Estado puede dictar normativa básica sobre seguridad conforme a su título de costas, y las CCAA desarrollarán esta normativa amparadas en sus competencias sobre protección civil, pero siempre respetando la estatal. La función ejecutiva, tal y como avala el Alto Tribunal, corresponde a los municipios por decisión estatal amparada en su título de costas.

4.4. INCENDIOS FORESTALES

Otro tipo de emergencia ordinaria sectorial sobre la que han surgido conflictos competenciales es la de los incendios forestales, entendidos

como el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte, muchos de los cuales no activan planes de emergencia forestales. La liza se ha planteado entre las materias de protección civil y montes, esta última contemplada en el art. 149.1.23 CE, que otorga al Estado la competencia para dictar la legislación básica, y el desarrollo y ejecución corresponde a las CCAA.

El Estado ha dictado con carácter básico la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y varios preceptos se dedican a estos incendios. Según su art. 7.2.c, el Estado se reserva el dictado de directrices comunes sobre formación en materia de extinción y prevención de incendios, la normalización de los medios materiales y de los equipamientos, y el despliegue de medios estatales de apoyo a las comunidades autónomas. Junto a ello, el Capítulo III de la Ley estatal (arts. 43 a 50) desarrolla la normativa a este particular y, en lo que se refiere a la actuación en la urgencia, destacamos el art. 46 sobre la organización de la extinción de los incendios forestales, según el cual el Ministerio de Agricultura se arroga la competencia para, en colaboración con las Comunidades Autónomas, establecer las directrices comunes para la implantación de un sistema de gestión de emergencias común, la formación, preparación y equipamiento del personal y para la normalización de los medios materiales con el objetivo de facilitar la colaboración entre los dispositivos de extinción de incendios forestales.

Estos preceptos, y otros conexos, fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad por entender que la regulación de los incendios forestales «encaja de lleno en la regulación legal de la protección civil». La respuesta, a favor del Estado, vino de la mano de la STC 49/2013 (56).

Esta sentencia analiza las materias concurrentes en la regulación de las labores dirigidas a la extinción de incendios(57): «la finalidad de las normas impugnadas [arts. 46.2 y 47.1] es tanto la de prevención y supe- ración de una situación de grave riesgo o catástrofe, como la de protec- ción del monte cuya misma existencia se pone en riesgo por el incendio» (FJ 12). El análisis que hace el TC en este caso concluye que, sea por un título u otro, la regulación Estatal es conforme con el reparto competencial. Así, descarta identificar un título prevalente por ser indiferente a los efectos del reparto competencial.

(56) Se remite a ella la STC 45/2015, de forma colateral, con motivo del contenido mínimo que el Estado puede imponer con su normativa básica en otros títulos, en ese caso con el contenido de los planes de restauración minera.

(57) Una vez el monte está quemado, las medidas que contempla la normativa estatal se han integrado en materia de montes, frente a otros como medio ambiente o urbanismo, al entender el TC que van dirigidas a la protección de la masa forestal. Así, por ejemplo, la STC 97/2013.

Posteriormente, la STC 97/2013, de 23 de abril, volvió a analizar esta liza con motivo de la impugnación del art. 54 bis de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre en su redacción dada por la Ley 10/2006. La norma básica estatal de montes posibilitaba limitar el acceso a los montes de personas ajenas a la vigilancia, extinción y gestión en las zonas definidas en la Ley como de alto riesgo de incendio, cuando dicho riesgo lo aconseje. La Junta de Castilla y León recurrió el precepto afirmando que vulneraba su competencia autonómica en materia de «protección civil, incluyendo en todo caso la regulación, planificación y ejecución de medidas relativas a las emergencias y a la seguridad civil, así como la coordinación y formación de los servicios de protección civil, entre ellos los de prevención y extinción de incendios». El TC lo rechazó afirmando que es materia montes porque «resulta patente aquí la finalidad protectora de la previsión legal en relación con la prevención de los incendios forestales y, en consecuencia, con la protección de la masa forestal» (FJ 6), lo que no activa la seguridad pública. Además, subrayó que se conserva la capacidad autonómica de dictar normas de desarrollo.

En cualquier caso, la normativa básica estatal puntualiza que el órgano competente de la Comunidad Autónoma establecerá para la extinción de cada incendio, salvo en aquellos que se juzgue innecesario por su pequeña entidad, un mando unificado y estructurado por funciones, basado en los objetivos de eficacia y seguridad con un director o responsable técnico de la extinción (art. 47 Ley 43/2003). Aun cabe preguntarse si ese órgano de coordinación es el competente en materia de protección civil o de montes (58).

En cuanto a la ejecución, esta normativa ha creado un cuerpo específico para la extinción de este tipo de incendios, los denominados brigadistas, configurados por la normativa sectorial de montes, con atribuciones más directas para tal fin que los cuerpos de bomberos amparados por la normativa local. En algunos casos, son cuerpos creados por la normativa autonómica (caso de Valencia), aunque también se encuentran adscritos a TRAGSA y a entes instrumentales equivalentes a cada nivel institucional.

(58) En el caso vasco, por ejemplo, la LTH atribuye la competencia a los órganos forales. El Territorio Histórico de Bizkaia ha aprobado la Orden Foral de la diputada foral de Agricultura 5699/2012, de 11 de octubre, por la que se regula la prevención de incendios forestales en el Territorio Histórico de Bizkaia, y cuyo art. 4 afirma que «En los trabajos de extinción de incendios forestales, corresponde al Servicio de Montes de este Departamento de Agricultura realizar las labores de dirección en coordinación con el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento y la empresa pública Basalan, S.A.». Si bien la dirección de los efectivos antiincendios corresponde a los órganos forales vascos, la coordinación de toda la emergencia debe corresponder a protección civil en virtud de sus competencias de protección civil.

4.5. ACCIDENTES DE TRANSPORTES POR CARRETERA, FERROCARRIL Y AÉREOS

Dado que se estudian los accidentes, es indispensable reparar en los ocurridos en los transportes por carretera, ferrocarril y vía aérea, donde, aunque la normativa no regular la intervención en sí, se encuentran interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En la normativa sobre seguridad vial, entre los numerosos los protocolos y estudios aprobados, no se ha localizado preceptos específicos dirigidos a regular la prestación del servicio de emergencia en carretera. Su foco se dirige a la importancia de la correcta elaboración de las estadísticas de estos siniestros(59), en cuanto el instrumento que permitirá disponer de la información necesaria para determinar las causas y circunstancias en que se han producido los accidentes de tráfico, así como las consecuencias de estos.

Aun así, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre el particular. La STC 118/1996, que resuelve la impugnación por la Generalitat de Cataluña de la regulación de la coordinación del sistema de transportes con las necesidades de la defensa y protección civil que contenía el art. 31 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, declaró que la elaboración y aprobación de los planes de intervención en emergencias que puedan afectar al transporte terrestre por carretera es materia de protección civil de competencia autonómica y anuló la reserva al Estado de esta función (FJ 21).

Interesa destacar aquí la STC 2/1993, de 14 de enero (FJ 6), según la cual la regulación de transporte de mercancías peligrosas no se incluye en el ámbito de protección civil, ya que el supuesto genérico de aplicación de la norma no es hacer frente a los accidentes, sino regular la prevención. Ello encaja con que, conforme a la doctrina antes señalada sobre la protección civil, las medidas de seguridad vial en sí mismas, en cuanto dirigidas a la prevención y no a la intervención en la urgencia, no corresponden a la protección civil. En sentido similar se pronunció la STC 203/1992 en relación al encaje competencial de las normas técnicas de construcción del cisternas para productos peligrosos, acordando que encuentra su acomodo en la materia de industria: «la actividad técnica de contrastación limitada a comprobar si un producto industrial cumple los requisitos técnicos exigidos por la normativa aplicable (...) corresponde a la materia de industria aunque sus efectos pueden incidir en el transporte o en la seguridad vial» (FJ 2).

(59) Orden INT/2223/2014, de 27 de octubre, por la que se regula la Comunicación de la información al registro nacional de víctimas de accidentes de tráfico. Los arts. 5.º) y 6 del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, atribuyen al Ministerio del Interior la competencia para la coordinación de la estadística y la investigación de accidentes de tráfico, competencia que será ejercida a través del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico.

La normativa de ferrocarril tampoco repara en la prestación del servicio de asistencia urgente, y se fija en proteger a los familiares(60), la identificación de víctimas(61) y a garantizar que las comisiones de investigación puedan trabajar para analizar las causas que motivaron los incendios. Cabe destacar, sin más efectos, un conflicto constitucional en relación con un plan de contingencias previsto en el art. 34.1 de la derogada Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario y cuya elaboración se atribuía al Estado. La STC 245/2012 desestimó *a limine* esta cuestión (FJ 25.c) porque no se alegó razón alguna que justificase esta vulneración. Hoy en día la vigente Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario mantiene esta redacción en su art. 37.1, si bien, aplicando la misma doctrina prevista para el transporte de carretera, la competencia debiera cobijarse en materia de protección civil.

No cabe duda de que una de las principales preocupaciones de la normativa aeronáutica, de origen fundamentalmente internacional, es la seguridad aérea, de nuevo en la faceta preventiva y, consecuentemente, de encaje en la materia de navegación aérea(62). Esta normativa aeronáutica, al igual que en las otras modalidades de transporte, no repara tanto en la respuesta directa ante los accidentes como en otros aspectos colaterales: la regulación de la investigación técnica que se desarrollará ante los mismos(63), los planes de asistencia a víctimas y familiares dirigidos a proveer asistencia personal y la máxima información posible, el respeto a su dignidad y la de sus víctimas en los momentos posteriores a un accidente aéreo(64), o aspecto relativos a indemnizaciones.

(60) Puede destacarse aquí el art. 63 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario sobre asistencia integral a los afectados por accidentes ferroviarios, en cuya virtud las víctimas de los accidentes que se produzcan en el ámbito del transporte ferroviario de competencia estatal y sus familiares tendrán derecho a una asistencia integral que garantice una adecuada atención y apoyo, en los términos que se determinen reglamentariamente. Además, el mismo precepto obliga al Estado a elaborar para sus vías un plan de asistencia a las víctimas y a sus familiares en caso de accidente ferroviario.

(61) Sobre la identificación de las víctimas ha dictado el Real Decreto 32/2009 de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples.

(62) Un reflejo de esta preocupación se localiza en el Convenio Sobre Aviación Civil Internacional (1994), o Convenio de Chicago, cuyo Anexo 14, capítulo 9.2.1 obliga a que «se proporcionarán servicios y equipo de salvamento y de extinción de incendios en el aeródromo», para cuyo cumplimiento se han creado en España 48 Servicios de Bomberos aeroportuarios dependientes de AENA.

(63) Real Decreto 389/1998 de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil.

(64) Real Decreto 632/2013 de 2 de agosto, de asistencia a las víctimas de accidentes de la aviación civil y sus familiares y por el que se modifica el Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes de aviación civil. En particular, el art. 6 de la Resolución de 14 de mayo de 2014, de la Subsecretaría, por la que se aprueba el Protocolo de Coordinación para la asistencia a las víctimas de accidentes de aviación civil y sus familiares.

La navegación aérea es título exclusivo del Estado, conforme al art. 149.1.20 CE. La norma de cabecera es la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, cuyo art. 134 establece que «la asistencia y salvamento de las aeronaves accidentadas o en peligro son de interés público. Se efectuarán bajo la dirección de las autoridades aeronáuticas, a quienes corresponderá también la investigación y determinación de responsabilidades en los casos de accidentes». Esta cuestión no ha sido debatida ante el TC, y viene a establecer que compete a las autoridades estatales aeronáuticas la coordinación ante este tipo de accidentes, ciertamente de muchos de ellos de interés nacional y que suelen afectar a un colectivo de personas, pero también otros de pequeñas dimensiones con pocas personas afectadas. Parece, de su tenor, que desplaza así a la coordinación por protección civil.

4.6. ACCIDENTES EN DETERMINADOS LUGARES O ACTIVIDADES

Alguna normativa específica contempla reglas especiales orientadas a la intervención en emergencias en determinados lugares o ante actividades concretas (65).

Así sucede en los puertos, donde el art. 106 TRLPEMM obliga a las Autoridades Portuarias a prestar en la zona de servicio del puerto «los servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación». Aquí, la figura destacada es el Capitán marítimo(66), quien, según el art. 266.4.g TRLPEMM, ejerce las funciones relativa a la seguridad marítima. Contempla la normativa marítima(67) el deber genérico de la Capitanía Marítima de coordinarse con la autoridad u organización portuaria correspondiente, tanto en los puertos de interés general como en los puertos de competen-

(65) Se trata de lugares en los que la accidentabilidad tiene tales consecuencias sobre la vida y seguridad que la normativa básica de protección civil compele a disponer de planes de autoprotección. Así se contempla en el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia, e incluye en su ámbito de aplicación a lugares de almacenamiento de ciertos productos, túneles, puertos y aeropuertos, ferrocarriles o actividades de espectáculos públicos.

(66) Real Decreto 638/2007, de 18 de mayo, por el que se regulan las Capitanías Marítimas y los Distritos Marítimos.

(67) Real Decreto 62/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de las condiciones de seguridad marítima, de la navegación y de la vida humana en la mar aplicables a las concentraciones náuticas de carácter conmemorativo y pruebas náutico-deportivas o Real Decreto 638/2007, de 18 de mayo, por el que se regulan las Capitanías Marítimas y los Distritos Marítimos.

cia autonómica. En todo caso, se designa a la Comisión Nacional de Salvamento Marítimo como coordinador de las emergencias en puertos.

También observamos algunas normas especiales en el salvamento en las minas. El Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera dedica su Capítulo III a las medidas de salvamento. Su art. 17 dispone que los trabajos de salvamento y la ejecución de las labores necesarias se dispondrán por la Dirección facultativa de la mina, con el objetivo de evitar nuevos peligros, y dando cuenta de ello a la autoridad competente. Además, en caso de necesidad, las autoridades provinciales o locales podrán recabar de las minas o industrias próximas toda clase de medios en personal y material, así como los servicios de los técnicos mineros y sanitarios que se encuentren en algún punto cercano al suceso. Por su parte, el art. 18 establece que el jefe de la estación de salvamento será un técnico titulado de minas, y que este y sus componentes deberán ser personas de acreditada experiencia minera y en número suficiente para garantizar su trabajo en forma continua.

Un último ejemplo lo encontramos en las plataformas marinas de hidrocarburos, reguladas por el Real Decreto 1339/2018, de 29 de octubre, de seguridad en la investigación y explotación de hidrocarburos en el medio marino. Aunque tiene por objeto prevenir accidentes graves y limitar sus consecuencias, con objeto de alcanzar un alto grado de protección para las personas, los bienes y el medioambiente, prevé la elaboración de planes internos y externos de emergencia que, aplicando lo dicho por el TC para la materia de carreteras (STC 118/1996, FJ 21) y de planeamiento hidrológico (STC 227/1988, FJ 20.e), debieran integrarse en materia de protección civil (68).

5. Otras remisiones legales a las emergencias

Para finalizar, ha de completarse este repaso al panorama del derecho actual ante estas emergencias ordinarias con una referencia al Derecho de la Unión Europea y con una rápida comprobación a cómo se refieren otras normas internas a las emergencias.

En el Derecho de la Unión Europea (69), la protección civil se identifica únicamente con nuestras emergencias extraordinarias. Así se deduce del

(68) Esta norma no se fundamenta en seguridad pública ni en protección civil, e invoca las reglas 13.ª, 18.ª, 20.ª y 25.ª del artículo 149.1 de la Constitución.

(69) También es de tener en cuenta el derecho internacional. Por ejemplo, el Reino de España tiene suscrito con la República Francesa un convenio para la prestación mutua de ayuda de emergencias (*BOE* núm. 61, 13 marzo 2017).

art. 6.f TFUE cuando señala que la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en protección civil, y en cuyo desarrollo el art. 196 TFUE remite meramente a las «catástrofes naturales o de origen humano».

A la misma conclusión se llega al estudiar el mecanismo europeo de protección civil (70) configurado en la Decisión 1313/2013/UE (71), y que, según sus términos, «cubrirá sobre todo a las personas, pero también al medio ambiente y los bienes, incluido el patrimonio cultural, frente a todo tipo de catástrofes naturales y de origen humano, incluidas las consecuencias de los actos de terrorismo, las catástrofes de carácter tecnológico, radiológico o medioambiental, la contaminación marina y las emergencias sanitarias graves que se produzcan dentro o fuera de la Unión».

El TJUE tuvo que ocuparse de la diferente naturaleza de las emergencias ordinarias y extraordinarias cuando tuvo que definir los servicios de «protección civil» en cuanto que excluidos de la aplicación de la Directiva marco laboral 89/391/CEE, tal y como así lo señala su art. 2.2. La cuestión que se suscitó consistía en determinar si el límite máximo de 48 horas de tiempo de trabajo semanal previsto en el art. 6.2 de la Directiva 93/104 sobre ordenación del tiempo de trabajo era aplicable a los sanitarios de ambulancias —STUE de 5 de octubre de 2004 asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01— y a los bomberos —Auto TUE de 14 de julio de 2005 asunto C-52/04 (72)— o si ambos servicios de emergencias estaban excepcionados de su cumplimiento en virtud de la meritada Directiva marco laboral. Concluyó el TJUE que las emergencias ordinarias, a las que llama «actividades de socorro a heridos o enfermos», no pueden entenderse a estos efectos como protección civil. Al contrario, la exclusión prevista en la normativa de prevención de riesgos laborales hace referencia estricta-

(70) Cfr. el manual de la Comisión sobre este Mecanismo [en línea] disponible en <https://ec.europa.eu/echo/files/aid/countries/factsheets/thematic/civil_protection_es.pdf> [Consulta: abril de 2020].

(71) Decisión núm. 1313/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativa a un Mecanismo de Protección Civil de la Unión.

(72) La STUE asunto C-52/04 sobre los bomberos incide en que el concepto de protección civil va dirigido al «correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo» (F.53), «catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva» (F.54). No es de aplicación «aun cuando éstas se ejerzan por las fuerzas de intervención sobre el terreno, y poco importa que tengan por objeto combatir un incendio o prestar socorro de otra forma, dado que se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud» (F. 52).

tamente a las emergencias extraordinarias(73), a las que identifica como de «circunstancias de excepcional gravedad y magnitud» o «situaciones de grave riesgo colectivo».

Así, en el Derecho de la Unión el término de protección civil se refiere estrictamente a las emergencias catastróficas o extraordinarias, y en aquellos supuestos en los que quiere incluir otro tipo de emergencias emplea otros términos como el «urgencias», por ejemplo, en el caso de la Decisión del Consejo 91/396/CEE, de 29 de julio de 1991 (74), relativa a la creación del 112, norma europea de gran importancia en la gestión de las emergencias ordinarias por los Estados Miembros.

Si volvemos a nuestro ordenamiento jurídico interno, también encontramos menciones puntuales a la protección civil. Así, la normativa laboral (art. 3.2. de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales) las menciona en la transposición del Derecho de la Unión, pero también la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cita la protección civil entre las razones imperiosas de interés general (art. 3.11) de la que se vale la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado en su art. 5.1 para justificar el establecimiento de límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio. Un último ejemplo es el art. 28 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones por el que se habilita al Gobierno a imponer otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal a los operadores en situaciones de protección civil.

Otra normativa, sin embargo, ha hecho valer de otros términos. Por ejemplo, el art. 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ciñe la tramitación de urgencia a los «acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro»; la normativa de seguros se suele referir a «riesgos extraordinarios» (75); el art. 44 del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto (drones) es más permisiva «ante situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública». Otras añaden más adjetivos, como el art. 8.1.a de la Ley 21/2013,

(73) La razón es clara, según el TJUE: en situaciones de protección civil, «las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad (...) debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de las citadas Directivas, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores» (Auto TUE de 14 de julio de 2005 asunto C-52/04 F. 55).

(74) En su parte expositiva hace una amplia referencia a «emergencias o catástrofes», si bien tampoco menciona el concepto de «protección civil» la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre el servicio universal y el número de urgencia 112 (2010/2274(INI)) (2013/C 33 E/01).

(75) Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, así como las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros.

de 9 de diciembre, de evaluación ambiental al excluir de su ámbito a los planes y programas de «protección civil en casos de emergencia».

6. Conclusión

De lo hasta ahora comentado, se constata que el derecho positivo no aclara el encaje jurídico de las emergencias ordinarias en el ordenamiento jurídico. Los Estatutos de Autonomía de primera generación no realizaron ninguna referencia expresa a las emergencias, y la mención que a ellas hacen los de segunda generación no es uniforme ni de utilidad para construir una teoría, y solo se colige su íntima conexión con la protección civil. Así, para localizar la regulación de las emergencias ordinarias se ha de acudir a, por un lado, a la normativa de protección civil, tradicionalmente dedicada a las emergencias extraordinarias, y por otro, a las normas sectoriales.

En ese primer bloque de protección civil, ocupa una posición medular la ley estatal básica, la LSNPC, cuyo articulado se dirige en exclusiva a las emergencias extraordinarias, salvo muy escasas menciones a las ordinarias, prácticamente restringidas al 1 LSNPC y art. 17 LSNPC, y tan imprecisas que admiten varias interpretaciones. Por su parte, las legislaciones autonómicas de protección civil regulan las emergencias ordinarias, aunque, a la hora de justificar su título, acuden a distintos motivos, no siempre basados en sus competencias de protección civil y muy apoyados en sus competencias sectoriales.

Este segundo bloque normativo está formado por unos pocos preceptos dedicados a la respuesta a emergencias ordinarias intercalados en los textos de muchas normas sectoriales como son la sanitaria, salvamento marítimo, costas o montes, con los que los legisladores asumen la prestación de servicios para atender la intervención urgente en siniestros en su giro, acompañadas en ocasiones de aspectos puntuales de coordinación, directrices e incluso de dirección de estas emergencias.

El TC ha tenido que intervenir en numerosas ocasiones para resolver conflictos sobre la titularidad competencial respecto a emergencias y lo ha hecho desde ambos bloques normativos. Su doctrina sobre protección civil y emergencias ordinarias se encuentra en las STC 155/2013 y 58/2017, y el Alto Tribunal no alberga dudas: en cuanto a su encaje, las emergencias ordinarias «encuentran un acomodo natural» en la protección civil, si bien se ha visto que el Derecho de la Unión europea no comparte este criterio; y, sobre el reparto competencial, reconoce al Estado competencias para dictar directrices de coordinación.

Esta afirmación tan tajante del Alto Tribunal se deslava, sin embargo, en la jurisprudencia dictada sobre normas sectoriales que re-

gulan disposiciones aplicables a emergencias ordinarias, para las que abraza tres alternativas: en algunos casos afirma que ciertas actividades del servicio operativo de salvamento o rescate se insertan exclusivamente en la materia sectorial, y así ocurre en las actuaciones sanitarias de urgencia, que son materia sanidad del art. 149.1.16 CE (STC 98/2004, FJ 5), y en las de salvamento marítimo que corresponden a la materia de marina mercante del art. 149.1.20 CE (STC 40/1998, FJ 51). Un segundo grupo de sentencias admiten la concurrencia de dos materias en estos casos, la de protección civil, por un lado, y la sectorial correspondiente, y así lo afirman para el salvamento en playas —materia de costas del art. 149.1.20 CE (STC 149/1999, FJ 7.A.i)— o los incendios forestales —montes del art. 149.1.23 CE (STC 49/2013, FJ 12)—. El último grupo lo inserta exclusivamente en la protección civil dado que entiende van directamente dirigidas a la protección de personas y bienes, como ocurre con los planes de intervención en emergencias de accidentes de carretera (STC 118/1996, FJ 20), por ejemplo, que rechaza sea seguridad vial de tráfico del art. 149.1.21 CE.

Hasta aquí una descripción del confuso marco jurídico actual en el que se desenvuelven las emergencias ordinarias. A continuación, se presenta una propuesta que, en un intento de poner, presenta una disciplina propia del derecho de emergencias ordinarias, con un ámbito diferente de la protección civil y de las competencias de las normas sectoriales, con un contenido específico dirigido a la garantía de una respuesta eficaz en todo caso y a la coordinación de los servicios de emergencia.

IV. Una propuesta para crear un derecho de emergencias ordinarias

Se parte de la premisa, descrita por ISTURITZ, de que es necesario un cambio de paradigma⁽⁷⁶⁾ que transita desde la protección civil hacia la atención de emergencias. Derechos más avanzados que el nuestro han seguido esta senda en lo que han denominado el «derecho de gestión de emergencias» o «derecho de atención de emergencias».

En este nuevo paradigma se ha de contemplar un régimen jurídico específico para las emergencias ordinarias con un ámbito y unas funciones concretas. Ello exige, por un lado, diferenciarlo del derecho de protección civil, dirigido a dar respuesta a las emergencias extraordinarias, y por el otro, desligarse de las materias sectoriales, responsables de prestar materialmente los servicios de atención emergencias en sus ámbitos.

(76) Al respecto, nos remitimos totalmente a al trabajo de ISTURITZ, José Julián, «De la protección civil a la atención de emergencias: nueva visión», en *Cuadernos de seguridad*, núm. 329, enero de 2018, págs. 74 a 78.

Este derecho ante las emergencias ordinarias requiere de un marco jurídico propio, bien definido, y de la identificación de su objeto y normas de reparto competencial, tal y como se apunta a continuación.

1. Ámbito

Este régimen jurídico de las emergencias ordinarias iría dirigido a garantizar y coordinar la respuesta pública ante eventos súbitos de carácter no colectivo que pongan en peligro inminente a personas o bienes. Desplegaría así sus efectos exclusivamente para la fase de intervención, mientras que competirían en exclusiva al derecho sectorial las fases de preparación, prevención y restauración (77).

Su ámbito y objeto se diferenciarían de la protección civil y de las normativas sectoriales.

Las emergencias extraordinarias, y solo estas, serán objeto de la materia de protección civil, conforme a su tradicional construcción (78). Aquí se acomodarán los eventos para cuya resolución se prevé jurídicamente precisa una intervención restrictiva de derechos e imposición de obligaciones extraordinarias o una alteración del régimen competencial, lo que se justifica cuando el siniestro afecta a una colectividad, siguiendo así el criterio actualmente empleado por la LSNPC. Las restantes emergencias son objeto del derecho de emergencias ordinarias. Este concepto jurídico indeterminado de «afectación colectiva» deberá ser concretado en cada tipo de evento, lugar y momento en los planes de emergencia de protección civil con la ayuda de los planes de emergencias ordinarias, como antes se ha comentado.

Por otro lado, también se ha de fijar el ámbito de este derecho de emergencias ordinarias respecto del concernido a las materias sectoriales. Aquí, como bien recuerda constantemente la doctrina constitucional, es fuerte su enlace entre ambos, pero disponemos de reglas para identi-

(77) A diferencia del derecho de protección civil, que sí asume ciertas funciones en estas fases para las emergencias extraordinarias.

(78) Así entiende el órgano experto estatal, la Escuela Nacional de Protección Civil, y en su manual afirma que «la protección civil es un servicio público que se orienta al estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo colectivo, catástrofe extraordinaria o calamidad pública en las que pueda peligrar de forma masiva la vida e integridad de las personas y a la propia protección de éstas, sus bienes y el medio ambiente en los casos en que aquellas situaciones se produzcan». Para que no haya dudas, aclara que «las actuaciones de protección civil no se limitan a meros o simples accidentes ordinarios —entendiendo por éstos aquellos que pueden ser solventados por los servicios de emergencia con los medios habitualmente disponibles—, sino que se encaminan a la intervención en las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública». *Cfr. Introducción al Sistema Español de Protección Civil... op. cit.*, págs. 8-9.

ficar las materias prevalentes(79), a cuyo fin se propone aquí el siguiente canon: el derecho de emergencias tiene por función garantizar y coordinar la respuesta a la emergencia, mientras que la prestación del servicio de ayuda corresponde a las administraciones sectoriales.

La misión del derecho de emergencias ordinarias consistiría, por tanto, en garantizar la efectiva coordinación de todos los servicios de emergencia (lo que la LSNPC llama «sistema») para dar una respuesta eficaz a la demanda de ayuda, pero, al igual que ocurre con la protección civil, no le corresponde crear servicios operativos públicos *ex novo*, ni regular la actividad propia y específica de los preexistentes, salvo para garantizar su trabajo armónico. Entre sus funciones se incluye, por la clara finalidad de coordinar, la planificación de la respuesta conjunta de todos los servicios, de ahí que se consideren muy acertadas las decisiones de expulsar los planes en emergencias viales de la materia de carreteras (STC 118/1996) o los planes hidrológicos de la materia de aguas (STC 227/1988, FJ 20.e), y llevarlos a materia de emergencias. Este criterio debiera seguirse en todos los accidentes, incluidos en transportes de ferrocarril o aéreo (80).

Por el otro lado, el legislador sectorial ha de encargarse de la respuesta material ante los siniestros de su ámbito competencial(81), esto es, la prestación más directa del servicio de auxilio a la ciudadanía, lo que incluye la creación de servicios de emergencia expertos en su ámbito cuando lo crea necesario.

Coincidimos así con la doctrina constitucional que no ha dudado (aunque más cierto es que no se ha puesto en cuestión) que es materia de sanidad la atención sanitaria extrahospitalaria *in situ* y el traslado a centro hospitalario útil. En el mismo sentido, en esta ocasión en el título de se-

(79) Estas normas están sintetizadas por la STC 175/2011, FJ 3, en las tres reglas que sigue el Alto Tribunal para dilucidar la materia prevalente, y que se fijan «tanto el sentido o finalidad de los varios títulos competenciales y estatutarios, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto, es decir, el contenido del precepto controvertido, delimitando así la regla competencial aplicable al caso», y después en «la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica». Aun así, reconoce que no son criterios absolutos y que en ciertos sectores el solapamiento es consustancial, y así dice, por todas en la STC 26/2016, lo siguiente: «ante la posible concurrencia de dos títulos competenciales del Estado procede, en principio, identificar un título prevalente que, por regla general, es el más específico», si bien, no cabe descartar, «pues así lo hemos admitido ocasionalmente (entre otras, SSTC 81/2012, de 18 de abril, y 120/2012, de 5 de junio), que, en función de la naturaleza de los títulos concurrentes o del contenido de la regulación, quepa entender que diversos títulos competenciales confluyen o incluso se solapan y son, por tanto, indistinta o simultáneamente invocables por el Estado» (FJ 6).

(80) Como antes se ha señalado, estas normas sectoriales se atribuyen la coordinación y planificación de siniestros en su ámbito, cuando ello bien debiera integrarse en la competencia de gestión de emergencias. Así, por ejemplo, el art. 37.1 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario o el art. 134 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea.

(81) Esta capacidad normativa deberá reparar en los principios de buena regulación, con especial atención a evitar la duplicación de servicios.

guridad pública estricta, corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado el ejercicio de las funciones de seguridad atribuidas por el art. 11.1 LOFCS, entre las que se encuentra la de auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.

Por el contrario, en coherente aplicación de ese criterio, se discrepan de los argumentos del TC en sus decisiones sobre incendios forestales y salvamento marítimo, por unos motivos, y sobre salvamento en playas, por otros distintos.

En la categoría especial de incendios forestales (el resto de incendios correspondería a materia local porque así lo señala la LBRL), si bien la STC 49/2013 no se decantó entre la materia de montes y protección civil o, en nuestro caso, derecho de emergencias ordinario, debiera prevalecer el título de montes para la creación del servicio experto y su regulación técnica, dado que su función principal será proteger, desde luego las vidas humanas, pero también la masa forestal ante una de sus mayores agresiones a este medio, el mismo criterio que aplicó en la STC 97/2013. Quedaría en el ámbito del derecho de emergencias los aspectos relativos a la dirección global del siniestro, ya que trata de coordinar los diversos servicios actuantes cuando así sea preciso.

En relación con el rescate marítimo coincidimos en su inserción en marina mercante, pero no por los antecedentes históricos que invoca las STC 40/1998, sino por ser este el legislador sectorial competente para la seguridad de la navegación y de la vida humana en la mar (art. 6.1.c TRLPMM), a quienes va dirigida particularmente la ayuda cuando ocurran eventos de urgencia. La creación de un servicio específico de salvamento marítimo se inserta en el ámbito propio de su competencia, ya que el legislador sectorial así lo considera preciso.

También se cuestiona la decisión tomada por el legislador estatal y avalada por la STC 149/1991 (82) en relación con el rescate de playas. El TC determinó que existe aquí una concurrencia entre costas —recordemos que el punto de conexión reside en la titularidad estatal del dominio público marítimo terrestre— y protección civil, con lo que validó que el Estado señale a los Ayuntamientos como responsables de la ejecución del rescate en playas en virtud de su título sobre costas (art. 115.d LC). También consideró que se respetaba la competencia autonómica sobre protección civil siempre que las CCAA pudieran dictar normativa de desarrollo de las básica, mor del título de costas, disposiciones sobre seguridad que dictase el Estado (art. 110.i LC).

(82) ARANA GARCÍA, Estanislao, «La vigilancia, auxilio y salvamento en las playas: una competencia discutida», en *REDA* núm. 112, 2001, págs. 533-552. No obstante, la decisión de adjudicar la competencia a los Ayuntamientos es criticada desde diversos sectores por razones de oportunidad.

Se ha de empezar cuestionando el punto de conexión aplicado en este caso, ya que en otras materias, como medio ambiente, se ha fijado que el dominio público no es título atributivo de competencias (SSTC 227/88, 149/91, 102/95, 195/98 o 91/02).

Además, los términos empleados por el TC en su sentencia habilitan al legislador de costas no solo a atribuir la función del rescate en un ámbito concreto a una entidad determinada, sino que abre la posibilidad a que aquel señale la entidad responsable que desee para el rescate para cada una de las actividades humanas que se desarrollan en la franja costera. Es decir, lo que ha hecho en las playas para los Ayuntamientos, puede aplicarse para cualquier otra entidad en todo o parte el dominio público marítimo terrestre, tanto la fase terrestre (senderismo, BBT, rescates en acantilados), como la acuática (buceo, navegación costera, surf). Ello conlleva admitir una libertad absoluta del legislador sectorial de costas para encomendar la ejecución de distintos tipos de rescate a distintas administraciones, las que tenga por conveniente en cada caso, que deberán realizarlas sin medios económicos estatales.

Sin embargo, la principal crítica a esta decisión reside en que la finalidad de la normativa de costas es la protección de las playas y demás dominio público marítimo terrestre, lo que le habilita para determinar el régimen de usos preciso a tal fin, pero excede de su encomienda legal proteger la vida humana en el desarrollo de tales usos en este espacio. Tal es así que ni el art. 1 ni el art. 2 LC mencionan la seguridad humana de los usos que se hagan en ese medio. Debe insistirse aquí en que en los incendios forestales la premisa es otra, ya que es objeto de esta materia de montes proteger a la masa forestal de los incendios, por lo que en este caso esa lucha antiincendios está directamente relacionada la protección del monte, su objeto legal.

La coherencia, en nuestra opinión, exige diferenciar la protección del espacio físico (dominio público marítimo terrestre) que compete a la normativa de costas, con los usos que ahí se desarrollan y que se insertan en la materia correspondiente. Así, la protección de la vida humana en la realización de actividades acuáticas tiene mejor encaje en la marina mercante por ser título prevalente a tal fin (art. 6.1 TRLPEN), consecuencia de lo cual la ejecución competiría a las CCAA y el Estado se reserva la normativa. Desde luego, solo se podrán hacer usos acuáticos y bajo las condiciones que Costas determine para la mejor protección de los espacios costeros, pero la regulación del uso en sí mismo, y con el de su salvamento, excede de su ámbito. De forma natural, además, corresponde a la marina mercante el dictado de la normativa que regula la navegación y la seguridad de la vida humana en las aguas interiores (arts. 8 y 263.a TRLEPMM), incluida la señalización (art. 137.1.e TRLEPMM).

En el ámbito terrestre, independientemente de la titularidad de los terrenos en los que haya que actuar con urgencia, se realiza aquí la propuesta de que sean las CCAA las competentes para la regulación y ejecución de las intervenciones de búsqueda salvamento y rescate que la normativa sectorial no haya reservado para sí. El título a tal fin se encuentra ínsito en el genérico deber de velar y garantizar los derechos y deberes fundamentales de las personas contenidos en los Estatutos de Autonomía, que incluyen el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud (83). Esta atribución autonómica también tiene su cobertura en el extenso título de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, pero conceptualmente no se ha de confundir con el derecho de emergencias ordinarias que sigue teniendo como misión garantizar la prestación de la ayuda solicitada de auxilio por los medios existentes y coordinar de todos estos servicios de emergencia a tal fin, autonómicos o no.

Esta competencia otorgaría a las CCAA no solo la facultad de crear u organizar los servicios de emergencia, sino también la obligación de prestar, y financiar, esa ayuda en todos los medios, lo que incluye el rescate de montaña, olvidado por el ordenamiento jurídico. Muchas CCAA están actuando así *de facto*, cuando atribuyen a los bomberos funciones más allá de las previstas en la LBRL en las normativas autonómicas de bomberos o cuando convenian o contratan la prestación del servicio de rescate de montaña, por ejemplo. Aquí, debiera reconducirse también el rescate en la fase terrestre de las playas, como responsabilidad de las CCAA.

A estos casos específicos en los que ha reparado el legislador sectorial, hay que incluir el servicio de bomberos, estudiado por BARCELONA LLOPS (84), del que únicamente se deja aquí apuntado que se trata de un servicio que deben crear los entes locales para la prestación obligatoria, mor del art. 26 LBRL, de sus competencias propias del art. 25.2.f LBRL, por lo que su origen es la normativa básica municipal (85).

2. Contenido

Así diferenciada de la protección civil y de las materias sectoriales, el contenido de este derecho de las emergencias ordinarias incluiría entre sus funciones principales (86) las siguientes: dictar directrices y bases de

(83) Art. 9.2.a EAPV, art. 4.1 EACat, art. 4.2 EAGal o art. 9.2 EAAst, por citar algunos.

(84) BARCELONA LLOP, Javier, «Las atribuciones de los municipios en materia de protección civil».

(85) Sirva aquí de ejemplo la Ley 1/2013, de 7 de marzo, de Regulación y Coordinación de los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento de Aragón.

(86) También se incluiría aquí la regulación de la figura del voluntariado, claramente subordinado a los servicios profesionales. Aunque su papel es más trascendente en las emergencias extraordina-

aplicación común para la efectiva coordinación de todos los servicios de emergencias cuando así considere preciso; elaborar planes o protocolos de respuesta ante estas demandas ciudadanas de ayuda urgente; centralizar todas las llamadas de emergencia en el número único 112; o dirigir y coordinar los efectivos de intervención las emergencias ordinarias más complejas. De forma sumaria, se apuntan a continuación las principales líneas de estos contenidos.

El TC admite que la normativa sectorial dicte directrices y bases para la coordinación de los servicios de emergencia en cada una de sus materias específicas(87), y así se prevé en la normativa para los servicios de extinción de incendios forestales (arts. 43 a 50 ley estatal de montes) o salvamento de playas (art. 110.i Ley costas). La normativa de emergencias también estaría amparada para dictar directrices y bases dirigidas a lograr la coordinación y actuación conjunta y eficaz de todos los servicios de emergencia en dos escalas: para las emergencias extraordinarias, la protección civil, y en nuestra interpretación a eso se dirige exclusivamente el art. 17.4 LSPC; y para las emergencias ordinarias, esta disciplina específica que aquí nos ocupa. Así lo ampara en cualquier caso la STC 58/2017 en virtud del principio constitucional de coordinación.

Una segunda función esencial para lograr una respuesta ordenada y eficaz a las emergencias ordinarias es la elaboración de instrumentos de planificación que ya han previsto casi todas las CCAA con distintos nombres (88): tácticas operativas en el País Vasco; en Navarra, Valencia y Cantabria, protocolos operativos; en Baleares, protocolos operativos estándares; en La Rioja, procedimientos operativos; en Andalucía, protocolos de coordinación operativa; o en Castilla y León, procedimientos de actuación. Estos instrumentos tienen por misión preparar la mejor respuesta ante las distintas tipologías de accidentes, prever escenarios de respuesta, organizar recursos y otras medidas de previsión para garantizar la eficaz resolución de la ayuda, sin que puedan servir como

rias, el voluntariado desempeña útiles tareas en ámbitos urgentes ordinarios que requieren de muchos efectivos, como la búsqueda en montaña. En este caso, el derecho general del voluntariado reconoce la *vis* atractiva de su regulación al derecho de emergencia, y así la Disposición Adicional Primera de la Ley 45/2014, de 14 de octubre, del voluntariado estatal.

(87) Muy interesante al respecto la STSJMad de 1 de abril de 2005 (Rec. núm. 2006/2003) cuando anuló preceptos de la norma de bomberos madrileña por regular aspectos técnicos de forma diferente a la prevista en la normativa estatal.

(88) Art. 42 del Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias; art. 43 de Ley Foral 8/2005, de 1 de julio, de protección civil y atención de emergencias de Navarra, art. 26 de la ley valenciana y art. 28.3 Ley cántabra; art. 26 de ley de Illes Balears; art. 23 Ley de la Rioja; art. 33 de la ley andaluza; art. 61 a 69 de la Ley de Castilla y León, todas ellas de protección civil.

atribución o reparto de competencias entre las distintas administraciones (89).

Una función ejecutiva de este derecho de emergencia es la centralización de todas las peticiones de ayuda en el número de llamada de urgencia único europeo 112 creado a instancias europeas por la Decisión del Consejo 91/396/CEE, de 29 de julio de 1991. Ya el art. 17.2 LSNCP prevé su funcionalidad en las emergencias de interés general y en los planes de emergencia autonómicos. Como así señaló la célebre STC 123/1984, compete a las CCAA la gestión de esa centralización de las llamadas de emergencia (90), que incluye los deberes de información de todos los servicios para la comprobación de cómo se han movilizado los medios disponibles, así como seguir la operación hasta el final, evitar el desconcierto, el despliegue excesivo de fuerzas y la reiteración de avisos.

La última de estas funciones en este listado no exhaustivo del contenido derecho de las emergencias ordinarias se encuentra la de dirigir y coordinar los efectivos de intervención en las emergencias ordinarias más complejas. Esta función precisa de la diferenciación de las dos tipologías de emergencias ordinarias que realiza el art. 17.2 LSNCP y muchas CCAA respaldan: aquellas, más sencillas, en las que solo va a actuar un servicio de emergencias, que puntualmente pueden requerir el apoyo experto de otros; y otras, más complejas, en las que intervendrán activamente varios servicios que han de coordinarse. Pues bien, en estas segundas se despliegan poderes de coordinación a favor de la disciplina que emergencias, que suponen atribuciones de dirección en los términos contemplados en la STC 111/2012 (91). Esta coordinación de las emergencias complejas se realizará bien a través de los centros de coordinación 112, bien mediante un cuerpo experto de técnicos de emergencias ya creado por las CCAA. Algunas normativas sectoriales se atribuyen esta función de dirección de emergencias complejas, como se ha visto antes en relación con la materia de puertos o minas, y deben criticarse desde nuestro punto de vista, ya que no debieran prevalecer sobre esta normativa experta en coordinación de emergencias.

(89) Las tácticas operativas vascas en su última modificación atribuyen a los SEIPS de las Diputaciones Forales el rescate en montaña de forma indiferenciada con el servicio autonómico de rescate que se ha confiado a la Ertzaintza.

(90) Entonces el número que centralizaba todas las llamadas era el 088.

(91) Así, la STC 111/2012: «La coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado (SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 20 f); y 118/1996, de 27 de junio, FJ 66), y es claro que “el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados” (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 13), evitando interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 31)».

3. Régimen competencial

El ámbito de la materia de seguridad pública configurado por el TC es tan amplio (STC 184/2016, FJ 3) que no pueden escapar a su influencia ni el derecho de protección civil ni esta propuesta de disciplina específica para las emergencias ordinarias. Ahora bien, ambas disciplinas debieran diferenciarse entre sí como dos submaterias, adecuadamente coordinadas, de la más amplia de gestión de emergencias o atención de emergencias, cada una con sus normas de reparto competencial.

Esta tarea del reparto competencial entre Estado y CCAA para las emergencias ordinarias ya se ha realizado por el TC en los términos antes señalados. En su aplicación concreta a las funciones aquí señaladas, se traducen en que el Estado puede dictar normativa básica dirigida a lograr la efectiva coordinación de todos los servicios de emergencias en términos tales que no agoten su desarrollo por las CCAA. Estas medidas, en todo caso, han de ser coherentes por un lado con las de protección civil y por el otro con las de normativa sectorial para cada uno de los servicios, formando, a las tres escalas, un todo coherente.

En relación con la planificación, debe recordarse que la STC 118/1996, FJ 21 determinó que los planes de emergencias en carreteras competían en exclusiva a las CCAA, lo que debe extenderse a toda la planificación de emergencias ordinarias. A pesar de esta exclusiva competencia autonómica para elaboración y aprobación de estos planes, el Estado ostentaría la facultad de dictar directrices comunes en la elaboración de esta planificación, restringida a la intervención necesaria para la coordinación de todos los instrumentos autonómicos conforme a su título sobre seguridad pública (STC 40/1998, FFJJ 52 y 53).

Todas las demás tareas, especialmente las ejecutivas, competen en exclusiva a las CCAA, salvo que confluyan criterios supraautonómicos (recuérdese el caso del túnel de Pertús), lo que deberá de interpretarse restrictivamente.

V. Conclusiones

Cada año millones de ciudadanos demandan el auxilio urgente de las Administraciones Públicas ante eventos que súbitamente ponen en peligro sus vidas o bienes, a cuya respuesta acuden policías, bomberos, sanitarios en ambulancias o rescatadores de mar o montaña. Los poderes públicos mantienen todo un elenco de servicios capacitados y dotados de medios a tal fin, pero no es suficiente con eso: ha de garantizarse que todos ellos actúan como un sistema, bien coordinados. Una disciplina jurídica diferente de estas sectoriales asume esta función.

Paralelamente, y desde una perspectiva jurídica, procede diferenciar dos tipos de demandas de ayuda. Por un lado, se encuentran las emergencias muy graves, que ponen en peligro a todo un colectivo, en cuyo caso está constitucionalmente justificado atribuir poderes exorbitantes a los servicios actuantes, restringir los derechos de los ciudadanos, imponerles obligaciones extraordinarias e incluso alterar el orden competencial, todo ello temporalmente para la mejor resolución del evento. Por el otro, se encuentran las emergencias ordinarias, las que cotidianamente afectan a una o pocas personas, y para cuya resolución se precisan de normas dirigidas a garantizar la recepción y respuesta adecuada al auxilio y a la coordinación de los distintos servicios actuantes cuando así sea preciso.

En nuestro Derecho, sin embargo, se detecta en dos frentes cierta confusión respecto a esa respuesta coordinada a las emergencias ordinarias y que han de diferenciarse, por un lado, de las emergencias extraordinarias y, por otro, de la efectiva prestación de la ayuda que realizan los servicios de emergencia.

En el primer frente, esta confusión se constata del análisis de la vigente normativa de protección civil, que no esclarece el papel que desempeñan en su ordenamiento las emergencias ordinarias. Efectivamente, la Ley estatal de protección civil, con la excepción de tres esquivas menciones, omite cualquier regulación sobre los eventos que no sean de catastróficos, por lo que es difícil deducir el encaje ahí de las emergencias ordinarias. Hay que esperar a la ley vasca de gestión de emergencia de 1996 para encontrar la primera regulación al respecto, que posteriormente se ha extendido a todas las leyes autonómicas de protección civil, si bien el título justificativo en el que se apoyan para su dictado es de lo más dispar y abarcan todas las posibilidades del espectro: seguridad pública, protección civil, títulos sectoriales o solapamiento de todos ellos. En conclusión, el ordenamiento jurídico actual de protección civil no permite dilucidar qué son las emergencias ordinarias y dónde se integran. Ante ello, el TC ha zanjado cualquier discusión tras las SSTC 155/2013 y 58/2017: las emergencias ordinarias son materia de protección civil. El Derecho de la Unión Europea, por el contrario, rechaza esta identificación. Se coincide con el derecho europeo en que razones de índole jurídica exigen diferenciar el derecho de protección civil, dirigido a afrontar las emergencias extraordinarias, del derecho preciso para la gestión y coordinación de emergencias ordinarias, por lo que se cree conveniente una rectificación de esa doctrina del TC que equipara ambas.

En segundo lugar, esta misma confusión tiene lugar con la normativa sectorial que asume la regulación y la respuesta a estas emergencias ordinarias, bien porque le compete directamente la prestación de la ayuda especializada —como ocurre a los policías en el caso de seguridad pública estricta, o a los sanitarios que se desplazan por tierra, mar o aire, en

el caso de la sanidad pública—, bien porque así lo considera necesario para su ámbito específico —salvamento marítimo en marina mercante o bomberos forestales especializados en materia de montes—. En estos casos, los legisladores sectoriales regulan aspectos normativos y ejecutivos del rescate o salvamento, en una complicada relación de solapamiento con el derecho de gestión de las emergencias que ha desembocado en una nutrida jurisprudencia del TC no del todo coherente y que a veces aboga por la materia de protección civil, otras por la sectorial, y otras no va más allá de constatar solapamientos.

Esta situación genera inseguridad jurídica, con la consiguiente conflictividad competencial tanto en su vertiente positiva (que el TC se ha visto obligado a responder en numerosas ocasiones), como en la negativa que exige, por ejemplo, claridad al atribuir a una administración en concreto la prestación, y mantenimiento financiero, del rescate en montaña.

Para su solución, se propone aquí diferenciar, desde una perspectiva jurídica y competencial, dos niveles. En el primero se encuentran las administraciones sectoriales, las cuales deben asumir la prestación efectiva o material de la ayuda en su ámbito de especialización (seguridad, sanitario o de rescate en un entorno que requiere de una capacitación y medios específicos). La intervención que no se hayan reservado las normativas sectoriales corresponderá a las Comunidades Autónomas, pero no por esta materia de coordinación de emergencias, sino por la más genérica obligación de velar por la salud de los ciudadanos que contemplan los Estatutos de Autonomía.

En el segundo nivel, se encuentra una disciplina dirigida a garantizar la efectiva respuesta a las peticiones de ayuda urgente ante eventos súbitos y a coordinar todos los servicios de las administraciones del primer nivel, sin crear *ex novo* servicios de atención urgente. Esa disciplina experta en coordinación, conocida en Derechos más avanzados como «gestión de emergencias», presenta dos especialidades o campos: las emergencias extraordinarias y las ordinarias, ambas muy diferentes, como se ha dicho, en la configuración jurídica de la respuesta a dar.

De las emergencias extraordinarias se ocupa el conocido derecho de protección civil, con un régimen dividido en fases, una cascada de instrumentos de planificación, un control de las actividades potencialmente generadoras de catástrofes o la creación de un novedoso «sistema» de respuesta. Aquí se dota temporalmente a las administraciones con medios coercitivos, que alteran la esfera de derechos y deberes del ciudadano, e incluso se modifica el régimen de reparto competencial cuando así sea preciso para la mejor solución del evento.

De las emergencias ordinarias, por otro lado, se debiera ocupar una disciplina experta garante de que el sistema está en condiciones de ofrecer una respuesta adecuada ante las peticiones ordinarias de ayuda y que

coordine los medios de intervención en siniestros que requieren su actuación conjunta. Su contenido, finalidades y reparto competencial son diferentes de los de la protección civil. Ya no son precisas para su resolución medidas jurídicas extraordinarias sobre los derechos y deberes de las personas, ni sobre el reparto competencial. Su misión se ciñe a la fase de intervención estricta, y abarca aspectos como los siguientes: dictar directrices obligatorias para coordinar todos los servicios de emergencia; centralizar las llamadas de urgencia en un único número de emergencia que ya ha impuesto el Derecho Europeo; o elaborar un instrumento de planificación. La competencia de todo ello es exclusiva de las CCAA, salvo la reserva a favor del Estado de dos supuestos: uno normativo, relativo al dictado de normas precisas para garantizar respuestas coordinadas, y también imbricadas en la común respuesta ante emergencias extraordinarias de interés general; el otro ejecutivo, cuando la respuesta tenga carácter supraautonómico.

VI. Bibliografía

- ARANA GARCÍA, Estanislao, «La vigilancia, auxilio y salvamento en las playas: una competencia discutida», en *REDA* núm. 112, 2001, págs. 533-552.
- ARROYO YANES, L.M., «Los municipios y la protección frente a emergencias: competencias administrativas y condiciones de ejercicio de las mismas», en R. PARADA VÁZQUEZ y C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (dirs.), *Las competencias locales*, Ed. Marcial Pons, 2007, págs. 615 ss.
- BARCELONA LLOP, Javier, «Las competencias de los municipios en materia de protección civil», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, 09, págs. 247-303.
- , *La protección civil municipal*, Ed. Iustel, 2007.
- , «Estudio sectorial sobre la descentralización de competencias en protección civil», en A. GALÁN y C. PRIETO ROMERO (dirs.): *La descentralización de competencias autonómicas en la Ciudad de Madrid. Nuevas oportunidades para la gestión desconcentrada*, Huygens Editorial, 2009, págs. 329 ss.
- , «Los municipios y la protección civil», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Ed. Iustel, 2011 (3.ª ed.), tomo II, págs. 2215-2254.
- , «Las atribuciones de los municipios en materia de protección civil», 2012. [En línea] disponible en <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1057915>> [Consulta: abril 2020].
- , «Policías locales y competencias municipales en materia de seguridad y policía», en *REDA* núm. 95, 1997, págs. 365-384.
- , «Policías locales: protección civil», en *Anuario del Gobierno Local* núm. 1, 1995, págs. 299-318.

- BOE, Código de Protección Civil. Códigos electrónicos. Edición actualizada a 10 de febrero de 2020. [En línea] disponible en <https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=174_Codigo_de_Proteccion_Civil.pdf> [Consulta: abril 2020].
- Escuela Nacional de Protección Civil, *Introducción al Sistema Español de Protección Civil y Emergencias*. 2013. [En línea] disponible en <<http://www.proteccioncivil.es/documents/20486/156778/Introducci%C3%B3n+al+Sistema+Espa%C3%B1ol+de+Protecci%C3%B3n+Civil+y+Emergencias/ee2904ce-e947-4e02-b93b-9ca46c595332>> [Consulta: abril 2020].
- FERNANDO PABLO, M., «El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las Comunidades Autónomas», en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo xx. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Universidad Complutense, 1992, vol. III, págs. 1752 ss.
- ISTURITZ, José Julián, «De la protección civil a la atención de emergencias: nueva visión», en *Cuadernos de Seguridad*, núm. 329, 2018, págs. 74-78.
- , *Regulación y organización de servicios de atención de emergencia y protección civil: diseño de un sistema asimétrico, multifuncional y multifactorial* (Tesis Doctoral), dirigida por Roser Martínez Quirante, Universitat Autònoma de Barcelona, 2013.
- IZU BELLOSO, Miguel José, «De la Protección Civil a la gestión de emergencias: la evolución del marco normativo», en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, Zaragoza, 2009, pág. 317.
- JIMÉNEZ-VALDERRAMA, Fernando A., «La problemática de distribución de competencias en materia de Salvamento Marítimo. El caso del derecho español», en *Revista Dikaion*, vol. 20, núm. 1, 2011, págs. 165 a 189.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel y DE MARCOS FERNÁNDEZ, Ana, «Régimen jurídico de la protección civil: legislación estatal y autonómica», en *Revista Seguridad y Medio Ambiente*, núm. 119, 2010, págs. 34 a 44.
- (dir.) y — (coord.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2011.
- MORO MARTÍN, E.J., «El servicio de protección civil en los pequeños municipios», *El Consultor*, núm. 19, 1996, págs. 2777 ss.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, «El servicio de salvamento marítimo», en ALVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, 2007, págs. 331-264.
- OCHOA MONZÓ, J., *Riesgos mayores y protección civil*, Mc Graw Hill, Madrid 1999.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Alberto Francisco, *Accidentes de montaña: siniestros, rescates y acciones preventivas de los deportes de montaña en España* (tesis doctoral), Universidad de Zaragoza, 2016.
- SIERRA MÉNDEZ, José, «Protección civil y Fuerzas Armadas», en *Cuadernos de Estrategia*, núm. 165, 2013, págs. 69-98.
- , *España ante las emergencias y catástrofes. Las Fuerzas Armadas en colocación con las autoridades civiles*. Ministerio de Defensa. Madrid, 2013, en particular sus págs. 69-98.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J., «Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018.

VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto, «La responsabilidad de los ayuntamientos por los servicios de vigilancia y salvamento en las playas (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2001)», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 20, 2002, págs. 3381-3388.



Los servicios esenciales para la comunidad en la huelga del personal laboral de las Administraciones Públicas

Essential services for the community in the event of a strike by contract staff of public administrations.

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI

Universitat de València
Eduardo.Talens@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.06>

LABURPENA: Greba-eskubideari buruzko azterketek klasikoak dirudite, baina horri lotutako arau-garapenik ez dagoenez, arlo horretan sortzen diren arazoak nagusiki jurisprudenzian konpondu behar dira. Ondorioz, eremu juridiko hori oso bizia eta kasuistikoa da. Testu honetan, gizartearentzat funtsezkoak diren zerbitzuen araubide juridikoa aztertzen dut, greba-eskubidea baliatzeko legeko muga gisa, administrazio publikoko lan-kontratuko langileen testuinguruan. Lan Zuzenbidearen eta Administrazio Zuzenbidearen arteko erdibidean kokatzen den gaia da; izan ere, bi diziplinek elkar ukitzen dute beren araudiarekin eta printzipioekin. Arazo horien ezagutza ere administrazioarekiko auzien jurisdikzioko eta lan-arloko jurisdikzioko organoen artean gertatuko da.

HITZ GAKOAK: Greba. Funtsezko zerbitzuak. Administrazio publikoetako lan-kontratudun langileak. Administrazio-zuzenbidea. Lan-zuzenbidea.

ABSTRACT: The studies on the right of strike may be classics, but the fact that there is no regulatory development means that the approach taken to the problems arising in this field be eminently solved by case law, creating a very rich and casuistic legal area. In this text, I analyze the legal regime for essential community services, as a legal boundary to the exercise of the right to strike, in the context of contract staff at the service of Public Administrations. This issue is halfway to Labour Law and Administrative Law, since both legal branches of study are mutually impregnated with their regulations and principles, thus the knowledge of these problems shall also switch from the contentious-administrative jurisdiction bodies to the social ones.

KEYWORDS: Strike. Essential services. Contract staff of the Public Administrations. Administrative Law. Labour Law.

RESUMEN: Los estudios sobre el derecho de huelga pueden parecer clásicos, pero el hecho de que no exista un desarrollo normativo hace que la solución a los problemas que se suscitan en esa materia sea eminentemente jurisprudencial, constituyendo una parcela jurídica muy viva y casuística. En el presente texto analizo el régimen jurídico de los servicios esenciales para la comunidad, como límite legal al ejercicio del derecho de huelga, en el contexto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Se trata de una materia que se sitúa a mitad camino entre el Derecho el Trabajo y el Derecho Administrativo, pues ambas disciplinas se impregnan mutuamente con su normativa y sus principios, siendo que, el conocimiento de estos problemas también va a transitar entre los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y social.

PALABRAS CLAVE: Huelga. Servicios esenciales. Personal laboral de las Administraciones Públicas. Derecho Administrativo. Derecho del Trabajo.

Trabajo recibido el 27 de marzo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: Introducción: breve aproximación al derecho de huelga. I. El marco jurídico de los servicios esenciales para la comunidad.—II. El órgano encargado de determinar la esencialidad de un servicio y de fijar las prestaciones mínimas: la Autoridad gubernativa.—III. La necesaria motivación del Decreto que declara la esencialidad de un servicio y determina las prestaciones laborales mínimas.—IV. Los servicios mínimos como instrumento para preservar el mantenimiento de los considerados esenciales.—V. La competencia judicial para conocer frente a las reclamaciones en materia de fijación de servicios mínimos.—VI. Consecuencias jurídicas ante la negativa del trabajador a la hora de prestar servicios mínimos.—VII. El escaso margen atribuido a la solución alternativa de conflictos.—VIII. Bibliografía.

Introducción. Breve aproximación al derecho de huelga

En nuestra Constitución española del año 1978 la huelga se reconoce en clave de derecho fundamental. Concretamente, aparece expresamente contemplado como tal en su artículo 28.2 CE. El mencionado precepto estipula textualmente que «se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses». En este sentido, se introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo y como derecho de carácter fundamental(1). Bajo la expresión trabajadores cabe incluir a todas aquellas personas que realicen una prestación de servicios dependiente y por cuenta ajena, con independencia de que el empleador lo sea de carácter público o privado (BAYLOS, 2003). Así las cosas, no existen hoy en día demasiadas dificultades a la hora de admitir el libre ejercicio del derecho de huelga por parte de los empleados públicos y, en lo que a la presente obra interesa, del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado —y por consiguiente, tampoco prohibido por el Real Decreto-Ley 17/77—. Si no hay regulación —y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa (*vid.* STC 11/1981). Por lo tanto, estamos ante un derecho atribuido a los trabajadores *uti singuli*, aunque el mismo tenga que ser ejercitado colectivamente mediante concierto o acuerdo entre ellos. En líneas generales, caracteriza a la huelga la voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo. Por consiguiente, el derecho constitucional de huelga se concede para que sus titulares puedan desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, como una medida de presión para conseguir o luchar por intereses laborales.

(1) STC 11/1981, de 8 de abril.

Como es de sobra conocido, a día de hoy no existe todavía una Ley Orgánica que desarrolle el derecho fundamental de huelga. Esta situación constituye una clara excepción respecto del resto de derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, que en mayor o menor medida se encuentran desarrollados por su oportuna norma parlamentaria. Las dificultades a la hora de regular una materia que es bastante sensible a la opinión pública ha supuesto la anomia que persiste en la actualidad. Han existido, no obstante, algunos intentos de regulación, pero ninguno de ellos ha prosperado y fructificado, quedándose en meras proposiciones o proyectos de Ley Orgánica. Los problemas existentes a la hora de legislar sobre este concreto derecho pasan, principalmente, por llevar a cabo una adecuada ponderación de los diferentes intereses en juego. En este sentido, una Ley Orgánica de tal naturaleza únicamente sería posible si se lograra un amplio consenso entre las distintas fuerzas políticas que se congregan en el arco parlamentario, sin duda, una misión casi imposible que sólo se alcanzaría con un esfuerzo muy similar al que se llevó a cabo para redactar y aprobar nuestra actual Constitución Española. En los tiempos que corren, tal y como está el panorama político, la regulación del derecho de huelga parece una total y absoluta entelequia. Con todo, tampoco los partidos que han gobernado con mayoría absoluta en las cámaras han logrado sacar adelante una Ley Orgánica sobre el derecho de huelga. Posiblemente, los distintos partidos que han estado en el poder han visto una eventual sanción en clave electoral si se adentraban en este fangoso terreno. Así, de un lado, una regulación demasiado abierta o permisiva encontraría seguramente el rechazo por parte de un sector de la población. De otro lado, una regulación restrictiva o con considerables limitaciones también llevaría a la decepción de numerosos ciudadanos, particularmente, de los trabajadores asalariados.

Así las cosas, la única referencia normativa para resolver algunas de las numerosas cuestiones jurídicas que pueden aparecer en torno al derecho de huelga se encuentra en un Decreto-Ley preconstitucional y que todavía continúa vigente (me estoy refiriendo al Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo). Sin embargo, esta norma no resuelve, ni mucho menos, todos los interrogantes que afloran sobre la materia, particularmente, en lo que interesa al presente estudio, para solucionar los aspectos jurídicos de se derivan del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. En este terreno nos tenemos que mover con criterios jurisprudenciales, dictados principalmente por parte del Tribunal Constitucional, siendo en definitiva los órganos jurisdiccionales los que han ido resolviendo y dando respuesta, caso por caso, a las distintas cuestiones que han ido planteándose.

I. El marco jurídico de los servicios esenciales para la comunidad

La huelga en los servicios de naturaleza pública, que es perfectamente legítima, puede colisionar en determinados casos con los intereses de los ciudadanos, a la sazón usuarios o consumidores de los mismos. Los funcionarios públicos y, en nuestro caso, a los efectos de la presente obra, el personal laboral de las Administraciones Públicas, desarrollan un trabajo que por su naturaleza puede llegar a afectar de una forma más o menos intensa al interés de un mayor o menor número de miembros de la ciudadanía. De esta suerte que la noción de servicios esenciales para la comunidad nace con la finalidad de conjugar los derechos particulares de un grupo de trabajadores que desean reaccionar frente a la Administración Pública que actúa como empleadora y las necesidades del resto de los ciudadanos, es decir, de la población en general. Para aceptar la existencia de una serie de servicios considerados esenciales debemos de partir de la base del carácter relativo —no absoluto— del derecho de huelga y de que, en determinados casos, no se pueden anteponer los provechos sectoriales de quienes pretenden ejercitarlo sobre los intereses generales de la comunidad, representados por los usuarios de un concreto servicio público (GÁRATE CASTRO, 2013). Así las cosas, en este contexto suele existir un acercamiento entre la posición del empleador y de la comunidad en general, si bien, con una importante diferencia: mientras que la empresa se encuentra inmersa en un conflicto y, por ello, se le exige soportar una serie de sacrificios, los predicados sobre los usuarios del servicio son en este punto absolutamente gratuitos (GARCÍA NINET y BALLESTER PASTOR, 1998).

En cualquier caso, las relaciones entre servicio público y servicio esencial no son en absoluto equiparables. Así, de un lado, existen una multitud de servicios de naturaleza pública que, por el contrario, no son esenciales para la comunidad (por lo que en los mismos no está justificado limitar el derecho de huelga). En este sentido, solamente cabrá preservar cierto nivel de prestación de servicios en aquellas actividades consideradas esenciales, lo que en ningún caso abarcará a todas las actividades de las Administraciones Públicas, pues tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 8/1992(2): «la mera alegación del carácter público o de utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga». De tal manera, que no parece acertado defender que la transcendencia del servicio prestado por los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones Públicas es argumento suficiente para la supresión total de su derecho a la huelga (DEL REY, 1986). De otro lado,

(2) STC 8/1992, de 16 de enero.

no todas las actividades esenciales van a ser prestadas por entidades de naturaleza pública, puesto que esta noción con relevancia constitucional también alcanzará a determinadas empresas del ámbito privado que participan en sectores productivos cuyos servicios no pueden cercenarse por completo a los ciudadanos. En definitiva, la conclusión que cabe extraer de lo expresado en el presente párrafo es la siguiente: no todos los servicios públicos son esenciales y, *a sensu contrario*, no todos los servicios esenciales son de carácter público. Ahora bien, aun siendo cierto lo sintetizado anteriormente, la clase de intereses implicados en un servicio público no puede resumirse en la relación de bilateralidad que habitualmente prevalece en el ámbito privado (GARCÍA MURCIA, 2008), pues no cabe perder de vista que en las Administraciones Públicas suele prevalecer la prestación a los intereses generales. Por este motivo, va a ser relativamente frecuente que los empleados públicos se vean compelidos a preservar tales servicios esenciales, limitándose así su libre ejercicio del derecho de huelga, extremo que en el ámbito privado suele ser algo menos habitual.

Tal y como he anticipado con anterioridad, en los servicios esenciales para la comunidad se produce una extensión del conflicto laboral, puesto que el mismo excede de la esfera contractual entre empleados y empleadores, impregnando de esta manera a los bienes constitucionales del conjunto de la ciudadanía, que a su vez son potenciales usuarios de un servicio público que cabe preservar en unas mínimas condiciones de uso. En este punto estamos ante un «límite externo» del derecho de huelga derivado de la necesaria preservación de otros bienes constitucionalmente protegidos (3).

Es importante significar que la noción de servicios esenciales cuenta con protección constitucional, puesto que el artículo 28.2 CE, que sitúa el derecho de huelga dentro de los considerados como fundamentales, dispone que la ley que lo regule «establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Esta idea se reitera en el artículo 37 CE, cuando dicho precepto alude al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo. Se habla allí de garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, con una fórmula que es literalmente idéntica a la del artículo 28.2 CE. Por lo tanto, es la propia Constitución Española la que prevé, expresamente, la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad. Sin embargo, en esta materia se produce una remisión a una ley que, de acuerdo con lo que ya he explicado en la in-

(3) AA.VV., «El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica* (MONEREO PÉREZ, J.L. coord.). Ed. Comares, 2002, página 263.

roducción, sigue todavía sin aprobarse. Con este encargo encomendado al legislador se pretende que sean las instituciones parlamentarias que representan al pueblo español las que lleven a cabo la ardua tarea de ponderar el derecho fundamental a la huelga con otros derechos y bienes constitucionales (MARTÍN VALVERDE, 2008). Esta llamada al legislador muestra, sobre todo, una clara preocupación por el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cuya preservación es, por lo demás, un mandato claro e inequívoco del constituyente (GARCÍA MURCIA, 2008).

El aludido precepto constitucional no es el único que se refiere a los bienes esenciales para la comunidad. Como no puede ser de otra manera, el RDL 17/1977 también se refiere a este concepto, concretamente, en su artículo décimo. En resumidas cuentas, este último precepto encomienda a la Autoridad gubernativa la fijación de las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad (más adelante me adentraré en este precepto con mayor profundidad).

También podemos ver reflejado este concepto en el artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 5 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que recoge los derechos individuales de ejercicio colectivo. Concretamente, el señalado precepto garantiza en su apartado número c) el ejercicio de la huelga para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque «con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». En mi opinión, esta previsión específica deja patente que para los empleados públicos existe, *ex lege*, una libertad relativa a la hora de ejercitar del derecho de huelga. En este sentido, la posibilidad de secundar una huelga aparece expresamente reconocida en el EBEP, si bien, claramente limitada por la obligada prestación laboral o funcional cuando quepa mantener el servicio considerado esencial para la comunidad. Esta situación contrasta con el derecho de los trabajadores que desarrollan su actividad en el ámbito privado, donde el artículo 4 ET, referido a los derechos de los mismos, presenta en su apartado e), y de forma más que lacónica, a la huelga como uno de esos derechos básicos (sin mayores precisiones y aditamentos). En mi opinión, trasluce la idea de que, es más que probable, que en el ámbito del empleo público existan servicios que haya que mantener con cierto nivel de prestación a favor de los consumidores y usuarios, razón por la cual desde el EBEP se contempla expresamente este límite sobre el libre ejercicio de la huelga. Con todo, tal y como ha sido advertido doctrinalmente, la previsión del artículo 15.1 c) del EBEP es ciertamente aislada y, por sí misma, no nos desvela prácticamente nada ni contiene innovación normativa alguna (MARTÍN VALVERDE, 2008). Para lo único que nos sirve, tal y como

he intentado poner de manifiesto en este mismo párrafo, es para denotar que sobre los empleados públicos existe un límite reforzado sobre el libre ejercicio del derecho de huelga. Este precepto lo debemos de conjugar, necesariamente, con lo dispuesto por el artículo 95.2 m) del EBEP, que tipifica como falta muy grave el incumplimiento del deber de atender los servicios esenciales en caso de huelga. En último término, me interesa destacar que el derecho contenido en el artículo 15.1 c) del EBEP es aplicable a los «empleados públicos», por tanto, sin distinción alguna entre funcionarios y personal laboral (GARCÍA MURCIA, 2008). Esta regulación conjunta ha sido vista por parte de la doctrina como una aproximación o armonización del régimen jurídico de la huelga entre ambos grupos de trabajadores (MARTÍN VALVERDE, 2008).

No obstante, ninguna de las normas citadas contiene una definición de lo que debemos de entender por servicios esenciales para la comunidad. Estamos, por ende, ante un concepto jurídico indeterminado cuya precisión ha venido de la mano de la interpretación dada por la jurisprudencia y la doctrina judicial, particularmente, por parte de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional. Ha sido el citado órgano judicial el que se ha encargado de perfilar y dotar de contenido a la institución de los servicios esenciales en el contexto del derecho de huelga. En cualquier caso, nuestro Alto Tribunal no ha definido de manera precisa este concepto ni, con ello, ha suplido de manera efectiva la carencia normativa. Antes, al contrario, ha terminado por construir una cláusula general de esencialidad (*vid.* FERNÁNDEZ PROL, 2005). La STC 11/1981, primera que se enfrentó al derecho de huelga, huyó expresamente de toda definición detallada, considerando más adecuado «que el Tribunal vaya haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto de cada uno de los supuestos especiales que se pueden plantear en el futuro a través de los correspondientes recursos de amparo». Por su parte, la STC 26/1981 (4) consideró que para que «el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». Poco tiempo después, la STC 51/1986 ahondó en esta misma idea al asentarse que, *a priori*, una determinada actividad no puede ser considerada como esencial. En este sentido, «sólo lo serán aquellas que satisfacen derecho o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y la intensidad con que los satisfagan». Así las cosas, la respuesta ofrecida por parte del Tribunal Constitucional tampoco nos despeja demasiado las dudas interpretativas existentes en esta materia, puesto que el citado órgano judicial se sirve

(4) STC 26/1981, de 17 de julio.

de un concepto tan indeterminado y difuso como el de «los bienes constitucionalmente protegidos» (CABEZA PEREIRO, 2001). Estamos, inexorablemente, ante un concepto jurídico indeterminado, lo que implica que no se puedan establecer de antemano en qué actividades resulta necesario mantener una serie de prestaciones laborales mínimas por considerarse un servicio de carácter esencial para la comunidad. En esencia, tal y como ha puesto de relieve algún autor, de la doctrina elaborada por parte del Tribunal Constitucional se desprende un concepto «elástico y variable» de lo que debe de entenderse por servicio de carácter esencial (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1997), en lugar de una lista cerrada de supuestos (PADILLA RUIZ, 2010). Como se podrá apreciar sin demasiadas dificultades, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional crea una visible inseguridad jurídica al no poder saber de antemano cuáles son los servicios esenciales que se tienen que proteger (CASSAGNE, 1995). En consecuencia, todas las cuestiones que surjan en relación en esta materia deberán de ir resolviéndose caso por caso, sin que puedan proyectarse reglas abstractas, claras y bien definidas.

Así las cosas, la interpretación llevada a cabo por parte del Tribunal Constitucional ha sido criticada por algún autor que ha considerado que el artículo 28.2 CE no veda en ningún caso al legislador ni a las Administraciones Públicas la posibilidad de definir previa y genéricamente la consideración de determinadas actividades como servicios esenciales (CASSAGNE, 1995). En mi opinión, entiendo que el Tribunal Constitucional mantiene ese criterio ante la anomia existente en esta materia y tomando como base la amplitud con la que está redactado el artículo 28.2 CE, que no en vano reconoce como fundamental el derecho de huelga, siendo el mantenimiento de los servicios esenciales una consecuencia del mismo. Por este motivo, no parece viable que una Autoridad gubernativa pueda listar una serie de actividades sobre las que quepa mantener, siempre y en todo caso, unos servicios mínimos. A lo sumo, este eventual elenco de servicios protegidos en favor de la ciudadanía tiene que venir de la mano de una Ley Orgánica que regule el derecho de huelga, situación que tal y como he anticipado con anterioridad, no existe por el momento. Por lo tanto, no caben en esta sede espacios para la autorregulación, por más que, como haya señalado algún autor, pueda conocerse de antemano el grado de repercusión directa de la interrupción de un servicio (CASSAGNE, 1995). En cambio, otros autores han opinado que existen algunos servicios públicos que, *per se*, son esenciales y difícilmente podrían dejar de serlo, como es el caso de los hospitalarios (TOSCANI, 2015). Otros, por su parte, participan de la idea de que la huelga solamente puede ceder ante derechos fundamentales, es decir, aquellos considerados dentro de su mismo rango y no frente a los meramente constitucionales. En este sentido, lo defensores de esta tesis pro-

ponen un concepto «restringido» que abarque en un primer momento a los servicios vinculados a la vida, la seguridad y la salud(5). En definitiva, una interpretación como la descrita supone una prevalencia del derecho de huelga sobre el interés social que representan los usuarios, en el sentido de que no pueden existir servicios esenciales predeterminados, debiendo de analizar esta problemática para cada caso concreto y sólo frente a derechos de carácter fundamental.

En consecuencia, de la interpretación del Tribunal Constitucional se deduce que una actividad será o no esencial en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, debiéndose de valorar, entre otras, la extensión territorial de la huelga, los factores subjetivos y la duración de la misma (FERNÁNDEZ PROL, 2005). No cabe, en suma, la limitación de la huelga ante una hipotética violación de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido, sino que la misma debe basarse en una vulneración real, dependiente por lo tanto de las circunstancias fácticas de cada realidad práctica.

En definitiva, no es en ningún caso misión —ni cometido— de los tribunales glosar aquellas actividades que deben de ser consideradas como esenciales para la comunidad. Antes, al contrario, el papel que juegan los órganos jurisdiccionales consiste, lisa y llanamente, en resolver si, en un supuesto concreto, un servicio público es esencial o no. Por su parte, debe ser el legislador, en una hipotética Ley Orgánica el que, en su caso, colme esta laguna (extremo que se pretendió llevar a cabo por el Proyecto de Ley Orgánica —*non nata*— del año 1992, que en su artículo 15 albergaba una serie de actividades que, en todo caso, iban a tener la consideración de servicios indispensables para garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos, bienes y libertades constitucionalmente protegidos).

Junto con ello, cabe poner de manifiesto que el mero hecho de que algunas leyes sectoriales consideren de una forma global que un determinado servicio es esencial para la comunidad, no significa, ni mucho menos, que dicha previsión sirva de pretexto para limitar el derecho de huelga. Así lo ha reconocido, señaladamente, el Tribunal Constitucional en sus sentencias 183/2006(6) y 184/2006(7). Véase sobre el particular, por ejemplo, el artículo 2.1 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, que estipula textualmente que «el servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado es un

(5) Entre otros: AA.VV., «El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», cit., pág. 273; o MONREAL BRINGSVAERD, E. *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*. Ed. Tirant lo Blanch, 2008, página 55.

(6) STC 183/2006, de 19 de junio.

(7) STC 184/2006, de 19 de junio.

servicio esencial para la comunidad y la cohesión de las sociedades democráticas (...)). En similares términos se pronuncia el artículo 47.2 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, al considerar que «el transporte ferroviario es un servicio de interés general y esencial para la comunidad y puede ser de viajeros y de mercancías». Del mismo modo, el artículo 2.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, contempla la actividad relativa al suministro de energía eléctrica como un servicio de naturaleza esencial. Pues bien, todas estas manifestaciones de «esencialidad» lo son en términos abstractos y no pueden suplir, sin más, la necesaria calificación ante la convocatoria de una concreta huelga, ya que dicha determinación se contiene en una legislación separada e independiente a la del ejercicio de este derecho laboral y, por ende, viene conceptualizado desde una óptica radicalmente distinta a la del conflicto laboral.

De acuerdo con la lista ejemplificativa realizada por PALOMEQUE (2008), la declaración de esencialidad se ha proyectado en la práctica sobre determinadas actividades, a saber: 1. Administraciones Públicas (del Estado y departamentos y organismos autónomos), Administración de Justicia, Entidades Gestoras y de la Seguridad Social; 2. Energía (abastecimiento de agua, electricidad, gas, refinado de petróleo, distribución, comercialización y transporte de productos petrolíferos, estaciones de servicio). 3. Enseñanza (centros docentes públicos). 4. Finanzas: Banco de España y Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. 5. Sanidad (hospitales públicos). 6. Transportes y comunicaciones (por carretera, autopistas de peaje, ferroviario, marítimo, autoridades portuarias, aéreo, servicio público telefónico, servicios postales y de telecomunicación, radio y televisión).

Otra de las cuestiones que se deduce del concepto constitucional relativo a los servicios esenciales viene referido por el vocablo «comunidad». En cualquier caso, no parece viable que la balanza de la limitación del derecho de huelga se efectúe frente a toda la comunidad, es decir, toda la población. Antes, al contrario, la llamada a la «comunidad» corresponde con una simple franja de la población cuyos intereses serán representados por la Autoridad Pública encargada de fijar, en su caso, los servicios mínimos (FERNÁNDEZ PROL, 2005).

Antes de pasar a analizar otras cuestiones, también me gustaría destacar que, en ocasiones, cabe declarar la esencialidad de un servicio y, con ello, establecer servicios mínimos en huelgas convocadas en empresas que trabajen para las Administraciones Públicas. Me estoy refiriendo a las huelgas en empresas que abastecen o que tienen un contrato con una Administración Pública que presta un servicio esencial. Podemos ver como ejemplo, entre otros muchos, el caso del servicio de comidas de un hospital, o el de una empresa que realiza el mantenimiento de los

elementos de seguridad de los trenes de alta velocidad del Grupo Renfe. En este último supuesto la Audiencia Nacional, en su sentencia de 26 de marzo de 2018(8) consideró esencial el servicio prestado por la empresa Alstom Transporte SA, relativa al correcto funcionamiento de los elementos de seguridad, pues en caso contrario se vería afectado el transporte de viajeros por ferrocarril y consecuentemente los derechos fundamentales protegidos (como la movilidad y tránsito de personas y pasajeros). Ahora bien, en opinión de la citada sentencia, solamente son esenciales y, por tanto, cabe preservar los servicios mínimos de las actividades que influyen directamente en la seguridad de los trenes y, por ende, de los ciudadanos. En consecuencia, quedan fuera de dicha protección todas aquellas funciones de mantenimiento que influyen en el nivel de confort, la calidad e imagen de los trenes, que solamente se podrán prestar si los trabajadores, de manera voluntaria, no apoyan la huelga. Podemos encontrar otro ejemplo reciente de este tipo supuestos en la empresa que gestiona las llamadas de emergencia del Canal Isabel II de Madrid. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de marzo de 2018(9) consideró que dado el elevado número de municipios que se abastecen por el citado canal se produce una proyección a los ciudadanos en un ámbito de generalidad y necesidad de un servicio como es el del suministro de agua que no es prescindible sino esencial. Así, la pronta resolución de averías en relación con el suministro de agua contribuye a la mejora de bienes jurídicos dignos de protección constitucional.

Como he intentado exponer a lo largo de las anteriores líneas, la indeterminación normativa de un concepto que denote la esencialidad de un servicio provoca serias dificultades interpretativas. Esta situación reabre el debate sobre la conveniencia o no de proponer una regulación sobre la materia y, en caso afirmativo, las distintas técnicas jurídicas que se podrían establecer. En este punto, a título de ejemplo, seguiré las propuestas planteadas por FERNÁNDEZ PROL (2005). Para la señalada autora una primera opción pasaría, naturalmente, por dejar las cosas tal y como están, es decir, por utilizar un método casuístico y mantener una acepción amplia, cuya respuesta deba de proyectarse para cada caso concreto. La ventaja que se le ha atribuido a esta solución ha sido, principalmente, la mayor flexibilidad que presenta, es decir, su adaptación a cada escenario que se produzca en la práctica. Sin embargo, tiene como contrapartida una marcada inseguridad jurídica que dificulta mucho la anticipación en la toma decisiones.

(8) SAN (Contencioso-Administrativo) de 26 de marzo de 2018, rec. 9/2017.

(9) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo), de 20 de marzo de 2018, rec. 747/2016.

La segunda alternativa que *grosso modo* podría guiar una eventual reforma sería la regulación de una lista cerrada de servicios que serían considerados, *per se*, como esenciales. Esta opción facilitaría un tanto las cosas, al contar de antemano con las actividades sobre las que, en todo caso, cabe proyectar servicios de naturaleza esencial, dejando fuera a los que no se encuentren enumerados normativamente. No en vano, presenta como inconveniente su falta de adaptación a una realidad cambiante. Junto con ello, también parece una alternativa un tanto simplista, al poderse dejar fuera algunos servicios que, dependiendo de cada situación concreta entrarían perfectamente dentro de este concepto y, en sentido contrario, de considerar incluidos otros tantos que, ante una huelga determinada, podrían no comprometer el normal funcionamiento del mismo. Por otra parte, el sistema de clasificación cerrada no sólo produce que haya otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos no incluidos en la lista, sino que rompería con la doctrina constitucional ya consolidada en materia de definición de lo que haya de entenderse por servicio esencial (DOMÍNGUEZ BAUTISTA, 1993). En este sentido, algún autor ha sostenido que el concepto de servicios esenciales de la comunidad que resulta de la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional difícilmente podrá ser alterado por una supuesta ley (MARTÍNEZ EMPERADOR, 1992).

Entre ambas opciones, podemos situar una técnica jurídica ecléctica que se sitúa a mitad camino entre el método casuístico y la lista cerrada. Me estoy refiriendo a una definición en abstracto de lo que podría considerarse como servicio esencial y, a continuación, la configuración de una lista abierta o ejemplificativa en la que puedan tener cabida otros supuestos distintos a través de la noción general previamente estipulada.

Nuestro Tribunal Constitucional ha intentado colmar la primera de las lagunas, es decir, se ha centrado en la elaboración de una cláusula general que, con mayor o menor éxito, nos puede ayudar a entender este concepto. Sin embargo, en ningún momento se ha atrevido a elaborar una enumeración tendente a completar esta cuestión con una técnica mixta. Tal y como puso de manifiesto la autora citada *supra*, esta última opción es la que ha logrado un mayor reconocimiento en el derecho comparado, nombrándose a título de ejemplo la experiencia italiana. También el Proyecto fallido de Ley Orgánica que pretendía regular la huelga en el año 1992 pretendía albergar un sistema mixto o dual, consistente en una definición general acomodada al criterio constitucional (MARTÍNEZ EMPERADOR, 1992), que se completaba con una lista ejemplificativa de servicios que, *per se*, debían considerarse esenciales. Por su parte, un año más tarde, en el Proyecto de Ley Orgánica del año 1993 la definición genérica albergó, además, una breve enumeración de los derechos fundamentales que podían llegar a justificar la limitación del derecho de huelga o, lo

que es lo mismo, el mantenimiento de unos servicios mínimos en una actividad considera esencial para la comunidad (10). Se trata, en suma, de intentar clasificar aquellos derechos fundamentales, cuya importancia aconsejaría la limitación del derecho de huelga, por lo que, una eventual afectación a otros distintos no derivaría en la esencialidad de un servicio.

II. El órgano encargado de determinar la esencialidad de un servicio y de fijar las prestaciones mínimas: la Autoridad gubernativa

El Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, poco o nada nos aporta sobre el régimen jurídico de los servicios esenciales para la comunidad, más allá de que será la Autoridad gubernativa la que podrá acordar, en su caso, las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los mismos. Las primeras trabas suscitadas en esta materia transitaron por una posible tacha de inconstitucionalidad de esta encomienda efectuada hacia la Autoridad gubernativa por parte del Decreto-ley preconstitucional. Pero el Tribunal Constitucional avaló bien temprano esta competencia que reside en manos de los gobiernos central y autonómicos a la hora de velar por el cumplimiento de los servicios esenciales para la comunidad. Fue la primera sentencia dictada en la materia (la conocida STC 11/1981, de 8 de abril) la que concluyó que este sistema era plenamente constitucional, bajo el argumento de que, en todo caso, el ejercicio de esa potestad está sometida al control jurisdiccional y, en última instancia, a la posibilidad de recurso de amparo. En este sentido, declaró la constitucionalidad del artículo 10.2 RDLRT que atribuye a la Autoridad gubernativa la potestad para declarar la esencialidad de un servicio y para dictar las medidas necesarias para su mantenimiento. En mi opinión, en principio, parece razonable pensar que la declaración de esencialidad de un servicio y la fijación del nivel de su mantenimiento debe de quedar en manos de un tercero que sea imparcial en el conflicto entre empleador-empleado, ya que en estos casos los intereses a los que afecta exceden de la relación contractual. Además, podemos añadir que la competencia conferida en este punto a una Administración Pública constituye una garantía para los ciudadanos, entendiendo por tales a los usuarios del servicio considerado esencial. En efecto, como ha sido destacado doctrinalmente, la encomienda a la Autoridad gubernativa aparece como la instancia más adecuada para conciliar, con

(10) En este sentido, el artículo 11.1 del citado Proyecto definía como servicios esenciales: «aquellos cuyo mantenimiento resulta necesario para garantizar el contenido esencial de los siguientes derechos y libertades constitucionalmente protegidos: la vida, la integridad física y la protección de la salud; la libertad y la seguridad; la libre circulación; la libertad de información, la comunicación; la educación y la tutela judicial efectiva».

neutralidad, los intereses de ambos grupos de personas con intereses enfrentados (GÁRATE CASTRO, 2013). O, en otros términos, que la decisión responda «no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar los servicios esenciales para la comunidad» (vid. STC 8/1992(11)). Para lograr este propósito parece relevante que la fijación de los servicios mínimos se halle en una posición *supra partes* que, además, tenga autoridad política (PICÓ LORENZO, 2010). No en vano, no cabe perder de vista que en la mayoría de casos el mantenimiento de los servicios mínimos, por considerarse esenciales para la comunidad, tienen lugar en huelgas convocadas en el seno de la Administración Pública, por lo que en determinados casos este sistema pueda sufrir cierta falta de equilibrio, por tacha de parcialidad (MARTÍNEZ EMPERADOR, 1992). Justamente, en el caso de huelgas que afecten al personal laboral de las Administraciones Públicas se puede correr el riesgo de que ese tercero no sea del todo tan imparcial como, *a priori*, lo será cuando el conflicto se suscite en el seno de una empresa privada. Esta cuestión puede ser relativamente frecuente en la práctica dada la proximidad que puede existir entre una Administración Pública en su condición de empleadora y la de la autoridad encargada fijar unos determinados servicios mínimos. Una primera aproximación sobre esta cuestión lleva a descartar que la actuación de la Administración ante la que se ejercita la huelga pueda intervenir en la toma de decisión sobre la fijación de servicios mínimos, pues se trata de una competencia exclusiva de la Autoridad gubernativa. No obstante, tal y como veremos seguidamente, la llamada a la Autoridad gubernativa no se hace a la Administración que directamente gestiona el servicio público dónde se ha suscitado el conflicto, sino a los órganos que, genéricamente, tienen potestad de gobierno. Desde luego, no tienen la consideración de Autoridad gubernativa los órganos de gestión de las Administraciones Públicas, es decir, aquellos empleadores del propio servicio, por carecer de la debida neutralidad e independencia necesarias (PALOMEQUE, 2008). Esta situación vendría a salvar, en parte, este posible inconveniente.

En definitiva, como ha sostenido algún autor, estamos ante una regulación cuyo centro de gravedad se sitúa en los órganos que ejercen responsabilidades de gobierno, situación que, por lo demás, ha sido abiertamente criticada por algún sector de la doctrina, al considerar que ha conducido a resultados negativos en lo que respecta a la preservación del derecho de huelga (BAYLOS, 2003). No obstante, el contrapeso a esta potestad administrativa se encuentra en el control jurisdiccional llevado a cabo *a posteriori* en caso de impugnación, pudiéndose corregir, en su

(11) STC 8/1992, de 16 de enero.

caso, la decisión gubernativa, aunque en todo caso será una respuesta algo tardía.

Respecto de las facultades para adoptar el mencionado decreto (12) de servicios mínimos, la STC 33/1981 (13) destacó que la competencia no le corresponde exclusivamente al Estado y que también cabe extenderla a los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas e, incluso, también a los Entes Municipales. Por su parte, la STC 11/1981 (ya citada) interpretó que «el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno». En todo caso, la participación de la autoridad pública se producirá *ex post* y no *ex ante*, es decir, para fijar los servicios mínimos en una concreta huelga que se pretende convocar, cuando considere que es necesario preservar los mismos.

Si nos situamos dentro del ámbito estatal debemos de asentar, desde luego, dicha competencia en los miembros del Gobierno. En cualquier caso, desde la Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha acogido con mayor amplitud esta concreta potestad, declarándose que son «[...] órganos competentes para establecer servicios mínimos, todos aquéllos que por su forma discrecional de nombramiento y cese tienen carácter político y poseen, por tanto, capacidad para adoptar decisiones de gobierno en el ámbito de sus atribuciones» (texto extraído de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2012 (14)). La citada sentencia validó la Orden del Ministerio de Fomento de 29 de junio de 2006 firmada por el Secretario General de Transportes para asegurar el tráfico aéreo en relación con una huelga convocada en el seno de la compañía Iberia. Según el esquema organizativo aprobado por el Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio, el Ministerio de Fomento se estructuraba en dos órganos directamente dependientes del Ministro (la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, en la que se integraba la Secretaría General de Infraestructuras, y la Secretaría General de Transportes). En ese momento ambos Secretarios Generales tenían el mismo rango de subsecretarios.

Repasando la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo podemos señalar, *grosso modo*, que se han reconocido conforme a derecho el establecimiento de servicios mínimos por parte de los siguientes sujetos: el Secretario de Estado de Energía, Desarrollo Industrial y

(12) Esta misma sentencia señaló que estamos ante un Real Decreto que constituye un acto aplicativo del artículo 10.2 RLDRT y no supone un ejercicio de potestades reglamentarias.

(13) STC 33/1981 (Pleno), de 5 d noviembre.

(14) STS (Contencioso-Administrativo) de 6 de febrero de 2012, rec. 1239/2009.

de la Pequeña y Mediana Empresa (15); el Vice-consejero de Asistencia e Infraestructuras Sanitarias de la Comunidad de Madrid (16); el Secretario General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales por delegación del Ministro (17); el Director General de Trabajo del Gobierno de Canarias (18); el Director General de Aviación Civil de la Comunidad de Canarias (19); las Viceconsejerías de la Presidencia, de Agricultura y Pesca, de Salud y de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía (20); el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia (21); el Secretario de Estado de Educación (22); la Mesa del Congreso de los Diputados (23); el Secretario General del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones (24).

En el ámbito de los Entes Locales, dicha competencia la ostenta el Alcalde, tal y como ha sido reconocido por la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así lo estimó, por ejemplo, la sentencia de la citada Sala con fecha de 1 de octubre de 2003 (25), en la que, programada una huelga indefinida de los servicios de limpieza de una ciudad capital de provincia, por el Alcalde de la misma se dictó una Resolución o Decreto fijando los servicios mínimos. En este sentido, el Tribunal Supremo viene aceptando y confirmando que cuando se trata de servicios de titularidad municipal la Autoridad gubernativa a la que se refiere el artículo 10 RDL 17/1977 es, justamente, el Alcalde. En este sentido, cuando concurren el carácter de autoridad y de titularidad del servicio en cuestión, como sucede en los municipios, el órgano competente es el Alcalde, habiéndose declarado que no puede serlo, por ejemplo, el Presidente de un Organismo Autónomo municipal o el de una empresa pública local.

Por el contrario, esta misma Sala ha negado que reúnan el carácter de Autoridad gubernativa a los efectos de declarar la esencialidad de un ser-

(15) STS (Contencioso-Administrativo) de 8 de abril de 2008, rec. 4006/2005.

(16) STS (Contencioso-Administrativo) de 21 de enero de 2008, rec. 2685/2005.

(17) STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 2007, rec. 9131/2003.

(18) SSTS (Contencioso-Administrativo) de 31 de mayo y de 19 de enero de 2007, recs. 3607/2005 y 7468/2002, respectivamente.

(19) STS (Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2004, rec. 5905/2001.

(20) STS (Contencioso-Administrativo) de 9 de marzo de 2001, rec. 8326/1996.

(21) STS (Contencioso-Administrativo) de 7 de noviembre de 1997, rec. 136/1995.

(22) STS (Contencioso-Administrativo) de 11 de marzo de 1996, rec. 7062/1993.

(23) STS (Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 1996, rec. 7315/1992.

(24) STS (Contencioso-Administrativo) de 2 de abril de 2003, rec. 523/2001.

(25) STS de 1 de octubre de 2003, rec. 217/2000 (el citado pronunciamiento cita las sentencias de 10 de mayo de 1986, cuya doctrina fue seguida por la de 15 de febrero de 1987, de 2 de julio de 1990 y de 27 de octubre de 1993, que resolvieron en este mismo sentido).

vicio las siguientes personas: el Director General de Correos y Telégrafos desde que se convirtió en entidad pública empresarial(26) o el Rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)(27). En la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001 se consideró que la Universidad es una estructura organizativa dotada de autonomía cuya finalidad principal es proteger la libertad académica. Así la cosas, de acuerdo con la sentencia acabada de citar: «la fijación de servicios mínimos en una huelga que afecte a la Universidad no está enderezada a preservar la libertad académica, sino el derecho a la educación. Y la razón de ello es que dichos servicios mínimos no determinarán los contenidos de esas actividades docentes e investigadoras, ni la forma en que habrán de ser desarrolladas, sino la parcela de dichas actividades que no podrá ser suspendida o paralizada para que no quede lesionado el derecho a la educación». En definitiva, ni el Rector ni el Vicerrector de turno, ni mucho menos el Equipo Decanal de una determinada Facultad pueden determinar la esencialidad de un servicio y fijar las prestaciones mínimas para asegurar el derecho fundamental a la educación. Siguiendo con el ámbito universitario, también se ha negado la condición de Autoridad gubernativa al Gerente de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)(28). El Gerente de la Universidad, que dictó la resolución recurrida, solo tiene competencias en la gestión de los servicios administrativos y económicos (artículo 20 L.O.R.U. y artículo 70 de los Estatutos de la Universidad Autónoma de Barcelona), careciendo por tanto de potestad para fijar los servicios mínimos. Todas estas instituciones no garantizan suficientemente la debida neutralidad e independencia necesarias para ser respetuosas con el artículo 28.2 CE. En muchos de estos casos son parte interesada en el conflicto y, por este motivo, no son completamente imparciales y, por ello, difícilmente podrán adoptar la posición de neutralidad necesaria para mantener los servicios esenciales para la comunidad.

Un caso particular fue el que se resolvió en casación por parte la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1996(29) sobre una persona que, ostentando el cargo de Consejero de Transportes de la Comunidad de Madrid, firmó un decreto de servicios mínimos en su calidad de Presidente del Consorcio Regional de Transportes de Madrid, quien a juicio del citado pronunciamiento judicial no tiene la con-

(26) STS (Contencioso-Administrativo) de 18 de octubre de 2002, rec. 8415/1998.

(27) STS (Contencioso-Administrativo) de 16 de octubre de 2001, rec. 5756/1997.

(28) STS (Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 1995, rec. 3409/1993.

(29) STS (Contencioso-Administrativo) de 3 de abril de 1996, rec. 8687/1994. Puede verse esta opinión, manifestada varios años antes en CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», *Relaciones Laborales*, núm. 10. 1988, página 419.

sideración de Autoridad gubernativa a efectos de su fijación. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998(30) también llegó a la misma conclusión de que el Consorcio Regional de Transportes Públicos de Madrid carece por completo de competencia a la hora de fijar los servicios mínimos en caso de huelga, por no tener la condición de Autoridad gubernativa que exige el párrafo segundo del artículo 10 del RDL 17/1977. Con todo, lo que me interesa destacar en este punto es que cuando una misma persona comparta una dualidad de funciones y una de ellas pueda entrar dentro de la esfera del artículo 10.2 RDL 17/1977 y o la otra no, la primera no absorbe ni, por ende, valida a la segunda. Por lo tanto, la actividad de estas personas no puede reconducirse a su condición de «Autoridad gubernativa», aunque también la posea, puesto que lo determinante será el cargo con el de manera efectiva se firma el decreto.

Si nos vamos a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional podemos llegar a corroborar que la cualidad del órgano que fija los servicios mínimos no es intrascendente ni irrelevante para el ejercicio del derecho de huelga, y que esa medida debe ser adoptada por el Gobierno o por el órgano que ejerza potestad de gobierno [*vid.* SSTC 26/1981(31) y 27/1989(32)]. Así las cosas, el incumplimiento de esta exigencia no puede calificarse como una mera irregularidad formal ni como un simple defecto de carácter administrativo. Antes, al contrario, la fijación de servicios por una persona incompetente provoca una lesión directa sobre el derecho fundamental a la huelga que a través del mismo se ve restringido. Sólo de aquella forma puede asegurarse que las limitaciones sean impuestas en atención a los intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga (*vid.* STC 27/1989).

Relacionado con este tema, podemos ver otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 296/2006(33), que declaró inconstitucional el artículo 15.2 letra l) de la Ley 1/1992, de 2 de julio del Servicio de Salud del Principado de Asturias por atribuir al Director Gerente la facultad de fijar servicios mínimos en los casos de huelga, previa consulta con las centrales sindicales más representativas. La razón fundamental que llevó a esta solución fue la condición de órgano de gestión del Director Gerente, sin que tuviera responsabilidad política frente a los ciudadanos para poder llevar a cabo este cometido.

(30) STS (Contencioso-Administrativo) de 5 de junio de 1998, rec. 5405/1995.

(31) STC 26/1981, de 17 de julio.

(32) STC 27/1989, de 3 febrero.

(33) STC 296/2006, de 11 de octubre.

Otra cuestión resuelta por parte del Tribunal Constitucional guarda relación con los casos en los que dos autoridades de diferentes ámbitos se atribuyen la competencia para declarar los servicios esenciales para la comunidad en un concreto conflicto. Esta cuestión no es para nada infrecuente que se llegue a producir entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre el particular, la STC 233/1997, de 18 de diciembre, resolvió un supuesto entre la Autoridad Estatal y el Gobierno Vasco en relación con la actividad portuaria consistente en la estiba y desestiba. Ambas partes coincidieron en la necesidad de mantener una serie de servicios mínimos para que la actividad pueda desarrollarse sin menoscabar los intereses de la comunidad. Sin embargo, discrepaban en quién debía de asumir el papel de Autoridad gubernativa encargada de establecerlos. Así, de un lado, el Gobierno Vasco invocó el artículo 149.1.7.^ª CE que atribuye la competencia exclusiva del estado en materia de legislación laboral, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas». En este sentido, defendió que en este punto nos encontramos ante una ejecución de la normativa laboral. Por su parte, el Estado invocó el artículo 149.1.20.^ª CE que le reconoce competencia exclusiva, entre otras, en materia de «puertos de interés general». El Tribunal Constitucional consideró que, en principio, tan imparcial es en el área de sus respectivas competencias la Autoridad gubernativa del Estado como la de la Comunidad Autónoma. Recuerda, asimismo, lo que se dijo en la STC 86/1991 que calificó al establecimiento de garantías de mantenimiento en los servicios esenciales de «acto de ejecución de la legislación del Estado que, sin perjuicio de su carácter normativo, entran en la esfera competencial de las Comunidades Autónomas». No obstante, se decantó finalmente por la competencia a favor del Estado central. No cabe duda de que la fijación de servicios mínimos es, desde cierta perspectiva, ejecución de la legislación laboral y, desde otra, gestión del puerto, en tanto que servicio público. El problema que se planteó era el de precisar cuál es el punto de vista que, en términos competenciales, debe prevalecer. En este sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que «hay que entender que la competencia sobre puertos de interés general, de titularidad estatal conlleva la de establecer los servicios esenciales para la Comunidad. Si el Puerto de Bilbao es un puerto de interés general —y nadie lo discute aquí—, por lo que la competencia es exclusiva del Estado (art. 149.1.20 C.E.), ello se debe a que, sin entrar en pormenores y matices innecesarios, las actividades portuarias de estiba y desestiba trascienden el ámbito y el interés de la Comunidad Autónoma en la que el Puerto está geográficamente situado». Por lo tanto, es la Autoridad gubernativa de carácter estatal, con competencias sobre el Puerto de Bilbao, quien mejor puede ponderar la actividad portuaria que debe mantenerse en caso de huelga. Aquella autoridad es quien tiene la responsabilidad po-

lítica del buen funcionamiento del Puerto de Bilbao y sobre ella ha de recaer, igualmente, la responsabilidad de la privación del ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores considerados indispensables para mantener una mínima actividad.

III. La necesaria motivación del Decreto que declara la esencialidad de un servicio y determina las prestaciones laborales mínimas

La orden gubernativa constituye un acto administrativo y como tal —siguiendo a MONREAL (2008)—, queda estructurado en los siguientes elementos: 1) Supuesto de hecho (huelga en servicios esenciales); 2) Finalidad (garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales); 3) Adecuación de su contenido al fin propio de la potestad que se ejercita; 4) Motivación. El acto administrativo dictado en esta sede debe de estar suficientemente motivado habida cuenta de que está restringiendo un derecho fundamental. Como señalara la STC 26/1981 (34), la motivación de este acto no «es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos». Junto con ello, la STC 8/1992 (35) aclaró que el acto debe de estar justificado y sin que sean suficientes «indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto». En este mismo pronunciamiento se argumentó, además, que se trata de una decisión que incumbe acordar a la Autoridad gubernativa, sin que sea posible dejarla en manos de la empleadora. La limitación al derecho fundamental es lo que atribuye importancia a la motivación que, por lo demás, tienen una especial trascendencia a la hora de poder controlar judicialmente la decisión gubernativa, pues sólo de esta forma podrán contrastar su idoneidad y proporcionalidad (36). La intervención jurisdiccional posterior, en caso de impugnación, suele incidir, fundamentalmente, en los aspectos formales del acto administrativo, es decir, en la motivación y en que la restricción al derecho de huelga sea justificada y razonable (37). Como ha destacado el Tribunal Constitucional, no se produce la debida motivación cuando la Autoridad gubernativa, en lugar de ejercer rectamente sus

(34) STC 26/1981, de 17 de julio.

(35) STC 8/1992, de 16 de enero.

(36) *Vid.* SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19 de febrero de 2007, rec. 2739/2004 y de 18 de abril de 2012, rec. 4476/2011.

(37) Por eso, uno de los problemas que ha sido achacado a esta mecánica es que, en la mayoría de casos, cuando se ha producido el pronunciamiento judicial, la huelga ya ha quedado vacía de contenido, *vid.* BAYLOS GRAU, A., «El derecho de huelga», cit., pág. 610. El citado autor opina que este tipo de control tienen un «efecto moral y político e interpretativo, pero ni repone el derecho incorrectamente restringido en su ejercicio ni impide la reiteración torpe ante nuevas convocatorias de huelga».

potestades y responsabilidades de gobierno, se limita a dar por buena la relación de servicios mínimos que previamente había preparado la entidad empleadora, dejando en sus manos la determinación efectiva de los mismos(38).

De la lectura de los diversos pronunciamientos judiciales dictados en la materia, cabe sostener que la falta o insuficiencia de motivación no constituye una mera infracción de legalidad ordinaria, sino una lesión al derecho de huelga. No cabe por ende efectuar alusiones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, ni meras presunciones de que los motivos que llevan a la declaración de esencialidad de un determinado servicio son conocidos por todos. De esta suerte que, según ha sido expresado por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007(39), «la concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar». Así las cosas, cabe realizar un esfuerzo adicional a la hora de analizar los factores concretos que llevan a la adopción de esa decisión y se tienen que ponderar los intereses en juego, teniendo en consideración, entre otros muchos factores: la duración de la huelga, los horarios de prestación del servicio, el periodo estacional en el que tiene lugar, etc. Ha de ser la Autoridad gubernativa la que necesariamente debe de ponderar la extensión —territorial y personal—, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute (*vid.* SSTC 26/1981 y 53/1986). Además, en mi opinión, la motivación tendrá que ser un tanto más exigente en los casos en los que los servicios mínimos impuestos sean muy elevados, ya que el número de trabajadores que se ven privados del ejercicio del derecho de huelga será previsiblemente mayor. La necesidad de mantener ciertos servicios esenciales por ser estos de general conocimiento no debe ser obstáculo para que el derecho fundamental de huelga exija que cualquier sacrificio del derecho fundado en este motivo sea suficiente y expresamente fundamentado, sin que la mera referencia a su carácter de urgencia sirva de pretexto(40). Tampoco sirve la

(38) STC 27/1989, de 3 de febrero.

(39) STS (Contencioso-Administrativo) de 15 de enero de 2007, rec. 7145/2002.

(40) STS (Contencioso-Administrativo) de 21 de enero de 2008, rec. 2685/2005.

mera cita de un Real Decreto anterior que regule en abstracto unos servicios mínimos(41).

Sin ánimo de ser exhaustivo, teniendo en consideración únicamente la doctrina judicial más reciente, podemos encontrar en ella algunos ejemplos de falta de motivación del respectivo decreto que fija los servicios mínimos. Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018(42), en un caso de una empresa «satélite» de Renfe, se entendió que la resolución administrativa no tenía una adecuada justificación de los servicios mínimos establecidos, limitándose a consideraciones genéricas. Tampoco contenía las específicas circunstancias de los servicios a prestar y, en definitiva, era una motivación más formal que material. También se consideró indebidamente motivada la resolución que fijó los servicios mínimos de los examinadores de la Dirección General de Tráfico para la obtención de los permisos de circulación. En opinión de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 29 de mayo de 2018(43), la resolución administrativa adolecía de la debida concreción en la determinación cuantitativa de los servicios mínimos, pues estableció una formulación de carácter genérico al considerar necesarios al 50% de la plantilla integrada por los examinadores de la Jefatura Provincial de Tráfico y la Oficina Local de Tráfico. En definitiva, la Autoridad administrativa que fijó los servicios mínimos se limitó a una formulación genérica y sin tomar en consideración las concretas circunstancias que podrían concurrir en cada circunscripción afectada por la huelga. También se ha considerado motivación insuficiente la Orden de servicios mínimos dictada por la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno en relación con el servicio de emergencias del 112 de Madrid. A juicio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2018(44) la resolución administrativa no proporciona cifra alguna y se limita a ofrecer una exposición general de los criterios a tener en cuenta. En este supuesto concreto, la motivación se hubiera conseguido si de haber descendido a la hora de determinar las llamadas esperadas, las características del servicio que sean consideradas imprescindibles y el número de trabajadores necesarios.

Por el contrario, y también con referencia a la doctrina judicial reciente, se ha considerado debidamente motivado el decreto que, en rela-

(41) STS (Contencioso-Administrativo) de 14 de octubre de 1997, rec. 344/1993.

(42) SAN (Contencioso-Administrativo) de 26 de marzo de 2018, rec. 9/2017.

(43) STSJ de Andalucía, Sevilla (Contencioso-Administrativo), de 29 de mayo de 2018, rec. 650/2017.

(44) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2018, rec. 181/2018.

ción con una huelga convocada en Metro Madrid, realizó una pormenorizada relación de servicios mínimos a prestar, teniéndose en cuenta tres factores para determinar los porcentajes de trenes: la densidad máxima asumible en trenes; la densidad máxima asumible de estaciones; y el intervalo máximo de espera. El porcentaje se tuvo en cuenta en función de los diferentes días de huelga y de las distintas franjas horarias de su desarrollo, de una forma individualizada. Por esta razón, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 2018(45) consideró correctamente motivado el decreto en cuestión. Del mismo modo, también se ha resuelto a favor del carácter motivado y proporcionado del establecimiento de los servicios mínimos en el caso de una huelga convocada en la empresa que gestiona las llamadas de emergencias del suministro de agua del Canal Isabel II de Madrid. En este supuesto la Autoridad gubernativa adoptó los servicios mínimos teniendo en cuenta los trabajadores que se encuentran en sus puestos en día festivo o domingo, alcanzado a un porcentaje del total representado por el 37,5 por ciento de los empleados en un día normal. Los Magistrados que deliberaron la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de marzo de 2018(46) entendieron que la ponderación que se realiza del 37,5 por ciento de la plantilla respeta el necesario equilibrio, «máxime al tomar como valor referencial los servicios que se prestan en fin de semana, prestación que tiene en cuenta el descanso de los trabajadores relacionados con los cuadrantes y libranzas establecidas».

En definitiva, tomando como base el criterio mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2014(47), los servicios mínimos en tanto excepción al ejercicio de un derecho fundamental han de estar motivados en cuatro dimensiones: «formal (exteriorizados en la Resolución que los fija para conocimiento de sindicatos y ciudadanía) material (en cuanto a los servicios mínimos han de responder a la verdadera necesidad de tales servicios) cuantitativa (explicando por qué se asigna determinado número o porcentaje de empleados del servicio concreto) y cualitativa (especificando las concretas circunstancias de la convocatoria de huelga que conducen a esas garantías mínimas de funcionamiento)». Estos mismos cuatro parámetros podemos verlos en otra sentencia más reciente dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha de 23 de julio de 2018(48). Lo anterior no significa que en estos casos se deba de llevar a

(45) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 8 de febrero de 2018, rec. 839/2017.

(46) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo), de 20 de marzo de 2018, rec. 747/2016.

(47) STS (Contencioso-Administrativo) de 1 de octubre de 2014, rec. 1560/2013. La sentencia del Tribunal Supremo se basó en estos cuatro criterios que fueron expuesto por la sentencia recurrida, en este supuesto de TSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2012, rec.129/2012.

(48) STSJ de Asturias (Contencioso-Administrativo), de 23 de julio de 2018, rec. 172/2018.

cabo una extensa justificación pues, efectivamente, la misma puede expresarse y quedar suficiente motivada de una manera más o menos concisa y clara. De lo que se trata es de que la Autoridad gubernativa explique los criterios y las claves de su opción para que pueda valorarse judicialmente si resulta convincente y, en definitiva, si se cumple la doble premisa de que sean servicios calificados o calificables como esenciales y servicios mínimos atendidos bajo pautas de proporcionalidad.

No se exige, por el contrario, que la Autoridad gubernativa evacue un proceso de negociación previo con los sujetos convocantes de la huelga, aunque esta opción tampoco debemos de considerarla excluida y, en determinados casos, podría ser más que deseable. La anterior afirmación significa que la omisión de un periodo de consulta o negociación previo a la determinación de los servicios esenciales por parte de la Autoridad gubernativa carece por completo de relevancia constitucional. Tal y como podemos leer en la STC 51/1986, de 24 de abril: «la previa negociación no está excluida, e incluso puede ser deseable, pero no es un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional». En este sentido, como ha sido afirmado por algún autor, la audiencia a los representantes de los trabajadores antes de la adopción de las garantías del mantenimiento del servicio es discrecional o facultativa para la Autoridad gubernativa (PALOMEQUE, 2008). Una vez aceptada la posibilidad de que pueden oírse a las partes del conflicto, tenemos que posicionarnos acerca de las personas que pueden intervenir, teniendo en cuenta, eso sí, que, en todo caso, la decisión reside en última instancia en la Autoridad gubernativa. Así las cosas, los interlocutores con la Administración podrían ser: de un lado, los convocantes de la huelga; de otro lado, el comité de huelga; o, en último término, los representantes legales de los trabajadores (en caso en el que en los anteriores órganos no coincidan las personas). De todo este elenco, seguramente haya que atribuir estas funciones al comité de huelga, dadas las competencias que asume en representación de los trabajadores mientras dure el proceso de conflicto. Podemos acudir a lo dispuesto por el artículo 5 del RDL del año 1977 que dispone que: «corresponde al comité de huelga participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto». Por lo tanto, el comité de huelga es el órgano al que se le encomienda la representación de los trabajadores mientras dure la huelga y el precepto citado incluye entre su cometido la participación en actuaciones sindicales, administrativas o judiciales. Aquí estamos ante una actuación de naturaleza administrativa, consistente en la evacuación de un trámite de audiencia otorgado libremente por la Autoridad gubernativa con el propósito de recibir ayuda y, en su caso, un consenso en la toma de la decisión sobre la esencialidad de una actividad y, en su caso, en la adopción de una serie de servicios mínimos.

Otra cuestión que resulta interesante resaltar sobre la emisión de propuestas por parte de las partes implicadas gira en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, en el caso de que la Autoridad gubernativa las acepte sin más. Esta cuestión suele ser relativamente frecuente en el contexto del empleo público, donde la Administración que gestiona un determinado servicio esencial indica a su órgano superior el nivel de prestaciones laborales a mantener. En relación con este tema, la STC 27/1989, de 3 de febrero, conoció en el supuesto de una huelga convocada en el Hospital de Sagunto del caso en el que el Delgado de Gobierno se limitó a recoger las propuestas de la Administración Pública que iba a sufrir los efectos de la misma. En este sentido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional la exigencia de los servicios mínimos deben de ser fijados por la Autoridad gubernativa «no dejan de ser cumplidas por el mero hecho de que la Autoridad gubernativa acepte o acoja las propuestas de la Dirección del centro de trabajo afectado por la huelga, siempre que la fijación de los servicios mínimos provenga en última instancia de esa autoridad, se ajuste a los criterios de neutralidad e imparcialidad anteriormente enunciados, y responda, en definitiva, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad». De este modo, siempre que se cumplan estos requisitos no parece que quepa abogar por la inconstitucionalidad de la medida. Distinto es el caso en el que la fijación de los servicios mínimos provenga en realidad, directamente, no de la decisión o acto específico de la Autoridad gubernativa competente, sino de la Dirección de la Administración o de la entidad afectada por la huelga, ya que entonces faltarían, como es obvio, aquellos requisitos de neutralidad e imparcialidad. No en vano, en el supuesto conocido por la sentencia del Tribunal Constitucional la Autoridad gubernativa se limitó en esa ocasión a estampillar las expresiones «Visto bueno» y «Conforme» en la relación de servicios, puestos de trabajo y número de empleados preparada por la Dirección del centro de trabajo. Por lo tanto, se terminó por anular la resolución administrativa. También podemos ver interpretada esta cuestión en un pronunciamiento mucho más reciente, concretamente, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de abril de 2018 (49). En la citada sentencia la «Consellería de Sanidade», autora de la Orden de 10 de octubre de 2017 por la que se fijaron los servicios mínimos de enfermeras perfusionistas del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela, se limitó a la aceptación de la propuesta de la empleadora. En cualquier caso, quedó acreditada la voluntad de la Autoridad gubernativa que, en principio, no desmerece pese a que su resolución coin-

(49) STSJ de Galicia (Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 2018, rec. 300/2017.

cida con la propuesta patronal. Relacionado con este tema también se ha dicho que la Autoridad administrativa ni si quiera está vinculada por un eventual acuerdo alcanzado en este punto entre empresa y comité de huelga (50).

Naturalmente, esta misma resolución debidamente motivada se tiene que notificar a los interesados y la ausencia de este requisito también conlleva la nulidad de la misma, constituyendo un componente procedimental revestido, igualmente, de relevancia constitucional.

Otra formalidad exigida en relación con la resolución que fija los servicios mínimos pasa por la necesaria comunicación a los representantes legales de los trabajadores. Podemos ver esta necesaria obligación en la ya citada STC 51/1986 que ha precisado que la falta de comunicación de la disposición reglamentaria a los representantes de los trabajadores acarrea la nulidad del acto. No en vano, lo que conlleva a la nulidad es la total y absoluta falta de comunicación a los interesados, sin que una mera irregularidad adquiera relevancia constitucional. En el supuesto de hecho conocido por la sentencia acabada de citar la comunicación fue irregular, es decir, realizada sin observar todas las garantías que al efecto prevé la normativa ordinaria. Así las cosas, para el Tribunal Constitucional «el problema planteado por la infracción de tales normas sería de pura legalidad, quedando salvaguardados los aspectos constitucionales de la cuestión con la constancia de que los eventualmente afectados por la Orden tuvieron conocimiento de ella». En definitiva, en la medida en que el acto del poder público tiende, a la vez que a proteger intereses de la comunidad, a restringir el derecho de huelga de los trabajadores afectados, debe estar rodeado de garantías también en el plano formal, incluida su publicidad en el boletín oficial correspondiente.

En definitiva, el deber de motivación se debe entender cumplido cuando quedan patentes los factores o criterios cuya ponderación ha permitido determinar las prestaciones mínimas establecidas, consignando los criterios y parámetros objetivos tenidos en cuenta para considerar un servicio público como esencial y unos concretos mínimos en su prestación (51).

IV. Los servicios mínimos como instrumento para preservar el mantenimiento de los considerados esenciales

Según la experiencia práctica de nuestro derecho interno, las «garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la

(50) STS (Contencioso-Administrativo) 13 de junio de 1989, núm. 681.

(51) STSJ de Galicia (Contencioso-Administrativo) de 15 de febrero de 2012, rec. 2/2011.

comunidad» (art. 28.2 CE) ha venido de la mano de la fijación de servicios mínimos. Estos son, ni más ni menos, que un instrumento concreto para la consecución del predicado mantenimiento de los servicios esenciales (FERNÁNDEZ PROL, 2005). De hecho, dentro de las distintas técnicas que se puedan adoptar a la hora de preservar los servicios considerados esenciales para la comunidad, la medida típicamente utilizada en nuestro país es la fijación de servicios mínimos(52). En definitiva, los servicios mínimos son una parte o parcela de la actividad empresarial, en nuestro caso prestada por una Administración Pública, que debe de continuar durante una huelga con la finalidad de preservar los derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegibles. O, dicho de otro modo, son los servicios que en todo caso se deben de prestar para no perjudicar a los usuarios del mismo. El concepto de servicio mínimo tiene un carácter subordinado respecto de los esenciales y guarda relación con los concretos cometidos laborales de las empresas. La selección de los cometidos laborales necesarios para garantizar en cada entidad productiva el mantenimiento de los servicios esenciales se sitúa en un plano de mayor concreción(53). Son, por ende, el «punto de equilibrio» entre el derecho de huelga y los derechos y libertades constitucionales (GÁRATE CASTRO, 2013).

Como se podrá apreciar sin demasiadas dificultades, el mantenimiento de unos servicios mínimos conjetura una restricción sobre el derecho de huelga que se predica respecto de su doble vertiente: así, de un lado, desde la perspectiva colectiva conlleva una menor visibilidad e impacto de la medida de presión, en tanto en cuanto la misma no va desplegar todos los efectos perseguidos, pues no va a suponer la total paralización —o cuanto menos significativa— de la actividad empresarial; de otro lado, también será menor el número de trabajadores que podrán concurrir libremente a la huelga. Esto provoca, como más adelante veremos con mayor profundidad, que un trabajador que desee secundar la huelga puede verse compelido a prestar servicios laborales para cubrir con el nivel mínimo de actividad. Por lo tanto, esta medida también tendrá efectos en el ejercicio individual del derecho de huelga, salvo que, la prestación laboral recaiga, justamente, en trabajadores que no deseen ejercitar esta medida de presión. En definitiva, en tanto en cuanto la medida de mantenimiento del servicio puede alcanzar a empleados públicos dispuestos a ejercitar su derecho de huelga, la capacidad de presión y protesta de la misma quedará razonablemente mermada.

El propio Tribunal Constitucional admite, por ejemplo, en su sentencia 53/1986, que el mantenimiento de los servicios esenciales supone «la

(52) AA.VV., «El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», cit., pág. 275.

(53) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 1 de marzo de 2018, rec. 1027/2017.

prestación de los trabajos correspondientes para la mínima cobertura de los derechos, libertades o bienes que el servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual». Se trata, en suma, de ponderar los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios considerados esenciales (GÁRATE CASTRO, 2013). En todos estos supuestos la solución consiste en buscar un necesario equilibrio entre la prestación de un servicio y el ejercicio del derecho de huelga, lo que irremediablemente va a suponer que el funcionamiento del mismo no va a ser el normal y habitual, pero que tampoco puede cercenarse por completo, sin vulnerar, de otro lado, el contenido esencial de este instrumento de presión laboral. Sin lugar a dudas, una tarea para nada sencilla. Dado el carácter fundamental del derecho de huelga, todo apunta a que las restricciones a su ejercicio deben de ser mínimos. Dicho de otro modo, la limitación de este derecho, llevado a cabo en este caso por la implantación de unos servicios mínimos, debe de realizarse de forma restrictiva. Por este motivo, algunos autores han señalado la conveniencia de que los intereses que pueden limitar el derecho de huelga deberían de ser, exclusivamente, los que ostenten un rango de carácter fundamental (SOLÍS, 2006; TOSCANI, 2015). En cualquier caso, como también ha proyectado la STC 51/1986, en este punto «se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo, pues en el propio art. 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio». Por ello, la huelga tiene de mantener una cierta capacidad de presión, lo suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa.

En este orden de cosas, cabe poner de manifiesto que la determinación de los correspondientes servicios mínimos debe de respetar el «principio de proporcionalidad» entre el interés de la comunidad y el sacrificio del derecho de huelga. Sobre esta cuestión tampoco existen, como es de esperar, reglas apriorísticas o abstractas que nos arrojen luz, teniéndose que valorar en cada caso concreto si se ha respetado el mencionado principio o no. De esta suerte que en algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha llegado a solventar los pleitos con base a criterios de «proporcionalidad cuantitativa», es decir, a la comparación del número total de la plantilla frente a los que deben de ser incorporados a la atención de los servicios mínimos. Así, por ejemplo, se ha considerado ajustada a derecho la inclusión de 14.252 trabajadores del total de los 72.000 que se ocupaban en ese momento en Renfe [*vid.* STS de 11 de julio de 1980 (54)]. También

(54) STS de 11 de julio de 1980, rec. 306.167/80 y acumulados 306.169 y 306.170: «(...) fijó el nivel intermedio 2 para aplicar a la huelga general de tres días, si se tiene en cuenta que la prestación del servicio por la aplicación de dicho Nivel número 2 supone un total de agentes afectados de 14.256, agentes impedidos de ir a la huelga frente a la cifra de 72.000 personas trabajadores en Renfe, por

se ha visto proporcional la prestación de servicios mínimos que afectó a 289 trabajadores de un total de los 867 potencialmente afectados por la convocatoria de una huelga que debía de soportar la aerolínea española Iberia [vid. STS de 11 de mayo de 1987(55)]. El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el particular, por ejemplo, en la sentencia 51/1986, citada *supra*, que en el concreto caso de una huelga convocada en la empresa de aviación AVIACO consideró que no fue desproporcionado un sistema de servicios mínimos que reduce en términos generales el número de trabajadores que han de prestarlos a menos de la cuarta parte del total de la plantilla. En opinión del Alto Tribunal el establecimiento del mencionado porcentaje facilitó el acceso a la huelga al mayor número posible de trabajadores, conservando el propio instrumento huelguístico la suficiente efectividad. Incluso, también puede que, en determinados servicios, se considere proporcionada una cobertura del 100 por cien de la actividad urgente y de actividades quirúrgicas inaplazables. Fue el caso de una huelga de enfermeras «perfusionistas» del Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela. Concretamente, la STSJ de Galicia de 18 de abril de 2018(56), consideró adecuada esta proporción porque esto no supone mantener el nivel normal del servicio, ya que solamente alcanzaba a las intervenciones urgentes, pero no así a las programadas cuyo aplazamiento no suponga un perjuicio grave para la salud del paciente. Idéntica solución se alcanzó en la STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2019(57) en la huelga convocada en Metro Barcelona, dónde la respectiva Orden decretó unos servicios mínimos que afectaban al 95% de la plantilla. No en vano, la sentencia citada consideró que, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar, en particular los días elegidos (5 y 6 de enero) y el riesgo añadido por la alerta antiterrorista de nivel 4, justificaron un porcentaje tan elevado de servicios mínimos, sin que con ello quede vulnerado el derecho fundamental de huelga.

Por el contrario, a título de ejemplo, se ha considerado desproporcionado el porcentaje del 88 por cien de trabajadores para cubrir servicios

lo que resulta haberse respetado el derecho a la huelga de cerca de 60.000 trabajadores, infiriéndose de estas cifras no haber rebasado los límites razonables de mantenimiento del servicio de transporte ferroviario esencial, las catorce mil personas necesarias para la prestación de ese nivel de servicios esenciales, es independiente de la duración de la huelga (...).

(55) STS de 11 de mayo de 1987, núm. 389: «de un total de 867 trabajadores potencialmente afectados por la huelga (folio 2 del expediente), según la prueba del juicio, sólo se privó de su derecho a la huelga a 289 (144 pilotos y 145 copilotos)».

(56) STSJ de Galicia (Contencioso-Administrativo) de 18 de abril de 2018, rec. 300/2017. En el ámbito de la sanidad gallega también puede leerse la STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2012, rec. 2/2011.

(57) STSJ de Cataluña (Contencioso-Administrativo) de 13 de noviembre de 2019, rec. 20/2019.

mínimos en el caso de una huelga convocada en instituciones penitenciarias (*vid.* STS de 9 de diciembre de 1986 (58), que finalmente concluyó que la resolución que fijó los servicios mínimos era inconstitucional, puesto que impidió prácticamente ejercer el derecho fundamental de huelga, obligando a la Federación recurrente y apelante a desconvocarla). También se ha considerado desproporcionada y carente de toda justificación la resolución que estableció los servicios mínimos para la realización de exámenes en el seno de la Universidad de Sevilla que afectó al 100 por cien del personal docente e investigador, sin distinción, teniéndose en cuenta, además, que la huelga no afectó a 1.392 exámenes, ya que al comenzar el día 11 y 14 de septiembre (siendo las pruebas del 1 al 18) había menos alumnos implicados que el claustro de profesores [*vid.* STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de febrero de 2018 (59)].

Por su parte, también se ha declarado nula la Orden que en el caso de los servicios de urgencias y emergencias ha señalado que «se prestará con el personal necesario e imprescindible para poder realizar las comunicaciones de forma habitual». En este sentido, la Sala Tercera del Tribunal Supremo concluyó que el hecho de mantener los servicios «de forma habitual» vacía de contenido el derecho de huelga (60). Evidentemente, cuando se produce una huelga, no se puede pretender que los servicios se continúen prestando igual que si no existiera la misma. Además, cuando la Orden señala que el personal que debe prestar el servicio será el «necesario e imprescindible» tampoco es aceptable, puesto que es la Autoridad gubernamental la que debe de establecer los criterios discernibles para poder concretar, en términos cualitativos y cuantitativos, lo que debe de considerarse como personal imprescindible. En este caso particular, la empresa prestadora del servicio utilizó al 100% de la plantilla para atender estas emergencias, que viene derivado de la laxitud y la vacía eficacia limitativa de la Orden. En definitiva, se terminó por declarar la nulidad de pleno derecho del artículo 1.º.1.1 del citado instrumento reglamentario, precisamente, por vulnerar el derecho de huelga.

(58) STS de 9 de diciembre de 1986, núm. 935: «Sumadas las personas que prestaron sus servicios en día normal en los servicios de vigilancia, ascienden a 1.728, mientras que los designados para desempeñar los servicios mínimos de vigilancia los días de huelga son 1.528, lo que equivale a unos servicios mínimos que representan más de un 88 por 100 de los servicios de los días normales. Si de ello pasamos a los servicios diarios (mandos, oficinas, sanidad...) se observa que, en días de servicio normal, lo prestan 497 funcionarios, mientras que los servicios mínimos fijados para la huelga ascienden a 654, porcentajes que evitan otro comentario, al ser las cifras suficientemente expresivas».

(59) STSJ de Andalucía, Sevilla (Contencioso-Administrativo) de 7 de febrero de 2018, rec. 499/2017.

(60) STS (Contencioso-Administrativo) de 3 de febrero de 2015, rec. 156/2014.

Desde el punto de vista normativo podemos observar algunas medidas especiales a tener en cuenta en los casos en los que resulta conveniente el mantenimiento de unos servicios mínimos. Así, de un lado, el artículo 10.1 RDL 17/1977 encomienda a un órgano imparcial, en este caso, a la Autoridad gubernativa la adopción de los mismos, extremo que ya he analizado en otro punto anterior. De otro lado, respecto del necesario preaviso de la huelga, el artículo 4 de este mismo reglamento amplía el plazo a 10 días naturales en los casos en los que quedan afectados servicios esenciales (en lugar de los 5 días previstos para la generalidad de las huelgas).

En esencia, siguiendo a GÁRATE CASTRO (2013), la técnica examinada suele responder, generalmente, al siguiente esquema:

1. La autoridad administrativa declara, a través de un decreto, el carácter esencial de ciertos servicios que considera que satisfacen derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.
2. En la referida declaración se indica que cabe determinar el nivel mínimo de trabajo para satisfacer esa necesidad. Frecuentemente, es esta propia disposición la que procede a la determinación de los servicios mínimos necesarios.
3. El procedimiento concluye con la designación expresa de los concretos trabajadores que han de prestar los citados servicios mínimos. Por regla general, la elección de los trabajadores se encomienda a la empresa en cuestión, en nuestro caso, Administración Pública.

Tal y como he puesto de manifiesto con anterioridad, la competencia para considerar la esencialidad de un determinado servicio público, así como para el establecimiento de las tareas mínimas que se deben de prestar a los usuarios, corre a cargo de la Autoridad gubernativa. Lo que destaca de esta construcción es que la actuación gubernativa no es previa al conflicto, sino una vez que ya ha sido declarada la huelga (PADILLA RUIZ, 2010). Sin embargo, la facultad concreta consistente en elegir a los trabajadores que deben de prestar el servicio en cuestión queda dentro de la esfera decisoria del empresario, en nuestro caso, un Ente de naturaleza administrativa. En principio, no existen impedimentos o trabas especiales para designar a los concretos empleados públicos que deben de acudir a su puesto de trabajo para desempeñar sus funciones con relativa normalidad. Existe, por ende, una aparente libertad en manos del empleador a la hora de disponer de este derecho. Incluso, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 123/1990, de 2 de julio: «la pertenencia a un sindicato, incluso al sindicato convocante, no es razón que pueda eximir a un trabajador de la designación y realización de unas tareas correspondientes a un servi-

cio cuyo mantenimiento se considera esencial». Posiblemente, en huelgas parciales o minoritarias, con un escaso seguimiento, parece sensato pensar en una eventual preferencia a favor de los trabajadores que voluntariamente deseen prestar el servicio, particularmente cuando opten por no secundar esta medida de conflicto. En cualquier caso, ni tan siquiera en estos casos se puede exigir a la empresa que excluya de la terna de los servicios mínimos a los empleados que deseen secundar la huelga, tal y como también ha sostenido la sentencia del Tribunal Constitucional que acabo de citar.

V. La competencia judicial para conocer frente a las reclamaciones en materia de fijación de servicios mínimos

La existencia de un acto administrativo (Autoridad gubernativa) que decreta la esencialidad de una actividad y la ordenación de unos servicios mínimos planteó en su momento algunas dudas sobre el órgano jurisdiccional competente para conocer de estos asuntos. Esto es así porque la cuestión jurídica no se revela unívoca, dado que en esta materia nos situamos a mitad camino entre dos áreas de conocimientos distintas: el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo. En este sentido, vemos como, de un lado, la controversia se suscita en el marco de una huelga, materia que es propiamente asumida por la rama laboral pero, de otro lado, no podemos perder de vista que los servicios esenciales vienen declarados por un acto de naturaleza administrativa. Esta doble perspectiva fue resuelta hace ya bastantes años por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo declarando la incompetencia de los órganos del orden social para conocer de las cuestiones referidas al Decreto de servicios mínimos y situando el asunto en la órbita de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1997 (61) llegó a la conclusión de que cuando la Autoridad gubernativa fija los servicios mínimos en caso de huelga está actuando en su condición de Administración Pública y con la pretensión de servir con objetividad a los intereses generales de los ciudadanos. Por lo tanto, el control de la legalidad en esta sede se «efectúa sobre una materia esencialmente administrativa aunque de la misma derive una limitación al derecho de huelga, materia prioritariamente social, por lo que el control de tales actos debe verificarse por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no por los del orden social». Esta misma solución la podemos ver en otro pronunciamiento más reciente dictado también

(61) STS (Sala de lo Social) de 12 marzo de 1997, recud. 3182/1996.

por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con fecha de 19 de diciembre de 2011 (62). Nuevamente, la Sala Cuarta del citado órgano judicial direccionó a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de la impugnación llevada a cabo sobre el acto que declaró la esencialidad de un servicio y que fijó las prestaciones laborales mínimas. *A sensu contrario*, y tal como también advirtió, *obiter dicta*, la citada sentencia del Tribunal Supremo del año 1997, corresponde al orden jurisdiccional social conocer sobre todos aquellos supuestos en los que, partiendo de la existencia de unos servicios mínimos fijados por la Autoridad gubernativa, sea la empresa la que posteriormente incremente o varíe el contenido del acto administrativo o se pretenda discutir la designación de los concretos trabajadores designados para llevar a cabo los mismos, o las sanciones impuestas por la negativa a cumplir con este cometido. Por lo tanto, la competencia judicial se desdobra en función de quien sea el sujeto que comete la eventual conculcación del derecho de huelga o, dicho de otro modo un tanto más simple, del instrumento que se pretende combatir. En este sentido:

- a) Si lo que se discute es algo acerca de la declaración de esencialidad de una concreta actividad, o bien la designación de la proporcionalidad de los servicios mínimos, en esencia, el acto administrativo, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa.
- b) Si lo que se pretende debatir en sede judicial es la aplicación por parte del empleador del decreto de servicios mínimos, la competencia reside en los órganos del orden jurisdiccional social. Esta solución no se desdibuja en el supuesto de que una Administración Pública sea el sujeto pasivo de la huelga, convocada por sus empleados, puesto que en estos casos no actúa en el ejercicio del *ius imperii*, sino en calidad de empresario o empleador.

VI. Consecuencias jurídicas ante la negativa del trabajador a la hora de prestar servicios mínimos

De acuerdo con lo visto anteriormente, sobre los empleados públicos que se ven constreñidos a la prestación de servicios mínimos no se produce suspensión del contrato alguna y, con ello, tampoco tendrán lugar los efectos típicos sobre el descuento salarial (predicable sobre cualquier trabajador que desee secundar una huelga). La suspensión del contrato de trabajo y la consecuente reducción del salario aparece como una

(62) STS (Sala de lo Social) de 19 de diciembre de 2011, recud. 218/2010.

consecuencia prevista en el artículo 6.2 RDRLT (63) y ha sido avalada por la STC 11/1981, que ha puesto de manifiesto que la configuración de la huelga como derecho subjetivo «significa que la relación jurídica de trabajo se mantiene y queda en suspenso, con suspensión del derecho al salario». No estamos en ningún caso ante una sanción frente a los huelguistas, sino que esta consecuencia simplemente aparece conectada, «de forma neutra y automática», al incumplimiento contractual inherente a este derecho fundamental (GOERLICH, 1994). En el caso de que se hayan establecido turnos rotatorios y no sean siempre las mismas personas las que presten el servicio mínimo, podría ocurrir que un empleado concreto secunde la huelga cuando no le toque desarrollar sus funciones laborales. En estos casos parece sensato pensar que por el trabajo efectivamente desempeñado deberá de percibir el respectivo salario, mientras que el descuento se podrá dar en caso de seguimiento de la huelga durante su jornada ordinaria (siempre y cuando no tenga la obligación de prestar servicios mínimos).

En primer lugar, cabe plantearse si un incumplimiento sobre la prestación laboral de los servicios mínimos conlleva a la ilegalidad de huelga. Para sustentar esta tesis podemos acogernos a lo dispuesto por el apartado d) del artículo 11 del RDL 17/1977, de 4 de marzo, que textualmente expresa que la huelga es ilegal: «cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos». En este sentido, si los servicios mínimos aparecen en el propio RDL, su anormal desarrollo podría considerarse como una contravención de dicho texto preconstitucional. En cualquier caso, parece que esto solamente se producirá cuando la dejación a la hora de prestar servicios mínimos sea generaliza o se haya pactado en connivencia con los organizadores de la huelga, quizás como una respuesta o reacción frente a la empleadora (o la Autoridad gubernativa que los ha determinado) que entiendo que no sería ajustada a derecho. Ahora bien, en la mayoría de supuestos la ausencia de prestación de servicios mínimos será una decisión *uti singuli* de cada trabajador, por lo que la sanción que eventualmente cabrá proyectar será, igualmente, de carácter individual. En consecuencia, por regla general no estaremos ante una huelga que, eventualmente, pueda ser declarada ilegal, sino que en la mayoría de supuestos se podrá producir una sanción individual al empleado público que desatienda de forma culpable su obligatoria prestación de servicios mínimos.

Así las cosas, respecto de los trabajadores individualmente considerados, la negativa a realizar las tareas correspondientes para dar cum-

(63) El mencionado artículo 6, apartado dos, dispone textualmente lo siguiente: «durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario».

plimiento con los servicios mínimos que hubieran sido legalmente establecidos provocará su consecuente sanción que, incluso, puede llegar a terminar en despido. Estamos en este punto ante una excepción a la regla general contenida en el artículo 6 apartado uno del RDL 17/1977, que con meridiana claridad señala que «el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral». En primer lugar, podemos convenir en que la negativa de un concreto trabajador a la hora de cumplir con los servicios mínimos en nada afecta a la ilegalidad de la huelga, que continuará siendo lícita (GÁRATE CASTRO, 2013). Ahora bien, el empleado público con contrato laboral que, de forma particular, incumpla con dicho cometido podrá ser sancionado, incluso con el despido disciplinario si se probara la gravedad de la conducta. Con anterioridad a la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público, las sanciones practicadas sobre el personal laboral de las Administraciones Públicas se podían reconducir a la tipificación del artículo 54.2 b) ET, es decir, por el incumplimiento del deber de obediencia. No en vano, tras la entrada en vigor del citado Estatuto la gravedad de la omisión del deber de prestar servicios en estos casos queda reflejada, *ex lege*, en el propio artículo 95.2 m) del EBEP. El mencionado artículo 95.2 del EBEP tipifica las faltas muy graves que pueden cometer los funcionarios y, en lo que a nosotros nos interesa, resulta extensible en algunos casos al personal laboral. Concretamente, el señalado apartado m) contempla dentro de esta categoría «el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga». De tal aserto podemos deducir que para los empleados públicos la debida atención de los servicios mínimos, cuando hayan sido elegidos para prestarlos, constituye un deber laboral de obligada observancia, puesto que de no cumplirse con dicho cometido la calificación que merecerá dicha conducta dentro del régimen disciplinario previsto en el EBEP alcanza su máxima expresión, al tipificarse dentro de las resaltadas como «muy graves». En definitiva, tal y como se ha destacado doctrinalmente, para los empleados públicos trasluce un deber de fidelidad o lealtad en relación con el servicio, singularidad que distingue el modo de ejecución del trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector privado (MARTÍN VALVERDE, 2008). De esta suerte que el deber de lealtad llega más lejos que el genérico de buena fe que preside las relaciones de trabajo en el ámbito privado. Ambas acepciones comparten la debida corrección y colaboración en el desempeño del trabajo, pero la lealtad y fidelidad supone, además, que el interés general gestionado por la Administración Pública se antepone o se coloca por delante del interés personal del propio empleado (MARTÍN VALVERDE, 2008). En cualquier caso, tal y como ha resuelto desde antiguo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la

sanción disciplinaria solamente será legítima cuando un concreto trabajador incumpla la propia obligación laboral, pero no así cuando, siguiendo las directrices de su sindicato, haga propaganda en contra del cumplimiento de los servicios fijados por la empresa (*vid.* STS de 18 de julio de 1990) (64). Por lo demás, en caso de que la sanción laboral no sea ajustada a derecho, cabe determinar si el despido debe ser declarado nulo o la improcedente. Una primera aproximación a esta cuestión nos lleva a lo dispuesto por el artículo 55 ET, donde la nulidad se predica cuando el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Dado que la huelga es un derecho de carácter fundamental, cualquier despido producido sobre un empleado público con contrato laboral y que vulnere el libre ejercicio de la misma, conllevará la nulidad de la decisión empresarial. Efectivamente, cualquier reacción empresarial que vaya en contra de este derecho fundamental se traducirá en la radical nulidad del despido. Ahora bien, en el supuesto de que se despida a un empleado por su negativa a prestar un servicio de carácter esencial la solución no será la predicada nulidad, sino la improcedencia, en aquellos casos en los que el juez llegue a esta conclusión.

También se ha ensayado la opción de sancionar administrativamente a los sujetos que hubieran cometido actos contrarios a la ejecución de los servicios mínimos para la comunidad. El artículo 23.1 del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1992 preveía sanciones administrativas para los convocantes de la medida de conflicto, mientras que el artículo 24 del mismo texto *non nato* las contemplaba para los comportamientos que provocaran alteraciones graves en el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Estas sanciones pretendían alcanzar también a los trabajadores que desoyeran la prestación de servicios mínimos, no en vano se preveía que, en virtud del principio *non bis in idem*, las mismas no procedan respecto de aquellos que ya hubieran sido sancionados por parte de su empresario a causa de los mismos hechos. En la actualidad, sin que exista una Ley Orgánica específica que regule el derecho de huelga, no hay una tipificación de la conducta laboral que pueda dar lugar a una sanción de naturaleza administrativa, ni siquiera para actuar frente a los empleados públicos. La única opción posible es, a mi entender, una sanción en términos laborales, de acuerdo con lo estipulado por el EBEP.

Otra de las consecuencias derivadas de la obligada prestación de servicios mínimos consiste en la posibilidad de que la empresa pueda

(64) STS (Sala de lo Social) de 18 de julio de 1990, núm. 1.130.

sustituir a los trabajadores durante la huelga, es decir, acudir a la figura del esquirolaje externo o interno sin que dicha acción sea ilegal. Esto se dará siempre que una persona que haya sido destinada a cubrir los servicios mínimos, no realice dicha prestación laboral por el motivo que sea. En principio, como es de sobra conocido, el empresario no puede acudir a la contratación temporal de trabajadores durante la huelga. Es bastante esclarecedor el artículo 6.5 RDRLT que dispone que «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo». Por lo tanto, se prohíbe por esta vía el recurso al denominado «esquirolaje externo». El señalado precepto supone una limitación a libertad empresarial de contratación durante la huelga con la finalidad de preservar el citado derecho. Ahora bien, esta prohibición se exceptúa normativamente en los casos del apartado 7 del mismo artículo 6 RDRLT, es decir, cuando resulte necesario mantener la prestación de servicios necesarios «para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa». Como vemos, el artículo 6.5 RDRLT se refiere única y exclusivamente a los supuestos de incumplimiento de las obligaciones relacionadas con los servicios de seguridad y mantenimiento de las instalaciones empresariales. No obstante, la dicción literal del precepto acabado de reproducir ha sido superada desde antiguo por parte de la doctrina, que sin demasiadas dificultades ha opinado que, aunque no se diga expresamente, la excepción a la prohibición de esquirolaje externo también se proyecta sobre el incumplimiento de los servicios mínimos para la comunidad (GOERLICH, 1994).

Idéntica conclusión cabe sostener en el caso de la sustitución de trabajadores encargados de prestar servicios mínimos por otros compañeros de la misma empresa. En principio, aunque el mencionado artículo 6.5 RDRLT no lo diga expresamente, el empresario también tiene prohibido sustituir a los trabajadores en huelga acudiendo a su *ius variandi*, es decir, por otros compañeros que prestan servicios en la misma empresa. Esta práctica comúnmente denominada «esquirolaje interno» fue proscrita, decididamente, por la STC 132/1992, de 28 de septiembre. Las dudas existentes en la materia, y una interpretación coherente con la lógica de las cosas, me lleva a opinar que también es posible acudir al citado esquirolaje interno para sustituir a los trabajadores que han sido designados para prestar servicios mínimos pero que, por la razón que sea, no han cumplido con su cometido. Podemos ver esta interpretación, en-

tre otras, en la STC 33/2011 (65) que ha apreciado que la regla general de que el empresario no pueda sustituir a los trabajadores en huelga por compañeros que libremente decidan no secundarla admite dos excepciones: el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (artículo 10 RDL 17/1977) y los de seguridad y mantenimiento en la empresa (artículo 6.7 RDL 17/1977). Así, en opinión del Tribunal Constitucional, si en estos dos supuestos los trabajadores designados para el mantenimiento de los servicios «se negaran o resistieran prestarlos, quedaría justificada la sustitución a tales efectos».

Por lo tanto, el empresario, en nuestro caso una Administración Pública, podrá acudir al esquirolaje externo o interno para sustituir a los empleados a los que se les hayan encomendado la prestación de servicios mínimos. Tal y como ha quedado demostrado en este estudio, la necesidad de prestar servicios mínimos supone una limitación autorizada del derecho de huelga, con idéntico rango constitucional que este último. Por lo tanto, en estos casos no se produce, en puridad, ningún tipo de esquirolaje. Dicho de otro modo, en estos supuestos no se produce una sustitución de trabajadores de carácter ilícito. No cabe perder de vista que aquí no existe una conducta empresarial tendente a menguar o hacer desaparecer los efectos nocivos de la huelga, sino a preservar un derecho constitucional tendente a preservar los intereses de la comunidad. Por este motivo, en estos casos la sustitución de trabajadores en huelga no produce una vulneración de la misma. En esta misma línea iba dirigido el artículo 21.2 del Proyecto de Ley de Huelga del año 1992, que preveía expresamente que «en el supuesto de incumplimiento de las prestaciones o servicios mínimos, el empresario o la autoridad administrativa responsable del servicio podrá sustituir a los huelguistas por otros trabajadores en la medida necesaria para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Se trata de un precepto que perseguía legalizar la sustitución de trabajadores con el propósito de mantener los servicios esenciales. En cualquier caso, en estos momentos, tal y como he intentado exponer con anterioridad, pese a que la normativa vigente no lo especifique claramente, debemos deducir que el recurso al esquirolaje está permitido siempre y cuando el objetivo real sea el de sustituir a cualquier trabajador encargado de prestar servicios mínimos.

En último término, otra posible consecuencia que se puede explorar en esta sede consistiría en la indemnización a favor de los trabajadores cuando han sido obligados a prestar servicios mínimos cuando el decreto que los fijaba adolecía de los requisitos necesarios para ser considerado ajustado a derecho. En estos casos los trabajadores han prestado un ser-

(65) STC 33/2011, de 28 de marzo.

vicio que naturalmente les ha resultado remunerado, pero, por el contrario, se les ha impedido por este motivo secundar una huelga. Por ello, es posible que, por dicha limitación sobre su libre ejercicio del derecho de huelga, fundamentada en una resolución administrativa nula, reivindicquen una indemnización por daños morales. En la doctrina judicial reciente podemos ver dos pronunciamientos en los que esta cuestión ha sido solicitada por el sindicato que ha perseguido la nulidad del decreto de fijación de servicios mínimos. Ambas sentencias han coincidido en negar legitimación a los sindicatos. Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de julio de 2018(66) el sindicato accionante solicitó una indemnización en concepto de daños y perjuicios por el hecho de que los trabajadores que tuvieron que cubrir los servicios mínimos fueron privados de la posibilidad de ir a la huelga, habiéndose declarado nula la resolución que dictó los mismos por falta de motivación. Sin embargo, el órgano judicial no acepta esta petición por dos razones: la primera porque el sindicato no justifica los trabajadores que se vieron privados de este derecho, ni su pertenencia al sindicato; la segunda porque, en su caso, el eventual perjuicio no se provoca sobre el sindicato, sino que se entiende producido personalmente sobre los trabajadores. También ha compartido este criterio la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sus sentencias de 18 de octubre de 2017 (67), de 10 de noviembre de 2017 (68) y de 16 de mayo de 2018 (69). En todas ellas, el sindicato accionante solicitó una indemnización que fue rechazada de plano por la Audiencia Nacional bajo la argumentación de que el perjuicio que se cita podría ser predicable, en su caso, respecto de los trabajadores afectados, pero difícilmente puede apreciarse similar afección de componente económico en la organización sindical recurrente. Además, los citados pronunciamientos se basaron en un criterio jurisprudencial que considera que se obtiene adecuada satisfacción moral con la sentencia estimatoria —cuando proceda— de la pretensión principal. Por lo tanto, parece claro que los sindicatos que han optado por impugnar la resolución administrativa no pueden obtener, a favor de los trabajadores, una indemnización por daños y perjuicios. En estos casos serían los trabajadores que de manera efectiva han prestado los servicios mínimos los que podrían reivindicar un resarcimiento por la limitación de su derecho de huelga. Una primera tesis pasaría por poder considerar que la nulidad del decreto de servicios mínimos sería un resarcimiento

(66) STSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2018, rec. 181/2018.

(67) SAN (Contencioso-Administrativo) de 18 de octubre de 2017, rec. 1/2017.

(68) SAN (Contencioso-Administrativo) de 10 de noviembre de 2017, rec. 3/2017.

(69) SAN (Contencioso-Administrativo) de 16 de mayo de 2018, rec. 2/2017.

suficiente. Ahora bien, a mi entender esta cuestión no debería de resolverse con una mera «victoria moral», consistente en la declaración de nulidad, ya que se ha producido una efectiva limitación de un derecho fundamental, que no se ha podido ejercer con plenitud si se han prestado servicios. Por lo tanto, entiendo que en estos casos si un concreto trabajador que ha prestado servicios reivindica un daño moral pueda concederse una indemnización que debería de correr a cargo de la Autoridad gubernativa que dicta el acto anulado. Así parece entenderlo, también, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de abril de 2012 (rec. 153/2011) que señaló que la «anulación de la resolución gubernativa no puede ser irrelevante y, desde luego, no puede ser ignorada por los órganos judiciales a los que se les pida la tutela del derecho fundamental y que actúen, como instancia resarcitoria». No en vano, el propio Tribunal Supremo consideró, finalmente, que sobre la empresa que llamó a los trabajadores a cubrir unos servicios mínimos con base a un reglamento que posteriormente fue anulado, no resulta atribuible una responsabilidad por culpa, ni tampoco por riesgos. En este sentido, la propia Sala IV advierte las lagunas existentes en este proceso de impugnación, al considerar que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la fijación del resarcimiento, pese a reconocer que la legitimación del sindicato en este proceso parece no estar clara. En definitiva, el Tribunal Supremo considera que cabe fijar una indemnización a favor de los trabajadores que han sido obligados a prestar servicios cuando el decreto que los ha determinado ha sido anulado, no en vano, concluye que la misma no puede ser imputable a la empresa, pues simplemente se limita a ejecutar una orden gubernativa.

VII. El escaso margen atribuido a la solución alternativa de conflictos

La última cuestión sobre la que me gustaría hacer hincapié en este capítulo es acerca del limitado campo de actuación que tienen la mediación o el arbitraje para poder solucionar los problemas derivados del establecimiento de servicios mínimos. En principio, el juego de la Autoridad gubernativa y del juez contencioso-administrativo emana de la lógica heterónoma imperante en materia sindical antes de 1978 (VIVERO, 2002; MONREAL, 2008) y, en parte, en lo que a servicios mínimos se refiere, se ha mantenido más o menos así hasta nuestros días.

En la actualidad, los distintos acuerdos para la solución extrajudicial de conflictos, alcanzados por sindicatos y patronal, comprenden a la huelga dentro de las materias sujetas a mediación. En este sentido, si nos vamos al artículo 4.1 k) del V Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC) podemos ver como se incluye dentro de

los conflictos susceptibles de sometimiento a mediación y arbitraje a los que «den lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga». Por su parte, el artículo 12.5 del ASEC expresa textualmente que «la iniciación del procedimiento de mediación impedirá la convocatoria de huelgas y la adopción de medidas de cierre patronal, así como el ejercicio de acciones judiciales o administrativas, o cualquier otra dirigida a la solución del conflicto, por el motivo o causa objeto de la mediación, en tanto dure ésta». Por lo tanto, una vez convocada la huelga y sometido el conflicto a mediación, el artículo 4.1 del ASEC cita a las controversias que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento, pero no hace lo propio con los considerados esenciales para la comunidad. Dicha omisión puede plantear ciertas dudas sobre la posibilidad o no de que los servicios esenciales para la comunidad puedan ser objeto de mediación. En mi opinión, esta opción se debe descartar por los siguientes motivos: de un lado, porque, siguiendo una interpretación literal, el artículo 4.1 k), anteriormente reproducido, prescinde de la mediación para la determinación de los servicios esenciales para la comunidad y la fijación de las prestaciones laborales mínimas; De otro lado, siguiendo una interpretación sistemática, no podemos obviar el artículo 1.2 del ASEC, que excluye de su ámbito de aplicación «los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) de la disposición adicional tercera del presente Acuerdo». Comoquiera que el RDL 17/1977 nos dice que el órgano competente para efectuar esta tarea es la Autoridad gubernativa, en los términos vistos a lo largo de este estudio, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 1.2 del ASEC no entran dentro de este proceso extrajudicial de conflictos. Tampoco podrá mediar la concreta elección de los trabajadores, facultad que reside en manos de la empresa y que en nuestro caso es, asimismo, una Administración Pública; En último término, no parece que en estos supuestos quepa la posibilidad de mediar, ya que no estamos ante un conflicto exclusivo entre dos partes, sino que coexisten también los intereses generales en favor de la comunidad, cuyo mantenimiento es necesario y, con ello, la declaración de esencialidad y su consecuente adopción de servicios mínimos le incumbe a la Autoridad gubernativa, sin que las partes puedan pactar nada que le resulte vinculante al aludido órgano competente.

Este mismo esquema permanece más o menos inalterado en los acuerdos laborales de mediación y sometimiento a arbitraje propios de las Comunidades Autónomas. Así, a título de ejemplo, el ar-

título 20.1 *in fine* del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales de la Comunidad Valenciana (ASACLVCV), señala que «en caso de huelga, la mediación será preceptiva». Por su parte, el artículo 22.2 del VI ASACLVCV expresa que «cuando se plantee la mediación en relación con la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, esta se iniciará a solicitud de cualquiera de las partes si se plantea dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comunicación formal de la huelga». Nuevamente, se prevé la posibilidad de mediar la concreción de los servicios de seguridad y mantenimiento, pero no así los de naturaleza esencial para la comunidad. El artículo 6.2 b) del ASACLVCV excluye del acuerdo a los conflictos en que «sea parte el Estado, comunidades autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos dependientes de los mismos». Por lo tanto, no parece que el establecimiento de servicios mínimos pueda ser objeto de mediación, pues, con independencia de lo opinado por las partes en conflicto es una decisión que, en última instancia, incumbe exclusivamente a la Autoridad gubernativa.

Para concluir con este apartado me referiré a una sentencia reciente que interpreta el artículo 10.1 del RDL 17/1977 en los casos en los que se han establecido servicios mínimos. Concretamente, el artículo 10.1 del mencionado decreto señala que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral en el plazo que determine, por un período máximo de dos meses o, de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio». El conflicto en cuestión se originó en el seno de la empresa de seguridad EULEN en el aeropuerto de Barcelona-El Prat. El Consejo de Ministro acordó establecer un arbitraje obligatorio. La cuestión relevante para los intereses de este capítulo es que la sentencia que resolvió este asunto, dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 16 de noviembre de 2018(70), considera que el artículo 10.1 del RDL 17/1977 no limita la posibilidad de imponer el arbitraje obligatorio a los supuestos en los que no se hayan fijado servicios mínimos. Así, en palabras de la mencionada sentencia: «los servicios mínimos y la imposición del arbitraje obligatorio no son medios alternativos que excluyen entre sí». Por lo tanto, los casos excepcionales en los que se tenga que acudir al arbitraje por la vía del artículo 10.1 RDL 17/1977 están abiertos tanto a huelgas en las que se han establecido previamente servicios mínimos para la comunidad, como a las que no han precisado de los mismos.

(70) STS (Contencioso-Administrativo) de 16 de noviembre de 2018, rec. 554/2017.

VIII. Bibliografía

- AA.VV., «El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica* (MONEREO PÉREZ, J.L. coord.). Ed. Comares, 2002.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, 1988.
- , «El derecho de huelga». *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTASS, Madrid, 2003, página 586.
- BAVIERA PUIG, I., «El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad como límite del derecho de huelga. SJS Madrid 24 enero 2011», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2011, págs. 69-78.
- CABEZA PEREIRO, J., «Argumentos sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, página 232.
- CASSAGNE, J.C., *La huelga en los servicios esenciales*. Ed. Civitas, 1995. página 59.
- CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», *Relaciones Laborales*, núm. 10. 1988.
- DEL REY GUANTER, S., *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*. Ed. INAP (Colección: Nueva Investigación), 1986, página 215.
- DOMÍNGUEZ BAUTISTA, J.C., «Algunos apuntes sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga», *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 3, 1993, página 34.
- FERNÁNDEZ PROL, F., *La Huelga en los Servicios Esenciales de la Comunidad*. Ed. CES, 2005. páginas 64 y 65.
- GÁRATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 75, 1996.
- , *Derecho de Huelga*. Ed. Bomarzo, 2013, página 54.
- GARCÍA MURCIA, J., «El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado». *El conflicto colectivo y la huelga (estudios en homenaje al profesor Gonzalo Díéguez)*. Ed. Laborum, 2008. Página 362.
- GARCÍA NINET, J.I. y BALLESTER PASTOR, I., «El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios considerados esenciales: el título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa», *Aranzadi Social*, núm. 5, 1998, página 6 (BIB1999/231).
- GOERLICH PESET, J.M.^a, *Los efectos de la huelga*. Ed. Tirant lo Blanch. 1994.
- MARTÍN VALVERDE, A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo». *El conflicto colectivo y la huelga (estudios en homenaje al profesor Gonzalo Díéguez)*. Ed. Laborum, 2008, página 200.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Huelga en servicios esenciales para la comunidad». *Estudios sobre la huelga*. Ed. ACARL, 1992, pág. 85.
- MONREAL BRINGSVAERD, E., *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*. Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

- PADILLA RUIZ, P., «La huelga en los servicios esenciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2010. página 5 (BIB 2010/1489).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad». *El conflicto colectivo y la huelga (estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez)*. Ed. Laborum, 2008. página 465.
- PICÓ LORENZO, C., «La necesidad de motivación administrativa en la fijación de los servicios calificados como esenciales de la comunidad», *Diario La Ley*, núm. 7496, 2010 (La Ley 1374/2010).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional». *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales. Estudios en homenaje a don Francisco Tomás y Valiente*. Ed. La Ley, 1997. página 197.
- SOLÍS PRIETO, C., «El derecho de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Aranzadi Social*, Vol. II, 2006, página 1625.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores». *Los derechos, obligaciones y responsabilidades de los representantes legales de los trabajadores* (TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.). Ed. Lex nova, 2015. página 121.
- VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*. Ed. Lex Nova, 2002.



La política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte

The policy on planning and development in Northern Basque Country

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
eguzki.urteaga@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.07>

LABURPENA: Gaur egungo testuingurua, une berean, lurralde tentsioek, eskualde hiriburuaren metropolizazioak, fenomeno periurbanoaren hazkundeak eta zerbitzu publiko zein lan gutxiz hornitutako landaguneen despoblazioak ezaugarritzen dute, baita ere ekoizpen jardueren kontzentrazioan, baliabide naturalen ustiapenean eta ezberdintasun sozialen handitzean oinarritutako garapen ereduak. Bilakaera horiek ez bazaizkio Ipar Euskal Herriari propioak, oihartzun berezi bat daukate bertan. Preseski, artikulua honen helburua, lurraldea ulertzeko eta lurralde antolaketa zein garapena irudikatzeke modu originala azaltzea da.

Politika horren hasera 1990. hamarkadan kokatzen da, Euskal Herria 2010 prospektiba lanarekin eta Garapen Kontseilua-Hautetsien Kontseilua bikotea osatzearekin, eta 2020an amaitzen da, Euskal Elkargoaren gobernantza itunaren onarpenarekin, zeinak, lurraldearen erakunde errepresentagarriak, lotuak zaizkion erakundeekin dauzkan harremanak arautzen dituen, 2015-2020 Lurralde Kontratua indarrean dagoen bitartean. Garai hori, lurralde-egitasmoaren eraberritzearen unea izateaz gain, bertako gobernantza gailuaren bilakaerarena da, aipatutako bikoteak Euskal Elkargoa eta Garapen Kontseiluaren arteko lankidetzari tokia uzten baitio.

GAKO HITZAK: Politika publikoa. Bertako garapena. Lurralde antolaketa. Ipar Euskal Herria.

ABSTRACT: The current context is characterized at the same time by the exacerbation of the territorial tensions with the metropolization of regional capitals, the rise of the periurban phenomenon and the depopulation of rural areas where public services and employments are decreasing, and by the exhaustion of a model of development based on the clustering of productive activity, exploitation of natural resources and the growth of social inequalities. Albeit those are not specific to Northern Basque Country, they find a particular resonance in it. The objective of this article is precisely to give account of this original way of designing territory and contemplating its planning and development.

This policy began in the nineties with the accomplishment of the Basque Country Foresight 2010 and the setting up of the binomial Council for the Development and the Council of Elected, and it continues until 2020 with the adoption

of a new governance agreement for the Conurbation Community of the Basque Country that determines the relationships between the territorial representative institution and the associated bodies, and the adoption of the Charter for sustainable planning and development of the Basque Country with the Territorial contract for 2015-2020 in the background. This period is characterized by the drafting and subsequent renewal of the project of territory which has led to a contractualization in the form of a specific agreement and territorial contracts; and by the evolution of local governance which moves from that binomial to the collaboration between the Conurbation Community and the Council for Development.

KEYWORDS: Public policy. Local development. Planning. Northern Basque Country.

RESUMEN: El contexto actual está marcado, a la vez, por la exacerbación de las tensiones territoriales, con la metropolización de las capitales regionales, el auge del fenómeno periurbano y la despoblación de las zonas rurales cada vez menos dotadas en servicios públicos y empleos, y por el agotamiento de un modelo de desarrollo basado en la concentración de la actividad productiva, la explotación de los recursos naturales y el aumento de las desigualdades sociales. Si estas evoluciones no son específicas al País Vasco norte, encuentran en él una resonancia particular. El objetivo de este artículo es precisamente dar cuenta de esta manera original de concebir el territorio y de contemplar su ordenación y desarrollo.

Esta política se inicia en los años noventa, con la realización de la Prospectiva País Vasco 2010 y la puesta en marcha del binomio Consejo de Desarrollo-Consejo de Electos, y prosigue hasta 2020, con la aprobación de un nuevo pacto de gobernanza de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco que determina las relaciones entre la institución representativa del territorio y los organismos asociados, y la aprobación de la Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco, el Contrato Territorial 2015-2020 en trasfondo. Este periodo se caracteriza por la elaboración y posterior renovación del proyecto de territorio, que ha dado lugar a una contractualización bajo la forma de un Convenio Específico y de Contratos Territoriales; y, por la evolución del dispositivo de gobernanza local que pasa de dicho binomio a la colaboración entre el Comunidad de Aglomeración y el Consejo de Desarrollo.

PALABRAS CLAVE: Política pública. Desarrollo local. Ordenación del territorio. País Vasco norte.

Trabajo recibido el 27 de abril de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. El Contrato Territorial País Vasco 2015-2020. 1. Las características del Contrato Territorial. 2. La elaboración del Contrato Territorial. 3. El diagnóstico territorial. 4. Las operaciones del Contrato Territorial.—III. La renovación del dispositivo de gobernanza territorial. 1. Un nuevo pacto de gobernanza. III.2. La Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco.—IV. Conclusión.—V. Bibliografía.

I. Introducción

El contexto actual está marcado, a la vez, por la exacerbación de las tensiones territoriales (Davezies, 2012), con la metropolización de las capitales regionales, el auge del fenómeno periurbano (Charmes, 2019) y la despoblación de las zonas rurales cada vez menos dotadas en servicios públicos y empleos, y por el agotamiento de un modelo de desarrollo basado en la concentración de la actividad productiva, la explotación de los recursos naturales y el aumento de las desigualdades sociales. Si estas evoluciones no son específicas al País Vasco norte, encuentran en él una resonancia particular, tratándose tanto de una realidad histórica, cultural y político-administrativa como de un territorio de proyecto (Urteaga, 2008a). El objetivo de este artículo es precisamente dar cuenta de esta manera original de concebir el territorio y de contemplar su ordenación y desarrollo apoyándose en una nueva gobernanza que aspira a asociar todos los actores concernidos en la concepción, implementación y evaluación de las políticas públicas (Urteaga et Ahedo, 2004).

Todo empieza a inicios de los años noventa, en un periodo caracterizado por la desaparición progresiva de la violencia política en el País Vasco norte (Urteaga, 2004a; Bidegain, 2010) y la voluntad de los poderes públicos de pasar de una lógica de confrontación a una lógica de cooperación entre los poderes públicos y la sociedad civil organizada, en la cual los nacionalistas vascos son especialmente activos (Urteaga, 2007), con el lanzamiento de la Prospectiva País Vasco 2010. Este trabajo, que moviliza los actores del territorio, consta de un apartado diagnóstico, que intenta realizar un inventario exhaustivo en los ámbitos económicos, sociales o culturas, y de otro apartado prospectivo, que distingue las diferentes evoluciones posibles del País Vasco situado al norte de la Bidasoa según las decisiones tomadas por las autoridades (Club de Prospective Pays Basque 2010, 1994).

Este informe provoca una toma de conciencia de los poderes públicos sobre la necesidad de poner en marcha, de manera urgente y perenne, unas políticas públicas ambiciosas en el territorio a fin de hacer frente al distanciamiento creciente entre la costa y el interior, a la debilidad del

empleo cualificado para poder mantener e incluso atraer a personas cualificadas, al éxodo de numerosos estudiantes por falta de oferta universitaria suficiente o al declive, que parece entonces inexorable, del conocimiento y del uso de la lengua vasca (Urteaga, 2004b; 2019).

No obstante, la elaboración y, luego, la implementación de semejantes políticas implica dotar el territorio de un dispositivo de gobernanza inclusivo poniendo énfasis en la participación de los actores de la sociedad civil organizada y la concertación permanente entre estos y los poderes públicos. Esto desemboca, entre 1994 y 1995, en la creación del binomio formado por el Consejo de Desarrollo del País Vasco (CDPV) (Conseil de Développement du Pays Basque, 1994) y el Consejo de Electos del País Vasco (CEPV) (Conseil des Elus du Pays Basque, 1995). Si el primero reúne a los representantes de las principales cooperativas, sindicatos y asociaciones o a personas que tienen una expertise en un ámbito preciso, el segundo aglutina a los principales electos del territorio, sean alcaldes, consejeros generales, consejeros regionales o parlamentarios estatales y europeos.

Una vez el dispositivo de gobernanza puesto en marcha, el CDPV elabora y, posteriormente, pone en aplicación una metodología de trabajo que permite a las comisiones temáticas formular unas propuestas concretas en cada uno de los ámbitos abordados por la Prospectiva País Vasco 2010. Esta labor de varios meses, que ha movilizó a los actores locales, desea, de manera concertada, identificar las principales palancas que permitan garantizar, a mediano y largo plazo, una ordenación coherente y un desarrollo armonioso del territorio. Este trabajo da lugar a un proyecto estratégico del territorio, denominado *Lurraldea* (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996a), cuyo espíritu, dirección y principales ejes son precisados, y, luego, al Esquema de Ordenación y Desarrollo del País Vasco en 1997 (Conseil de Développement du Pays Basque, 1996b); Esquema que será objeto de una evaluación posterior (Conseil de Développement du Pays Basque, 2000) de cara a la elaboración del Convenio de Desarrollo del País Vasco (CIADT, 1997; Madec, 1999).

Sobre la base de dicho Esquema, que ha sido objeto de una actualización a fin de tener en cuenta las evoluciones que han podido producirse desde su elaboración, el Consejo de Electos del País Vasco inicia una fase de negociaciones con los poderes públicos implicados en el Contrato de Plan Estado-Región (CPER), a saber, el Estado galo, la Región Aquitania, así como el Departamento de los Pirineos-Atlánticos y los Ayuntamientos del País Vasco norte reunidos en el Sindicato intermunicipal de apoyo a la cultura vasca. Esta negociación, larga y ardua, llena de sobresaltos, está sacudida por unas movilizaciones, en particular a favor de la creación de un Departamento País Vasco (Chaussier, 1997; 1998).

Esta movilización creciente, tanto por su amplitud como por la naturaleza y diversidad de los actores implicados, obliga los poderes públicos a hacer concesiones, especialmente reconociendo el País Vasco norte como *país* (ANPP, 2020), en el sentido de la ley Voynet (Légifrance, 2020a), y firmando el Convenio Específico País Vasco, dotado de una financiación pública de 400 millones de euros para el periodo 2001-2006 (Convention Spécifique Pays Basque 2001-2006, 2000). Este Convenio consta de nueve apartados, el primero de ellos consagrado a la política lingüística a fin de facilitar la revitalización de la lengua vasca. Cada uno de estos apartados contiene acciones para las cuales son precisados la dirección de obra, los obradores, los objetivos a alcanzar, los periodos de realización y las financiaciones correspondientes. Por primera vez, unas políticas públicas son concebidas e implementadas a nivel del País Vasco norte gracias a una financiación interinstitucional.

Al llegar este primer Convenio a su vencimiento, además de la evaluación efectuada a mitad de camino a fin de ajustar el plan de acción inicial (Convention Spécifique Pays Basque réactualisée à mi-parcours, 2004), una reflexión es iniciada para preparar el Contrato de Plan siguiente. Esta reflexión colectiva, denominada País Vasco 2020 (Conseil de Développement du Pays Basque, 2007), es llevada a cabo de manera concertada y según una dirección así como unas modalidades de implementación y evaluación precisas. En este caso también, bajo la egida del Consejo de Electos y en estrecha colaboración con los diferentes poderes públicos, un Contrato Territorial País Vasco es negociado y, posteriormente, aprobado para el periodo 2007-2013 (Contrat Territorial Pays Basque 2007-2013, 2007). Este último indica los principales ejes a seguir, las modalidades de implementación, las posibilidades de actualización así como los procedimientos de evaluación.

Aprovechando la experiencia acumulada por los actores implicados y una metodología que ha demostrado su eficacia, un dispositivo análogo es puesto en aplicación para la elaboración y posterior implementación del Contrato Territorial País Vasco 2015-2020. No en vano, la fase preparatoria y, luego, la negociación de este Contrato Territorial está fuertemente marcada por la demanda masiva y consensual de institucionalización del territorio que toma la forma de un Departamento País Vasco y, posteriormente, de una Colectividad Territorial con estatus particular a partir de 2013 (Collectivité Territoriale Pays Basque, 2013). Aunque no desee contestar favorablemente a esta demanda, aprovechando la aprobación de la ley NOTRe (Ministère de l'Intérieur, 2015), el gobierno galo consiente a dotar el País Vasco norte de una institución propia bajo la forma de una Comunidad de Aglomeración País Vasco (Ayrault, 2013). El diagnóstico, el contenido y el seguimiento-evaluación del Contrato Territorial se resienten de ello.

La creación de semejante institución, a partir del 1 de enero de 2017, provoca una modificación del dispositivo de gobernanza de la política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte, puesto que, por una parte, el territorio se dota de una institución propia que dispone de competencias obligatorias, facultativas, optativas y adicionales, lo que le permite elaborar y, luego, poner en marcha 21 políticas sectoriales, especialmente en los ámbitos del transporte, del medio ambiente, de la vivienda o de la política lingüística; y, por otra parte, el rol, e incluso, la existencia misma del binomio Consejo de Desarrollo-Consejo de Electos se halla cuestionado. En efecto, el Consejo de Electos desaparece y el Consejo de Desarrollo se encuentra parcialmente asociado a la Comunidad de Aglomeración del País Vasco. Esta nueva configuración, marcada por la institucionalización creciente, es susceptible de poner en riesgo la nueva gobernanza creada en los años noventa.

II. El Contrato Territorial País Vasco 2015-2020

La reflexión llevada a cabo sobre la institucionalización y la gobernanza del País Vasco norte, así como la candidatura del territorio al programa Leader 2014-2020, dan cuenta de la voluntad de participar en la definición e implementación de un proyecto de territorio coherente y duradero. En la prolongación del Convenio Específico País Vasco 2001-2006 y del Contrato Territorial País Vasco 2007-2013, «el Contrato de Plan Estado-Región 2015-2020, en el marco de su apartado territorial y de sus ejes temáticos, viene perennizar la acción del Estado [francés], de la Región Aquitania, del [Departamento] de los Pirineos-Atlánticos y de los [Ayuntamientos vascos] a favor de proyectos estructurantes para el País Vasco [norte]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5).

Conviene señalar que, previamente a la aprobación del nuevo Contrato Territorial el 7 de noviembre de 2015, el Contrato de Plan Estado-Región 2015-2020 es firmado el 23 de julio de 2015, la carta del Primer ministro a favor de un Contrato específico para el País Vasco norte se remonta al 20 de noviembre de 2013, la deliberación de la Asamblea plenaria del Consejo regional de Aquitania relativa a la nueva política contractual regional favorable a la reactivación económica de los territorios data del 20 de octubre de 2014, la deliberación de la Asamblea plenaria del Consejo regional de Aquitania es del 19 de octubre de 2015, y, por último, la deliberación plenaria del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos está fechada el 9 de octubre de 2015 (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 4).

Los ejes estratégicos de dicho Contrato, negociados por el Consejo de Electos del País Vasco, concretan la inversión del Estado y de la Re-

gión, «especialmente en materia de movilidad multimodal, enseñanza superior, investigación e innovación, transición ecológica y energética» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5). Su apartado territorial representa, igualmente, un esfuerzo público en el ámbito del apoyo a la ingeniería del territorio y al desarrollo de la lengua y de la cultura vascas (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5). «Esta inversión es acompañada por [la contribución] del Consejo departamental de los Pirineos-Atlánticos, socio histórico del Contrato» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5).

En total, las operaciones inscritas en el Contrato Territorial representan una cuantía total de 300.636.055 euros, es decir 87 millones más que para el Contrato precedente, «con una participación del Estado [francés] de 61.844.848 euros, una [contribución] de la Región Aquitania de 61.885.597 euros y [una aportación] del Departamento de los Pirineos-Atlánticos de 43.285.880 de euros» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5). Además, los esfuerzos desplegados en materia digital permiten al País Vasco norte beneficiarse de un programa de equipamiento en banda ancha a fin de reducir la fractura digital y reforzar la capacidad de atracción económica del territorio. Además, «los dispositivos de derecho común existentes para los diferentes socios [están] en medida de completar las operaciones previstas» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 5).

En suma, el nuevo Contrato Territorial País Vasco representa un esfuerzo específico del Estado y de las administraciones territoriales a favor del desarrollo sostenible del País Vasco norte, «en un contexto presupuestario globalmente constreñido» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6).

1. Las características del Contrato Territorial

A partir del mes de septiembre de 2013, dado que el Contrato Territorial 2007-2013 llega a su término al final de ese año, el Consejo de Electos inicia, con la ayuda del Consejo de Desarrollo y de las Comunidades de municipios y de aglomeración, y de acuerdo con el Estado, la Región y el Departamento, «la preparación de un nuevo Contrato para el periodo 2015-2020, segunda declinación operativa del proyecto [de territorio] País Vasco 2020» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6). Se trata, en ese sentido, del tercer Contrato Territorial cuyo principio ha sido validado por el Primer ministro. Este último confirma «el compromiso del gobierno [galo con] un Contrato específico para el País Vasco [norte], en el marco del nuevo Contrato de Plan Estado-Región» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6).

A fin de tener en cuenta las consecuencias de la reforma territorial (Ministère de l'Intérieur, 2016), «el Comité de dirección del Contrato País Vasco del 18 de julio de 2014 [aprueba] el principio de [dividir] el nuevo Contrato en dos apartados, que corresponden a dos periodos distintos: 2015-2017 y 2018-2020» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6). Sobre la base de una contribución elaborada durante el primer semestre de 2014 por el Consejo de Desarrollo y de la propuesta de acciones a llevar a cabo establecida por el Consejo de Electos en febrero de 2015, tras una convocatoria de proyectos y unas operaciones complementarias propuestas especialmente por los Establecimientos Públicos de Cooperación Intermunicipal (EPCI), los socios del Contrato seleccionan una serie de operaciones elegibles al Contrato (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6). Aprueban una cláusula que contempla un nuevo examen durante el primer semestre de 2017 para preparar la segunda fase correspondiente al periodo 2018-2020.

Los firmantes «aprueban los ejes de este nuevo Contrato (...) así como el programa operativo establecido para alcanzar los objetivos [fijados]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6). Este Contrato precisa, además, «los medios y las modalidades de intervención que los diferentes socios [piensan] poner en marcha para [llevarlo a cabo]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 6). Apoyándose en la evaluación del Contrato 2007-2013 realizada en 2013 y de los trabajos preparatorios efectuados en 2014, el nuevo Contrato «se estructura en torno a nueve ejes estratégicos» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 7).

Dicho Contrato Territorial País Vasco consta de 62 operaciones consideradas prioritarias teniendo en cuenta su contribución al proyecto de territorio (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 7). Integran, por una parte, «las operaciones inscritas en el Contrato de Plan Estado-Región 2015-2020 e implementas en el territorio del País Vasco [norte]», y, por otra parte, «las operaciones susceptibles de beneficiarse de créditos [provenientes de unas partidas financieras] regionales del CPER y/o de fondos europeos»; sin olvidar «las operaciones que dependen del Contrato de Cohesión y de Desarrollo Territorial del Consejo regional de Aquitania puestas en marcha en [Zuberoa] y el programa Leader Montaña vasca 2014-2020 [aprobado] por el Consejo regional de Aquitania» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 7).

Además, «los socios se comprometen a participar, especialmente a través de los dispositivos de derecho común existentes, en las operaciones estructurantes previamente identificadas en el territorio, y cuyas modalidades de financiación son conocidas» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 7). Se comprometen, igualmente, a apoyar la realización de estas acciones para las cuales han «[orientado] directa-

mente unos [recursos] financieros [o] identificado unas líneas presupuestarias que serán movilizadas en el marco de procedimientos/convocatorias de proyectos previstos para estos mismos socios» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 7-8).

A su vez, «el Estado y la Región se comprometen a comunicar al Consejo de Electos las modalidades de movilización de las [partidas] financieras regionales del CPER, [en la medida en que] serán conocidas para permitir a los [portadores de proyectos] depositar sus [solicitudes]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 8). De su parte, «el Departamento se compromete a comunicar al Consejo de Electos las modalidades de movilización de [las partidas] financieras provenientes de [las cláusulas adicionales] de los Contratos de Territorios, entre el Departamento y los territorios de las Comunidades de aglomeración y de municipios del País Vasco [norte]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 8).

Las operaciones para las cuales los socios han identificado unas modalidades de intervención susceptibles de ser movilizadas tendrán vocación a integrar este Contrato.

«Esta integración tendrá lugar [en función] de la decisión de financiación de los socios, en el momento de la aplicación del procedimiento de revisión» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 8).

Tanto para el Estado como para las colectividades territoriales firmantes, «los compromisos inscritos en [ese] Contrato están subordinados a la apertura de los medios financieros necesarios en las leyes de finanzas o los presupuestos [asociados] para las colectividades y a las condiciones de ejercicio de las políticas públicas [correspondientes]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 8).

Asimismo, «el Comité de dirección [aprobará] la programación de las operaciones del año y efectuará el seguimiento de la ejecución del programa» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9). De manera similar, «examinará las operaciones no finalizadas [en el momento de] la firma de este Contrato, y para las cuales los socios han identificado unas modalidades de intervención. Estas operaciones se añadirán en el momento del procedimiento de revisión» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9). Llevará a cabo, igualmente, la evaluación del Contrato, sabiendo que «los resultados de la evaluación serán aprovechados para aclarar la implementación del Contrato y, más globalmente, del proyecto de territorio, y para permitir orientar [su] contenido, [si fuera necesario]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9).

Un primer balance será efectuado en 2017, lo que permitirá ajustar el contenido del periodo siguiente correspondiente a los años 2018-2020.

«La animación de la implementación y de la evaluación del Contrato Territorial País Vasco [será asumida] por el equipo técnico del dispositivo Consejo de Electos-Consejo de Desarrollo, en relación con los equipos técnicos de las Comunidades de municipios y de aglomeración del País Vasco y los servicios del Estado, de la Región y del Departamento» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9).

Además, «un procedimiento de revisión del Contrato (...) será [realizado] durante el primer semestre del año 2017. [Concernirá] el apartado 2018-2020 del Contrato» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9). Tendrá, especialmente, como objeto «efectuar un balance cuantitativo y cualitativo a mitad de camino del Contrato, pudiendo dar lugar a un reajuste del programa e incluso a un [nuevo despliegue] de créditos; integrar en la lista de las operaciones el conjunto de los proyectos identificados previamente (...), movilizándolo en la fecha de revisión una financiación por parte de los socios» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9).

En este caso también, «el trabajo [relativo] a este procedimiento de revisión [corresponderá] al Consejo de Electos del País Vasco o, si el territorio se ha dotado de una institución pública dotada de personalidad moral [para] esta fecha, de la institución que [asumirá] estas misiones» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9). Evidentemente, se hace alusión a la creación de la Comunidad de Aglomeración País Vasco.

Por último, «la fecha límite para [el inicio] de las operaciones del Contrato está fijada al 31 de diciembre de 2020, fecha del final de validez del presente Contrato. Un balance definitivo está previsto al término de la duración [de ese] Contrato, es decir en el transcurso del año 2021» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9). Tendrá principalmente como objeto «efectuar un balance cuantitativo y cualitativo definitivo del Contrato; [e] integrar, en la lista de las operaciones, el conjunto de los proyectos identificados previamente habiendo recibido en la fecha del balance una financiación de los socios» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 9).

2. La elaboración del Contrato Territorial

Así, en la Asamblea general del 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Electos decide comprometerse en un nuevo Contrato para el periodo 2015-2020.

«Apoyándose en la evaluación del Contrato 2007-2013, llevada a cabo con la ayuda del Gabinete Planète Publique, [de-sea] que este Contrato sea ambicioso y específico, que implique de manera [novedosa] y central a los diez EPCI (ocho Comunidades de municipios y dos Comunidades de aglomeración del País Vasco), y que renueve la contractualización con el Estado, la Región y el Departamento» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 12).

Según sus promotores, este Contrato debe responder a los siguientes desafíos, que retoman los tres ámbitos de País Vasco 2020 (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 12).

- *Dar una nueva trayectoria al modelo de desarrollo del País Vasco norte*, a fin de que sea más productivo, más innovador y más sostenible, «a través de una inversión más fuerte de las temáticas vinculadas con la gestión terrenal, los sectores de excelencia y los circuitos cortos, la innovación económica y social, la movilidad sostenible, la transición energética y ecológica, etc.» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 12).
- *Organizar las solidaridades y las complementariedades territoriales*, de cara a llegar a un mayor equilibrio y solidaridad funcional «a nivel de la ordenación sostenible, la vivienda social, los servicios públicos, las políticas culturales y lingüísticas, la juventud, la gestión del espacio, la montaña, el litoral, etc.» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 12).
- *Desarrollar la cooperación con los territorios vecinos* «para un posicionamiento más estratégico del territorio reforzando las complementariedades en los ámbitos [de la economía], la enseñanza superior, la investigación [y] desarrollo, el empleo [y la] formación, los equipamientos estructurantes, la política cultural, el marketing territorial, etc.» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 12).

Para preparar las propuestas del País Vasco norte dirigidas a sus socios, el Consejo de Electos procede en varias etapas.

En una primera etapa, que va de marzo a junio de 2014, «[a la demanda] del Consejo de Electos, el Consejo de Desarrollo [inicia] un primer trabajo participativo a fin de [interrogar de nuevo] los retos identificados en País Vasco 2020 e identificar las orientaciones y propuestas de acciones posibles [susceptibles] de nutrir el próximo Contrato» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13). Diez temáticas son entonces definidas con la juventud como objetivo prioritario. Seis temáticas entran en el campo del CPER, a saber, la enseñanza superior, la economía, la movilidad, lo digital, la transición ecológica y energética, y el empleo-for-

mación-diálogo social. Otras cuatro temáticas pertenecen a otras especificidades del territorio, tales como, la lengua vasca, la cultura, la vivienda, la ordenación del territorio y de los servicios (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13).

Apoyándose en los análisis y las propuestas de los diez talleres de trabajo que han reunido a cerca de 735 participantes en las treinta reuniones organizadas entre marzo y mayo de 2014, «el Consejo de Desarrollo [aprueba] su contribución el 11 de junio de 2014 y [la presenta] al Consejo de Electos el 13 de junio, proponiendo, [entre otros aspectos], un marco estratégico [concebido] en torno a seis prioridades para elaborar el Contrato 2015-2020» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13).

La segunda etapa, correspondiente al lanzamiento de la convocatoria de proyectos, se desarrolla entre agosto y septiembre de 2014. Conviene recordar, a este propósito, que «la elaboración del Contrato Territorial País Vasco 2015-2020 se inscribe en un contexto de reforma [en proceso de aprobación] de la organización territorial de las [administraciones territoriales] y de sus competencias, no sin [tener] consecuencias sobre la implementación de las políticas públicas. Localmente, la elaboración del Contrato se inscribe, también, en un contexto de evolución de la gobernanza del País Vasco [norte]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13). Por consiguiente, el Consejo de Electos propone a los socios públicos del Contrato, reunidos en Comité de dirección el 18 de julio de 2014, «el principio de elaborar el nuevo Contrato en dos apartados distintos» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13).

Con este fin, el Consejo de Electos «lanza una convocatoria de proyectos, durante el verano de 2014, para identificar las operaciones de los actores públicos y privados susceptibles de responder a las seis prioridades sugeridas por el Consejo de Desarrollo en su contribución» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13):

- hacer de la solidaridad y de la complementariedad entre los componentes territoriales del País Vasco norte, la condición de una mejor cohesión social y territorial;
- garantizar la transmisión de la lengua y de la cultura para confortar la identidad y construir el porvenir;
- hacer de la juventud, la prioridad de las acciones del Contrato;
- sacar provecho de la transición ecológica y energética para dar una nueva trayectoria al modelo de desarrollo del País Vasco norte;
- apostar por el desarrollo de una economía productiva e innovadora socialmente, generadora de empleos de calidad;
- hacer de la dimensión euro-regional un vector de desarrollo para el País Vasco norte y sus habitantes (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 13-14).

Esta convocatoria de proyectos conoce un gran éxito, puesto que cerca de 195 proyectos son presentados por 86 obradores diferentes (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 14).

La tercera etapa, consagrada al examen y a la priorización de los proyectos, se desarrolla entre octubre de 2014 y febrero de 2015.

«Un dispositivo de instrucción de las operaciones propuestas en el marco de la convocatoria de proyectos [es] puesto en marcha a fin de evaluar su nivel de contribución a las seis prioridades del Contrato y [su] impacto sobre el desarrollo del País Vasco [norte]. Los servicios del Estado [galo participan en él] para [prestar, si fuera necesario], una [ayuda] técnica, pero sin que pueda valer de acuerdo previo sobre la elegibilidad de las acciones» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 14).

Este trabajo es llevado a cabo por una Comisión compuesta por representantes del CEPV, del CDPV, de las diez Comunidades de municipios y de aglomeración del País Vasco, del Estado, de la Región y del Departamento (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 14). Permite «desembocar en una priorización de los proyectos. (...) El Consejo de administración del Consejo de Electos [válida], en su sesión del 2 de febrero de 2015, las conclusiones de la Comisión. El programa de acciones así propuesto se inscribe en los retos y las orientaciones resultantes del diagnóstico territorial efectuado en 2014 por el CDPV» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 14).

3. El diagnóstico territorial

En el diagnóstico territorial, efectuado por los promotores del Contrato, constatan que el País Vasco norte sigue siendo atractivo. De hecho, con alrededor de 300.000 habitantes, el territorio conoce un crecimiento demográfico, «a pesar de un saldo natural negativo y pese a algunas disparidades territoriales, [porque] este aumento de población se debe esencialmente a un saldo migratorio positivo» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 14). Las proyecciones realizadas confirman que el crecimiento demográfico debería proseguir en los años venideros al mismo ritmo. Otras tendencias demográficas se confirman, tales como «el envejecimiento de la población, muy marcado en ciertos territorios, (...) y la escasa parte de jóvenes en la población total» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 15).

Se trata, además, de un territorio con dinámicas desiguales. En efecto, el País Vasco norte, «si está fuertemente terciarizado (...), dispone de una agricultura más dinámica que [en otras partes], relativamente bien integrada a una industria agroalimenticia que ha sabido resistir. Dispone, también, de un tejido industrial variado, [y] de pymes especializadas y ancladas en su territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 15). No en vano, el desarrollo de la economía local «se realiza, ante todo, por [mediación] de la economía presencial, creadora de la gran mayoría de empleos. Este empleo creado resulta ser, sin embargo, de menor calidad que aquel generado por las actividades productivas» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 15). Además, desde 2010,

«el País Vasco [norte] conoce una degradación de la situación general del empleo, con el aumento significativo de la precariedad, [y] un desempleo de los jóvenes y de las mujeres [creciente]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 15).

A su vez, la gestión del espacio está insuficientemente controlado y el mercado de la vivienda sigue bajo tensión. Efectivamente, «el País Vasco [norte] continúa conociendo fuertes tensiones en el mercado terrenal e inmobiliario. La situación es tensa en un territorio tan atractivo demográficamente» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 15). Además del retraso acumulado en materia de producción de viviendas sociales, «el modo de urbanización es (...) una de las causas de esta situación» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 16). Por lo cual,

«una política de ordenación más sostenible y concertada, [acoplada] a una oferta de transporte adaptada, debe poder contribuir a una mayor coherencia y a convertir el [carácter] atractivo del territorio en sostenible» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 16).

No obstante, el capital territorial tiende a erosionarse, sabiendo que este se basa en su identidad, muy fuertemente vinculada a su cultura, su lengua y su patrimonio natural (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 16). Desde un punto de vista sociolingüístico, la proporción de vascoparlantes prosigue su declive, aunque este retroceso tienda a ralentizarse gracias «a los esfuerzos consentidos por los socios (...) de la política lingüística en el ámbito de la enseñanza» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 16). En cuanto a la cultura vasca, «una necesaria estructuración y la emergencia de una política cultural concertada y compartida siguen siendo unos objetivos a alcanzar para permitir a la cultura vasca ser reforzada y (...) valorizada» (Contrat Territorial Pays Bas-

que 2015-2020, 2015: 16). Por último, en materia de patrimonio natural, la ley sobre la transición energética para el crecimiento verde fija, a partir de entonces, el marco jurídico aplicable en ese ámbito (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 16).

El País Vasco norte está, asimismo, en transición económica y social. Según los autores del Contrato Territorial, ante la competencia internacional creciente, el territorio «debe proseguir la estructuración de [los sectores] económicos, acompañar la dinámica de creación de empresas, ayudar las empresas a innovar, favorecer el acceso al empleo para los públicos más frágiles» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 17). Paralelamente, la economía social y solidaria «es llevadera de innovación económica y social, pero también de anclaje territorial, en [un] momento en el cual la relocalización de la economía se convierte en una necesidad» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 17). Es reputada por ser más resiliente y más apta a jugar un rol de amortiguador en un contexto económico difícil.

El territorio está, también, en fase de transición ecológica y energética. Frente a los desafíos vinculados al cambio climático y a la disminución de las energías fósiles,

«se trata de adaptar [los] modos de desarrollo y de ordenación, los modos de producción y de consumo. El País Vasco [norte] dispone para ello de un [caldo de cultivo] favorable, gracias a la existencia de una economía militante (...), unas experiencias e iniciativas numerosas, unas prácticas sociales y solidarias [sólidas], ancladas en unos valores fuertes, una identidad y un sentimiento de pertenencia movilizador» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 17).

Este territorio en encuentra, simultáneamente, en transición digital. Si lo digital ha penetrado los diferentes espacios de la vida cotidiana, «todos los habitantes no son iguales ante el acceso a estas redes de telecomunicación. Existe (...) un riesgo de fractura digital entre el País Vasco interior y la parte litoral. Esta fractura podría venir añadirse a unas dificultades ya existentes en [los] territorios rurales: aislamiento geográfico, envejecimiento de la población, escasas rentas, problemas de movilidad, etc.» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 18). En estos territorios, «lo digital puede desempeñar (...), más que en otras partes, un rol fundamental, e incluso [puede ser] una oportunidad para mejorar la calidad de vida (...) y reforzar su desarrollo económico» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 18).

Paralelamente, el posicionamiento euro-regional del País Vasco norte está insuficientemente valorizado. Si este territorio está en el corazón de

una verdadera euro-región y es un punto de intercambio esencial entre Aquitania y el País Vasco sur, «las prácticas sociales transfronterizas no están a la altura de las ambiciones [expresadas]. La ausencia de oferta de movilidad de proximidad sigue siendo uno de los grandes obstáculos a estos intercambios, a los que se añaden unos obstáculos administrativos y lingüísticos» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 18). Por lo tanto, la cooperación transfronteriza constituye un reto mayúsculo para el territorio (Urteaga, 2008b), a fin de que las instituciones de ambas partes de los Pirineos contribuyan a una mejor integración de este espacio euro-regional (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 18).

El País Vasco norte se halla, también, a la búsqueda de su organización institucional. De hecho, dado que la ley de 2010 suprime el fundamento jurídico de los *países* (Vie publieque, 2018), el Consejo de Electos decide abrir una amplia reflexión sobre la evolución de la institucionalización del territorio.

«Partiendo de las necesidades del territorio, los trabajos han permitido definir un contenido (...) y han desembocado en una solución de consenso: una Colectividad territorial con estatus particular» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 18).

No obstante, el gobierno galo invita los actores locales a estudiar otras formas de evolución de la organización del País Vasco norte, en relación con los instrumentos institucionales ya existentes o posibilitados por la reforma territorial (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 19). Tras haber lanzado un estudio para analizar el escenario de un EPCI a escala del País Vasco norte, la Asamblea general del Consejo de Electos, reunida el 1 de julio de 2015, decide proseguir la profundización de este escenario (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 19; Conseil des Elus du Pays Basque, 2016).

4. Las operaciones del Contrato Territorial

Sobre la base de estos elementos de diagnóstico, las instancias de concertación del País Vasco norte proponen elaborar el nuevo Contrato Territorial en torno a los nueve ejes estratégicos siguientes: 1) estructurar un Campus del País Vasco con una oferta atractiva en relación con las carreras de excelencia, en un posicionamiento euro-regional; 2) apoyar un desarrollo económico y social eficiente; 3) desarrollar unas movilidades sostenibles para todos los públicos y en todo el País Vasco norte; 4) garantizar el acceso a la banda ancha en cualquier punto del territorio, des-

plegando las redes de conexión y desarrollando el uso; 5) lograr la transición ecológica y energética del territorio; 6) dar un nuevo impulso a la política lingüística favorable a la lengua vasca; 7) construir un proyecto cultural de territorio a escala del País Vasco norte; 8) reforzar la producción de viviendas adaptadas a las necesidades del territorio; y, 9) organizar una ordenación equilibrada entre zonas urbanas y rurales, y unos servicios adaptados a las necesidades de los habitantes (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 19-20).

En el primer eje, los firmantes del Contrato constatan que, «en un contexto de recomposición del panorama universitario y de competencia internacional, [conllevando] clasificación [y] movilidad de los estudiantes y de los investigadores, el País Vasco [norte] debe definir su estrategia en materia de enseñanza superior, para ser más visible» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 22). En efecto, la enseñanza superior, la investigación y la innovación «son unos elementos estratégicos para reforzar [el carácter atractivo] y la competitividad del País Vasco [norte]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 22).

Además, existe un real potencial de desarrollo del número de estudiantes en el territorio, el objetivo siendo alcanzar a cerca de 8.000 estudiantes.

«Esta ambición supone una democratización del acceso a la enseñanza superior, una oferta de formación e investigación legible y [coherente] con las potencialidades socioeconómicas del territorio así como unas condiciones de vida estudiantil adaptadas» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 22).

Concretamente, esto implica implementar las siguientes acciones:

- crear una residencia universitaria de 80 viviendas en la costa vasca;
- construir un edificio dedicado a la escuela de ingenieros ISA-BTP y a los laboratorios asociados;
- crear un Instituto de estudios transfronterizos europeos e internacionales;
- permitir la extensión inmobiliaria del Estia (Estia Tech);
- consolidar la plataforma Compositadour dotándola de nuevos equipamientos;
- agrandar el polo de investigación sobre la lengua y los textos vascos: centro Iker;
- renovar el río artificial Lapitxuri;
- crear un centro de experimentación eco-construcción, geo-mecánico, medio ambiente;
- apoyar los Centros de desarrollo tecnológico y las plataformas tecnológicas del País Vasco norte;

- desarrollar la plataforma tecnológica agroalimenticia con la finalización de las inversiones del laboratorio específico a los productos lácteos (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 22-27).

En el segundo eje, las reflexiones llevadas a cabo por los actores locales permiten reseñar tres desafíos fundamentales.

- Se dará «apoyo al desarrollo de una economía productiva con fuerte valor añadido. Si las actividades productivas han aumentado entre 2007 y 2013, las actividades presenciales han crecido también y de manera más consecuenta. El apoyo a los sectores que entran en una lógica de producción sigue siendo, por lo tanto, una necesidad» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 28).
- Se prestará una atención creciente a los activos, porque «de sus competencias [y] de su capacidad para crear, federarse, renovarse [y recuperarse], depende el dinamismo económico del territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 28). Por lo cual, el reto consiste «en el acompañamiento de las empresas a fin de que puedan atraer y hacer fructificar ese capital humano; [y], en el acompañamiento de los activos a fin de dar a cada uno la capacidad de convertirse en actor de su propia trayectoria» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 28).
- Se concederá un mayor lugar al diálogo entre actores económicos y sociales, al diálogo entre agentes sociales, «a fin de que puedan ser definidas y puestas en marcha unas soluciones que respondan a las problemáticas socioeconómicas [del] territorio» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 28).

Enfrentarse a estos retos implica 1) consolidar el Cluster Deslizamiento del País Vasco; 2) consolidar el Cluster Uztartu; 3) proseguir el apoyo a la innovación para las pymes; 4) poner de nuevo en marcha un conjunto de incubadoras de empresas eficientes en Amikuze; 5) llevar a cabo un estudio para la reforma de la fortaleza de Mauleon; 6) abrir al turismo los Castillos de Bidache y Guiche; 7) finalizar el proyecto de la zona de actividad Ordokia II en el municipio de Vidos; 8) proseguir la ordenación de la zona de actividad en los Altos del río Bidouze; 9) proceder a la extensión de la zona de actividad Mugan en el municipio de Ayherre; 10) ordenar la zona de actividad de Urxabaleta en el municipio de Hélette; y, 11) organizar el diálogo social territorial (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 28-33).

En el tercer eje, los promotores del Contrato insisten en el hecho de que «la [oferta] en el País Vasco [norte] sigue siendo insuficiente en materia de [transporte público]: unas respuestas específicas siguen pendientes para los territorios periurbanos y rurales, y para ciertos públicos,

especialmente los jóvenes y las personas mayores» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 34). Y se proseguir:

«la necesaria articulación entre las políticas de transporte y las políticas de ordenación y vivienda es siempre un objetivo a alcanzar para organizar la urbanización en torno a los [destinos accesibles] en transporte público» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 34).

Por consiguiente, la complementariedad de las movilidades debe pasar por un fomento de las movilidades activas y por el desarrollo de la inter-modalidad. Por último, «los signos de fragilidad del [transporte de mercancías] ferroviario deben llevar el territorio a encontrar unas soluciones adecuadas que permitan dinamizar de nuevo el sector» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 34).

Esto supone aplicar las siguientes medidas:

- proseguir las obras de regeneración de la línea ferroviaria Cambolles-Bains/Saint-Jean-Pied-de-Port;
- reestructurar la estación de tren de Bayonne y adaptar la plataforma ferroviaria;
- realizar la reforma capacitadora de la estación de tren de Hendaye en relación con la llegada de la Y Vasca;
- mejorar la accesibilidad de las personas con movilidad reducida en las estaciones estatales y regionales;
- crear un operador ferroviario de proximidad a favor del cambio modal;
- realizar un estudio sobre la movilidad en periodo estival (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 34-37).

En el cuarto eje, los poderes públicos indican que «la evolución rápida de los usos convertirá rápidamente el acceso a la banda ancha en indispensable (...). Numerosos ámbitos ya están impactados» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 38). No en vano, inscribirse plenamente en un mundo moldeado por las TIC implica realizar unas inversiones considerables. Si los operarios privados se han posicionado en las zonas más densamente pobladas, «en el resto del territorio, sin intervención de la potencia pública, podríamos asistir a la emergencia de una verdadera fractura digital» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 38).

Para ello, las autoridades desean poner en marcha las siguientes medidas: aplicar el esquema director de ordenación digital; proseguir la recogida y valorización del patrimonio oral e inmaterial del País Vasco norte; y, consolidar Bilketa, es decir un proyecto de puesta en red y valo-

rización de los fondos documentales en lengua vasca y que se refieren al País Vasco (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 38-39).

En el quinto eje, las instituciones ponen de manifiesto el hecho de que «la transición ecológica y energética supone una transformación de los modos de ordenación, producción, consumo y un esfuerzo de inversión hacia un modo de desarrollo económico que produzca lo menos carbono posible, capaz de mantener y de renovar sus recursos» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 40). Si el País Vasco norte posee numerosos puntos fuertes para enfrentarse a estos desafíos, tiene también ciertas debilidades:

«dependencia hacia las energías fósiles, ordenación mal controlada, vulnerabilidades ante los cambios climáticos, etc.»
(Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 40).

La transición exige un nuevo modelo de ordenación del territorio sobrio y ecónomo, una aproximación a las lógicas de consumo y producción locales, una economía más integrada a nivel territorial (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 40). En ese sentido, «los sistemas de economía social y solidaria y de economía circular, con sus numerosas y variadas formas, provocan unas pequeñas rupturas en el sistema económico dominante actual haciendo vivir una economía en el día a día que tenga un anclaje territorial» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 40). El reto consiste en posicionar esta economía en el proyecto de desarrollo territorial del País Vasco norte.

Esto pasa por 1) animar el proyecto «País Vasco Territorio a energía positiva para el crecimiento verde»; 2) optimizar la recogida de basuras domésticas para la puesta en marcha de la tarificación incitativa; 3) llevar a cabo una operación de renovación energética de la mediateca en Saint-Jean-Pied-de-Port y de la Rosée en Banca; 4) llevar a cabo una acción para la gestión sostenible de los residuos; y, 5) consolidar el desarrollo del *eusko* con el *eusko* electrónico (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 40-42).

En el sexto eje, los firmantes del Contrato Territorial observan que «el declive de la lengua vasca no está todavía contenido y el número de vascoparlantes continúa disminuyendo, a pesar de una inversión significativa de la curva de los locutores entre las [nuevas] generaciones» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45). Pero, los recursos presupuestarios actuales de la Oficina Pública de la lengua Vasca (OPLV) «no le permiten invertir todos los apartados de su proyecto de política lingüística aprobado (...) en diciembre de 2006» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45).

Los socios del Contrato afirman que «la política lingüística es una prioridad del territorio y confirman la necesidad de reforzar el ritmo de su

implementación» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45). En esta perspectiva, además de las contribuciones del Estado, de la Región y del Departamento, para tender hacia una financiación paritaria, el auge del bloque municipal es deseado (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45).

Así, «los firmantes se comprometen a examinar las modalidades para dotar la OPLV de los medios necesarios para la definición e implementación de una política lingüística ambiciosa» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45). Vigilarán, igualmente,

«la buena declinación de esta política lingüística, cada uno en su ámbito de competencias, con una atención prestada, especialmente, por el Estado a la formación de los docentes y a la mejora de la organización y de la eficacia de las enseñanzas, por la Región a la formación profesional, por el Departamento, los EPCI y los municipios al uso y al fomento de la lengua vasca en la organización de los servicios a la población» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45).

Esto implica reforzar la política lingüística a favor de la lengua vasca puesta en marcha por la OPLV y mejorar la asociación del bloque municipal a la financiación de la lengua y, a partir de ahí, a la gobernanza de la OPLV (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 45-46).

En el séptimo eje, los promotores de dicho Contrato constatan que «la abundancia de actores y de iniciativas, [y] un entramado de intervenciones y de financiaciones (...) [provocan] una escasa visibilidad de la oferta cultural existente, que sea en términos tanto de manifestaciones como de equipamientos, tanto en el seno del territorio como en el exterior» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 47). Por lo cual,

«la definición de un proyecto cultural a escala del País Vasco [norte] es indispensable para poner en coherencia las diferentes políticas culturales, coordinar las diversas iniciativas y reforzar [la proyección] cultural del territorio, en particular de la cultura vasca. El apoyo a las prácticas, a la creación y a la difusión cultural debe también ser reforzado» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 47).

Esto implica aplicar las siguientes medidas:

- consolidar el Instituto cultural vasco (ICV);
- proseguir la recogida y la valorización de los fondos de arquitectos del País Vasco norte;

- poner en marcha un proyecto estructurante a favor de una nueva ambición para las músicas y danzas tradicionales vascas;
- valorizar las colecciones de Bellas Artes del Museo Bonnat-Helleu;
- reordenar la sala Inessa de Gaxen a fin de convertirla en un verdadero lugar de intercambio y espectáculo, y crear en su seno un estudio de grabación y mezcla;
- poner en marcha el proyecto «Chemins, Caminos, Bideak, paths, Camins, etc.»;
- rehabilitar un edificio en el municipio de Ahetze a fin de proponer unas enseñanzas artísticas en todos los lugares de la zona Sur-País Vasco;
- rehabilitar los edificios de la península de las Récollets de cara a crear un centro de interpretación, un espacio cultural y unos locales administrativos para la pesca;
- restaurar los espacios interiores y exteriores del Castillo de Abbadia;
- restaurar el parque de la Villa Arnaga e integrarlo al área de valoración de la arquitectura y del patrimonio;
- realizar una biblioteca en el municipio de Urt;
- restaurar y reformar el interior del Castillo Lota (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 47-52).

En el octavo eje, los firmantes recuerdan que el País Vasco norte «es un territorio atractivo que no deja de acoger habitantes (...). En espejo, las necesidades [de viviendas] no paran de crecer en un contexto de crisis terrenal e inmobiliaria» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 53). Por consiguiente, las colectividades territoriales han tomado conciencia del imperativo de aportar unas respuestas adecuadas a las necesidades y a las problemáticas específicas del territorio (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 53).

Les parece indispensable «proseguir los esfuerzos [realizados] para permitir a todos los habitantes del territorio encontrar una vivienda adaptada a su situación» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 53). Así,

«se trata de llegar a definir una política del hábitat que responda, a la vez, a unos objetivos cuantitativos, pero también cualitativos: dinamizar de nuevo la producción de vivienda social; definir una estrategia terrenal [reinvirtiendo] el parque de viviendas existentes de manera voluntarista; reforzar los medios a favor de la vivienda de los más [desfavorecidos]» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 53).

Esto supone, por una parte, elaborar y poner en marcha el Plan Urgencia Vivienda 3 durante el periodo 2015-2020; y, por otra parte, ayudar

la producción de viviendas sociales de alquiler bajo la dirección de obras de los arrendadores y de los municipios (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 53-54).

En el noveno y último eje, las instituciones implicadas subrayan que «la problemática de la ordenación del territorio y del acceso a los servicios forma parte [de sus] principales prioridades» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 55). El contexto reglamentario, financiero y de descentralización debe conducir el País Vasco norte a desplegar los medios necesarios para «organizar una ordenación equilibrada entre los territorios rurales, urbanos y periurbanos; [y] desarrollar unos servicios adaptados a las necesidades actuales y [futuras] de los habitantes» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 55).

Los instrumentos existen y el reto es desarrollarlos «en el conjunto del territorio y velar para que integren y concurren, por una parte, a la transición ecológica y energética fomentando la densificación y limitando la artificialización de los suelos; y, por otra parte, a la transición digital haciendo frente al desafío de la cobertura total del territorio en banda ancha» (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 55).

Concretamente, esto implica 1) desplegar una gestión integrada del litoral aquitano; 2) implementar el Contrato urbano de la Aglomeración Costa vasca-Adour; 3) crear un polo sanitario Zuberoa con la construcción de un centro sanitario en Mauléon y de un anexo en Tardets; 4) reestructurar la cocina central de Bidache; 5) catalizar la innovación para afrontar el desafío de la transición urbana de los territorios rurales, siendo concernidos los municipios de Mauléon, Tardets y Ustaritz; 6) reestructurar la base de ocio del Baigura; 7) realizar un estudio diagnóstico para la adecuación a las normas de la piscina de Saint-Etienne-de-Baigorry; 8) construir una piscina abierta en Saint-Jean-Pied-de-Port; 9) crear una casa sanitaria multidisciplinar en Saint-Palais; 10) llevar a cabo un estudio para rehabilitar el antiguo hotel del Pont d'Enfer en Bidarray; y, 11) realizar un estudio para la creación de un centro de evocación jacobea en Ostabat (Contrat Territorial Pays Basque 2015-2020, 2015: 55-60).

III. La renovación del dispositivo de gobernanza territorial

Paralelamente a la implementación del Contrato Territorial entre 2015 y 2020, se producen modificaciones esenciales en la gobernanza local, consecutivamente a la creación de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco, que entra en funcionamiento a partir del 1 de enero de 2017 (Urteaga, 2017), la desaparición del Consejo de Electos del País Vasco, el reposicionamiento del Consejo de Desarrollo que se halla parcialmente asociado a la nueva institución, a pesar de mantener su estatus asocia-

tivo y, por consiguiente, su posición de instancia de concertación representativa de la sociedad civil organizada del territorio (CDPB, 2016b). Sucede algo parecido con la Conferencia de Alcaldes y el Biltzar de Alcaldes que adquieren un estatus oficial.

Esta reorganización del dispositivo de gobernanza territorial da, igualmente, lugar a la aprobación de un pacto de gobernanza de la CAPV que es objeto de una renovación en febrero de 2020 para la legislatura siguiente. Este pacto, además de precisar los fundamentos renovados de las políticas de la Comunidad de Aglomeración, subraya la consolidación de las instancias de la CAPV en sus roles respectivos e indica la organización y acción de la institución representativa del territorio (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 29). Esta nueva entidad se dota de una Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco norte que instaura las bases de una nueva política pública global en la materia (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b).

1. Un nuevo pacto de gobernanza

Tras el voto de los 158 consistorios municipales del País Vasco norte a propósito de la creación de un EPCI único para el conjunto del territorio, que se salda por una mayoría cualificada de los municipios que se pronuncian a favor de la constitución de una Comunidad de Aglomeración del País Vasco, y, posteriormente, la firma de la orden prefectoral que instaura la creación de esta entidad (Préfet des Pyrénées-Atlantiques 2016), las competencias, la gobernanza y la fiscalidad de esta nueva institución entran en aplicación (Préfecture des Pyrénées-Atlantiques, 2015a; 2015b; 2015c).

Simultáneamente, la creación de la CAPV se acompaña de la aprobación de un Pacto de gobernanza fundador aprobado de manera unánime por la Asamblea comunitaria en enero de 2017 (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 3).

«[Tras] los tres primeros años de acción de la [CAPV], que [han] permitido, entre otros aspectos, completar el proceso de fusión [de los diez EPCI existentes], las nuevas perspectivas esbozadas por los trabajos del Proyecto comunitario y las evoluciones del marco reglamentario [exigen] renovar los términos del Pacto de gobernanza de la Comunidad País Vasco» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 3).

Conviene subrayar que «el Pacto de gobernanza de la Comunidad [de Aglomeración] es, ante todo, la expresión política del proyecto de construcción de [una] "Comunidad a medida", que vincula la [CAPV] y sus

municipios miembros» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 3). En este sentido, traduce una triple ambición para el territorio:

«edificar una gobernanza respetuosa de la riqueza y diversidad de los territorios; mantener y reforzar los servicios de proximidad, las identidades y especificidades territoriales; [y, afrontar] los desafíos [futuros]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 3).

Se trata de hacer evolucionar la gobernanza de la institución representativa del País Vasco norte en tres ámbitos fundamentales: sus fundamentos políticos que deben ser renovados; sus instancias constitutivas cuyos roles respectivos son reforzados; y, su organización y funcionamiento que se estructuran en torno a la exigencia de eficacia y la garantía de proximidad (CAPB, 2020a: 3). Según sus promotores, «cada una de estas dimensiones forma la [estructura] del Pacto de gobernanza de la Comunidad de Aglomeración [del] País Vasco» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 3).

En materia de fundamentos, es preciso recordar que, por su contenido, el Pacto de gobernanza inicial ha sido el garante de la confianza entre las diez mancomunidades fusionadas y ha permitido llevar la Comunidad de Aglomeración sobre sus pilas bautismales depositando las primeras piedras de ese edificio, con sus objetivos, principios, instancias, competencias y organización territorial (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 6).

«Estos elementos del Pacto original son otros tantos ladrillos fundadores que conviene conservar y sobre los cuales el nuevo Pacto viene depositar nuevos ladrillos complementarios» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 6).

Desde la aprobación del primer Pacto de gobernanza, los tres años transcurridos han estado marcados por un triple cambio:

«la finalización del proceso de estructuración de la [CAPV]; la refundación de la política territorial al servicio del reforzamiento del vínculo [entre] Comunidad [de Aglomeración], Ayuntamientos y usuarios; [y], la escritura del Proyecto comunitario, para responder a los desafíos [venideros]. Cada uno de estos elementos contribuye, a su manera y de forma adicional, a enriquecer los principios políticos del Pacto y a darle, por [esta vía], unas ambiciones [renovadas] y complementarias» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 6).

Concretamente, se trata de:

- *hacer de la CAPV un actor fundamental de las políticas públicas del territorio*, elaborando y, posteriormente, implementado 21 políticas sectoriales que se inscriben en tres bloques esenciales, «cada uno llevadero de retos y de orientaciones estratégicas específicas»: unas políticas básicas, factores clave de la integración y del desarrollo del territorio comunitario; unas políticas voluntaristas, como puntos fuertes que participan a la diferenciación de la Comunidad de Aglomeración; y, unas políticas de desarrollo territorial, como declinación de las políticas públicas de la CAPV a las especificidades locales (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 8-9);
- *reforzar el vínculo entre la Comunidad de Aglomeración, los municipios y los usuarios del territorio*, reforzando los Polos territoriales, «tratándose de la escala territorial de estructuración de la gobernanza, de implementación de las políticas públicas y de lugar de intervención e implantación de los servicios»; y, las Comisiones territoriales, que «disponen, [desde entonces], más allá de su vocación de instancia de intercambio y de debate del Polo, de un nuevo panel de intervención» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 9);
- *responder a los desafíos del futuro, especialmente del desafío climático, a través de la realización de una «Comunidad a medida»*, que se encarna en seis principios fundamentales: conjugar la acción de proximidad al servicio de los usuarios y municipios a escala del País Vasco norte; ponerse de acuerdo sobre una representación colectiva; definir y hacer converger el conjunto de las políticas comunitarias; dirigir la puesta en marcha de las políticas públicas; estructurar la administración para estar al servicio del Proyecto comunitario; garantizar el lugar central de los electos y hacer vivir una aglomeración ciudadana (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 10-11).

En cuanto a las instancias de la CAPV,

«la ambición de construir una 'Comunidad a medida' se encarna en las instancias mismas de la institución (...) que, si encuentran, en parte, sus fundamentos en la ley, son el fruto de elecciones políticas, tanto en los principios que los animan como en sus modalidades de composición, funcionamiento o atribuciones» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 14).

Así, la Comunidad de Aglomeración se apoya en cuatro tipos de instancias: las instancias deliberativas, tales como el Consejo comunitario y

el Consejo permanente; las instancias ejecutivas, es decir la Presidencia y el Consejo ejecutivo; las instancias de gestión compartida, entre las cuales figuran las Comisiones territoriales y los órganos de decisión de las estructuras de colaboración; y, por último, las instancias de construcción compartida, especialmente, las Comisiones temáticas, la Conferencia de Alcaldes, el Biltzar de Alcaldes y el Consejo de Desarrollo (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 14).

El conjunto de estas instancias comparte, íntegramente o parcialmente, unos principios comunes de composición (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 14). «Ya presentes, en parte, en el Pacto fundador, los principios de composición de las diferentes instancias de la CAPV persiguen tres objetivos fundamentales»:

- *conciliar la representación de las poblaciones y de los territorios*, respetando tres principios: el principio de representación de las poblaciones, el principio de representación de los territorios y el principio de equidad;
- *favorecer la paridad para una mayor feminización de las instancias de la CAPV* concretando la implementación del principio de paridad;
- *movilizar el colectivo de los electos comunitarios y municipales* a fin de implicar los primeros en la composición de las diferentes instancias de la Comunidad de Aglomeración e implicar los segundos en las Comisiones territoriales y temáticas, además de favorecer su participación en numerosas instancias obligatorias y de gestión compartida (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 14-16).

Empezando por las instancias deliberativas de la CAPV, el Consejo comunitario es «el órgano deliberante encargado de gestionar, a través de sus [decisiones], los asuntos de la Mancomunidad en el límite de las competencias que le han sido transferidas» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 17). A este propósito, dicho Consejo ejerce las prerrogativas relacionadas con el presupuesto, los estatutos o las delegaciones de gestión de servicio público; y, delega a la Presidencia y al Consejo permanente ciertas atribuciones a fin de favorecer una mayor eficacia y fluidez en el funcionamiento diario de la entidad (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 17). En virtud de la orden prefectoral del 15 de octubre de 2019, está compuesto por 232 consejeros comunitarios titulares y 143 consejeros suplentes, y su funcionamiento está regido por un Reglamento interior aprobado, como máximo, seis meses después de su instalación (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 17).

El Consejo permanente, de su parte, es una instancia de información, intercambio y debate de la CAPV; de preparación de los trabajos del Con-

sejo comunitario; y, de deliberación (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 18). Está compuesto por 73 miembros: 1 presidente, 15 vicepresidentes y 57 consejeros. Para ello,

«las Comisiones territoriales proponen, para la elección del Consejo permanente, a los representantes de su Polo respectivo. (...) Sobre la base de las propuestas de los Polos, la Presidencia decide sobre la composición del Consejo permanente fijando el orden de las 15 vicepresidencias, de los 10 consejeros referentes de Polos y de los 47 miembros restantes» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 18).

Conviene recordar que el Consejo comunitario procede a la elección de los miembros del Consejo permanente (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 18).

En cuanto a las instancias ejecutivas de la Comunidad de Aglomeración, la Presidencia dispone de poderes propios, ya que prepara y ejecuta las decisiones de los órganos deliberantes; representa legalmente a la institución; ordena el gasto y prescribe la ejecución de los ingresos; se encarga de la administración y, a ese título, es el jefe de los servicios de la CAPV (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 18).

«Para favorecer el funcionamiento corriente de la Comunidad [de Aglomeración], la Presidencia recibe una delegación de atribuciones del Consejo comunitario» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 19).

A su vez, la Presidencia tiene la posibilidad de delegar, a las vicepresidencias y a otros consejeros comunitarios titulares, parte de sus atribuciones a través de delegaciones de función y de firma (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 19). La Presidencia atribuye una delegación temática a cada uno de los 15 vicepresidentes así como a los 9 consejeros comunitarios miembros del Consejo permanente. Además, «la Presidencia [atribuye] una delegación territorial a 10 consejeros comunitarios miembros del Consejo permanente y provenientes de cada territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 19). Todos ellos forman el Consejo ejecutivo.

Precisamente, el Consejo ejecutivo es una instancia «de debates y arbitrajes sobre las grandes orientaciones de la Comunidad; [y], de reflexión y preparación de los principales dossiers estratégicos de la [CAPV]» (CAPB, 2020a: 19). Se compone de 35 miembros, es decir del presidente, de los 15 vicepresidentes, de los 9 consejeros delegados en-

cargados de una temática y de los 10 consejeros delegados encargados de un territorio (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 19). La Presidencia elige, tras concertarse con los Polos, los miembros del Consejo permanente llamados a recibir una delegación, sobre la base «del respeto de los principios generales de composición de las instancias de la Comunidad [de Aglomeración]; de la búsqueda del mejor equilibrio entre estos principios (...) y la necesaria encarnación del ejecutivo; [y], de la propuesta de cada uno de los Polos territoriales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 20). La Presidencia atribuye una delegación a cada uno de los 34 miembros del Consejo ejecutivo (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 20).

En lo que se refiere a las instancias de gestión compartida de la CAPV, la Comisión territorial, instituida en cada Polo territorial, es una instancia de intercambio y de debate dedicado a la vida del Polo y, a ese título, contribuye a la elaboración de las políticas comunitarias que impactan directamente su perímetro, valoriza las necesidades de los usuarios de su territorio, debate sobre las políticas comunitarias y formula unas recomendaciones (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 20).

«La Comisión territorial dispone, además, de modalidades de intervención directa a través de la [consulta] sobre las grandes políticas comunitarias; (...) de un poder de iniciativa para hacer emerger unos proyectos a escala del Polo [y] de atribución de subvenciones para la animación de la vida local» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 21).

Cada Comisión territorial tiene un rol privilegiado de relevo e intermediación entre la CAPV y sus municipios miembros (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 21). «Para reforzar el diálogo ciudadano, la Comisión territorial puede decidir la puesta en marcha de un Consejo ciudadano territorial a fin de acompañarla en la reflexión y conducta de los proyectos locales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 21).

En cuanto a los órganos de decisión de las estructuras de colaboración, la Comunidad de Aglomeración ha decidido gestionar ciertos servicios a través de 7 entidades específicas; delegar algunas de sus competencias a 12 Sindicatos mixtos; y, ejercer sus competencias, en colaboración con más de 150 organismos (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 22). Por lo cual,

«la CAPV debe participar al funcionamiento de las instancias de cada una de estas estructuras en las cuales varios centenares de consejeros comunitarios y de consejeros municipales

son llevados a participar como miembros titulares o suplentes» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 22).

A través de su participación, la entidad representativa del territorio intenta reforzar el rol y el peso político de la CAPV y de sus municipios miembros; favorecer una correspondencia entre la acción de estas estructuras y las políticas públicas definidas por la Comunidad de Aglomeración; y, garantizar una implicación voluntaria y un rol de intermediación activa de los electos comunitarios y municipales (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 23).

En lo que se refiere a las instancias de construcción compartida de la CAPV, las Comisiones temáticas, que tienen un carácter facultativo, constituyen unas instancias «de información, intercambio, reflexión y propuesta; [así como] de preparación y examen de los dosieres» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 23). Fijadas libremente y pudiendo presentar un carácter mono o pluri-temático, las Comisiones temáticas son limitadas en cuanto a su número y están vinculadas a las delegaciones del Ejecutivo y las políticas públicas de la Comunidad de Aglomeración (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 23).

«A fin de optimizar su funcionamiento y animación, cada Comisión será compuesta por un número restringido y lo más homogéneo posible de miembros. (...) Estos últimos serán designados por el Consejo comunitario entre los consejeros comunitarios (titulares o suplentes) y los consejeros municipales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 23).

La Conferencia de Alcaldes, de su parte, ha sido institucionalizada por la ley relativa al compromiso en la vida local y a la proximidad de la acción pública del 27 de diciembre de 2019 (Vie publique, 2019). Es la instancia privilegiada de debates e intercambios que se refieren a las grandes orientaciones estratégicas de la CAPV; de formulación de dictámenes y de preconizaciones relativas al interés general y al buen funcionamiento de la Comunidad de Aglomeración; y, de manera general, de vínculo entre la institución y los alcaldes del territorio (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24). «La Conferencia de Alcaldes tiene, además, un rol reglamentario previsto por la ley en términos de información y dictamen sobre los procedimientos PLU/PLUi» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24). Está compuesta por el presidente de la CAPV y el conjunto de los alcaldes de los municipios miembros que la componen. Se reúne a la iniciativa del presidente de la

Comunidad de Aglomeración y a la demanda de, al menos, un tercio de los alcaldes (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24).

En lo que alude al Biltzar de Alcaldes, que ha estado históricamente vinculado a la gobernanza local del País Vasco norte hasta la creación de la CAPV, representa, según el nuevo Pacto, «un “suplemento de alma” del sistema de gobernanza del territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24). Esta instancia, que reúne al conjunto de los 2.500 electos del País Vasco norte en su Asamblea, «tiene la voluntad de ser, a la vez, una plataforma de discusión y una caja de resonancia de las necesidades y expectativas de los electos municipales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24).

Por último, el Consejo de Desarrollo, en razón de su estrecho vínculo con la gobernanza local y la trayectoria institucional del territorio, está asociado a la CAPV en el respeto de las disposiciones que figuran en el artículo 5211-10-1 del CGCT (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 24).

«El Consejo de Desarrollo contribuye a enriquecer la decisión política al servicio del interés general, siendo consultado sobre la elaboración del proyecto de territorio, los documentos de prospectiva y de planificación que resulten de ella, y sobre la concepción y evaluación de las políticas locales de promoción del desarrollo sostenible; dando su opinión (...); o, siendo consultado sobre cualquier cuestión relativa [al perímetro de actuación de la Comunidad de Aglomeración]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 25).

A ese propósito, contribuye a la animación del debate público y a la experimentación, de cara a facilitar la innovación social (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 25).

«Como instancia de concertación y participación de los actores del territorio, el Consejo de Desarrollo está compuesto por 43 estructuras que representan la sociedad vasca y los [sectores] económicos, sociales, culturales, educativos, científicos, medioambientales, (...) y por 20 ciudadanos» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 25).

El proceso de constitución del Consejo de Desarrollo de la CAPV, aprobado por el Consejo comunitario el 13 de enero de 2018, prevé la creación de una comisión paritaria electos-sociedad civil, «compuesta por mitad de electos comunitarios y por mitad de miembros del Consejo de

Desarrollo a fin de asegurar el enlace entre [ambas] instituciones. Compuesta por 12 miembros (...), esta comisión tiene como objeto discutir (...) los trabajos correspondientes a las misiones legalmente asignadas al Consejo de Desarrollo (...); [y], facilitar la transmisión de las propuestas de la sociedad civil a las instancias de la Comunidad [de Aglomeración]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 25). La totalidad de los miembros del CDPV está designada por el Consejo comunitario.

En lo que se refiere a la organización y acción de la CAPV, conviene recordar que, «en su [afán] de eficiencia de la acción pública, el Pacto fundador ha definido unos principios de organización y funcionamiento que han permitido garantizar la unidad de la Comunidad [de Aglomeración, y] hacer participar a su funcionamiento el conjunto de [los actores] del territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 30). Por lo cual, la primera etapa de estructuración de la CAPV «se ha caracterizado por un doble proceso de adición y agregación articulado en torno a dos escalas: una escala 'País Vasco [norte] y una escala 'territorios infra-País Vasco [norte]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 30).

«Estructurados en torno a la Dirección general de los servicios y de sus misiones asociadas, de los Polos territoriales y de siete Direcciones generales adjuntas, la organización y el funcionamiento de la Comunidad [de Aglomeración] responde a una triple lógica»: una lógica de políticas públicas y oficios; una lógica de territorio y sectores de intervención; y, una lógica de proximidad e implantación pluri-sitio (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 30-31).

Deseoso de sacar provecho de las responsabilidades y capacidades ofrecidas por la creación de la CAPV, «el Proyecto comunitario fija dos grandes ambiciones estratégicas, que deben guiar la acción colectiva de la Comunidad [de Aglomeración]»: una «ambición de cohesión, como voluntad de [actuar conjuntamente y para todos]»; y, un «principio de transición, como exigencia de hacer de otra forma [y de hacerlo mejor]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 32). Este nuevo paradigma conduce la CAPV a repensar y reinventar sus maneras de actuar y de organizarse. Al hacerlo, hace un llamamiento a privilegiar unas perspectivas transversales a fin de jugar un triple rol como comunidad de servicios, comunidad estratega y comunidad de proyectos (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 32).

Por último, «con la voluntad de dirigirse al conjunto de los actores del territorio, [la Comunidad de Aglomeración] implementa unos programas de acción ajustados a las especificidades de los retos y de los proyectos llevados por los municipios, los territorios y los actores locales», a saber, la creación de servicios comunes, la puesta a disposición de una ingeniería territorial, la puesta en marcha de fondos de ayuda, el lanzamiento de

convocatorias de proyectos y el apoyo a las iniciativas locales (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 33). Según los promotores de este nuevo Pacto de gobernanza,

«más allá de estos dispositivos, es la asociación y la movilización del conjunto de los electos del territorio que deben ser privilegiadas a fin de reforzar la capacidad de acción colectiva del País Vasco [norte]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020a: 33).

2. La Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco

Paralelamente, la Comunidad de Aglomeración se dota de una Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco norte a fin de anticipar, planificar y organizar la ordenación del territorio e identificar las condiciones de su desarrollo equilibrado (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 1). La finalidad principal de esta Carta es poner de manifiesto los elementos relevantes del proyecto de territorio situándose en la continuidad del proyecto comunitario de la CAPV aprobado en marzo de 2019 (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 2). Según sus autores, esta Carta no es un documento jurídico, puesto que su objeto es político. En efecto, representa «una primera etapa en la construcción del proyecto de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco [norte]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 2). Dan cuenta, igualmente, de la necesidad de cruzar y territorializar «las diferentes políticas públicas comunitarias [y] municipales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 2).

La presente Carta ha sido elaborada «a partir de los debates políticos que se han desarrollado a lo largo del año 2019 en el seno de varias instancias: [las] Conferencias territoriales; [el] COPIL clima-energía-movilidad-hábitat; [el] Sindicato mixto del Scot; [y, el] Consejo permanente [de la CAPV] ampliado a los ejecutivos de los Sindicatos mixtos del Scot y de las Movilidades» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 2). Sobre la base de estos intercambios y contribuciones, la Comunidad de Aglomeración ha elaborado ese documento que intenta precisar los siguientes aspectos:

- por una parte, «los rumbos estratégicos constitutivos de la visión de ordenación [a] escala [del] País Vasco [norte, sabiendo que] estos rumbos portan estos valores comunes que trascienden [las] diferencias y ponen de manifiesto las condiciones de una ordenación integrada del territorio»;

—por otra parte, «los compromisos territorializados (...) que se apoyan en la diferenciación de los “sistemas País Vasco [norte]”, a fin de que [estas] diferencias construyan un [territorio] más vivo, más resiliente y más justo» (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 2).

La Carta parte del proyecto comunitario de la CAPV que muestra dos grandes ambiciones que son la cohesión y las transiciones, al tiempo que busca asociar integración y diferenciación, e identifica seis desafíos a afrontar en materia de ordenación y desarrollo del territorio:

«el desafío de un mayor control de la actividad y de la acogida; el desafío de la innovación puesta al servicio de la mutación de los motores económicos; el desafío de la preservación de los bienes comunes, paisajes y patrimonios; el desafío de la reducción de las desigualdades sociales y territoriales; [y], el desafío de las alianzas territoriales y transfronterizas» (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 3).

A fin de conseguir un territorio más integrado y respetuoso de las diferencias, los promotores de la Carta identifican tres ejes fundamentales que pueden ser resumidos de la siguiente forma: 1) crear un «territorio pluri-mallado para [fomentar un carácter] atractivo elegido del conjunto del País Vasco [norte]»; 2) dotarse de un «proyecto de transición fundado en unos patrimonios y unos modos de vida preservados, pero también reinventados»; y, 3) disponer de una «cultura de los vínculos que articule respuesta a las necesidades locales y apertura», dando por supuesto que cada eje se declina en tres rumbos estratégicos (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 3).

En el primer eje, el primer rumbo estratégico aspira a promover nuevos equilibrios. Los autores de la Carta parten de la constatación de que la capacidad de atracción residencial y económica del territorio, además de conllevar una fragilidad de los municipales litorales, deja al margen una parte del País Vasco norte situada en el interior (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 4). A ello se añade una proyección demográfica «que estima la población [del territorio] en 353.000 habitantes al horizonte 2038, con [una estabilización] progresiva [de su capacidad de atracción]» (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 4). Por último, una concentración de la economía conduce a «una dispersión urbana no controlada en los espacios situados a menos de una hora del litoral» (Communauté d’Agglomération Pays Basque, 2020b: 4).

De cara a remediarlo, la Carta opta por «un escenario contra-tendencial a fin de acompañar otro reparto, cuantitativo y cualitativo, de [la ca-

pacidad de atracción residencial y económica]» que pasaría, por una parte, por «una producción de viviendas contenida y adaptada a los rentas de los hogares en el sector [que se halla] bajo tensión del espacio litoral y retro-litoral, y una producción aumentada de viviendas [en el] País Vasco interior, apoyándose, especialmente, en la nueva movilización del parque existente»; y, por otra parte, por «un desarrollo [de la capacidad de atracción económica] en el conjunto del territorio, pasando, entre otros aspectos, por el acompañamiento a la instalación y al desarrollo de las empresas» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 4). Esto iría de la mano del acompañamiento «tanto de los nuevos habitantes como de los nuevos proyectos, con una preocupación de cohesión social y territorial» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 4).

No en vano, a fin de diferenciar esta estrategia según los territorios, está previsto, en los espacios de repliegue que conocen un decrecimiento de la población y del empleo, actuar para luchar contra la desvitalización de los valles de montaña. En aquellos confrontados a la crisis residencial, sinónimo de decrecimiento de la población y de crecimiento del empleo, la Carta prevé «renovar la oferta residencial» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 4). En las zonas caracterizadas por el desarrollo residencial, que deben hacer frente al crecimiento de la población y al decrecimiento del empleo, es cuestión de «fijar unos empleos en el seno de todas las cuencas de empleo» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 4). Y, en aquellas que conocen el pleno crecimiento, a saber, un crecimiento de la población y del empleo, se trata de «regular las dinámicas de los espacios litorales y retro-litorales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 4).

El segundo rumbo estratégico aspira a organizar el mallado de las polaridades y el acceso a los servicios. Los autores parten de la constatación de la existencia de una «red de ciudadanos y de [pueblos] que se benefician de un nivel de equipamientos y de servicios que aporta unas respuestas a [sus] necesidades cotidianas» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5). Además, identifican «varias cuencas de vida en el seno del territorio comunitario», sabiendo que «unas fuertes interdependencias (...) se intensifican en el litoral y el retro-litoral con la reducción de las inter-distancias» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5). No en vano,

«una organización perenne de la respuesta a las necesidades del [día a día es] fragilizada por la retirada de los servicios, especialmente públicos, en entorno rural y montañoso, y por las dificultades de adaptación de las ofertas de servicios en los espacios que conocen unas notables evoluciones demográficas» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5).

Ante esta constatación, la Carta estima necesario «reforzar la oferta de servicios en las ciudades y los [pueblos] estructurantes del territorio y [organizar] su mallado, a fin de permitir a cada uno disponer de un [conjunto] de ofertas de servicios y de equipamientos satisfactorio para responder a las necesidades cotidianas, a escala de su cuenca de vida local»; «prestar una atención específica a los espacios centrales de las ciudades y de los pueblos polarizantes a fin de hacer converger unas políticas de hábitat, comercio, movilidad, servicios, espacios públicos, etc.»; y, «desarrollar las sinergias y poner en red las ciudades y los pueblos estructurantes, especialmente en materia de grandes equipamientos (...) a escala tanto de las cuencas de vida como del País Vasco [norte]» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5). Por último, unas iniciativas a largo plazo deben ser puestas en relación «con las políticas de revitalización [destinadas] a estos municipios centrándose particularmente en el acompañamiento prioritario de las ciudades y de los pueblos estructurantes más frágiles» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5).

En este caso, la diferenciación implica, por un lado, confortar las ciudades y los pueblos estructurantes del mallado territorial; y, por otro lado, mallar el territorio con unas ofertas colectivas accesibles financieramente y físicamente a todos y más sobrias energéticamente (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 5).

El tercer rumbo estratégico, que clausura este primer eje, pretende acompañar las redes de las economías territoriales. La constatación parte del principio de que dos pilares económicos del País Vasco norte, que son la agricultura/el sector agroalimenticio y el turismo/ocio, están muy arrimados a la diversidad y a la calidad del territorio, y participan fuertemente tanto a su resplandor como a la calidad de vida de los habitantes (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8). A su vez, el País Vasco norte preserva, mejor que en otras partes, sus empleos productivos, «gracias a unas empresas de excelencia fuertemente ancladas localmente» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8). Se trata, igualmente, de una tierra dinámica «que expresa unas necesidades de acogida económica, entre otros aspectos, para la economía presencial» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8); sin olvidar la existencia de retos en materia de innovación, «tanto para los procesos productivos como para responder a los retos energéticos o a las aspiraciones y necesidades de los asalariados» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8).

Frente a ello, es cuestión de «crear una red territorial de [zonas] de actividad de calidad (parques tecnológicos, centros de apoyo, incubadoras, zonas económicas) actuando sobre varias palancas», y «acompañar las redes económicas para unos mallados que se apoyen en la ordenación digital del territorio y en las políticas de movilidad (conexión vial, circula-

ción tanto de mercancías como de asalariados)» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8).

La diferenciación territorial supone garantizar el lugar de la economía productiva, particularmente en sus anclajes urbanos y rurales; conciliar viabilidad económica y sobriedad terrenal en una economía metropolitana ordinaria; difundir unas prácticas turísticas y de ocio sostenibles en el conjunto del territorio en una economía turística y de ocio; y, reforzar los vínculos entre los productores y todos los consumidores en una economía agrícola (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 8).

En el segundo eje, el cuarto rumbo estratégico desea responder a los retos energéticos y climáticos. Los autores observan que los retos energéticos están esencialmente afrontados por los sectores del hábitat, de las movilidades y de la agricultura, «en un contexto de mix-energético ampliamente dominado por las energías fósiles» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 10). No en vano, el territorio ya está involucrado «en la reducción del consumo de los espacios agrícolas, naturales y forestales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 10). Desde ahora,

«unos impactos importantes [están] vinculados a las proyecciones del cambio climático (...), impactos que conllevan unas vulnerabilidades para las poblaciones, las actividades económicas [y] los recursos naturales» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 10).

Para remediarlo, se trata, por un lado, de ordenar el territorio para acompañar el compromiso a favor de un País Vasco norte bajo en carbono al horizonte 2050; y, por otro lado, tener en cuenta los «retos de la adaptación a los cambios climáticos en las políticas públicas de ordenación» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 10).

La diferenciación supone movilizar mejor la diversidad de los recursos locales al servicio de la producción de una energía renovable; e, integrar los impactos del cambio climático, especialmente a las políticas públicas del agua y de la ordenación (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 10).

El quinto rumbo estratégico aspira a actuar para la vitalidad de los centros de proximidad. En efecto, existe una gran diversidad de formas urbanas, de paisajes rurales dominados por la dispersión y unos usos agrícolas escalonados en función de la altitud (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 12). Simultáneamente, los modos de vida se han uniformizado de manera creciente, aunque las prácticas espaciales y sociales sigan siendo diversificadas. Además, «numerosos municipios (...) presentan unas funciones de centralidad (...) muy reducidas,

pero una voluntad fuertemente expresada de confortar todas las proximidades liberando unas capacidades de desarrollo para el conjunto de los municipios del territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 12). Por último, una nueva movilización del parque existente implica la movilización de todos los actores (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 12).

La solución consiste, según la Carta, en 1) «abrir un debate público sobre las condiciones de (re)encantamiento de la vida cotidiana en los [centros] de proximidad: centros [de los pueblos y de las ciudades]»; 2) «hacer de las movilidades activas las guías de la política de ordenación de las proximidades»; 3) «reinventar los [centros] de proximidad y limitar la difusión residencial en el seno de los espacios agrícolas»; y, 4) «reforzar el conocimiento de los patrimonios y acompañar la nueva movilización y rehabilitación de las construcciones existentes» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 12).

La diferenciación implica, por una parte, consolidar todos los centros de proximidad adaptándose a la diversidad de las situaciones; por otra parte, acompañar el reforzamiento de la diversidad funcional de las polaridades retro-litorales; y, por último, favorecer y acompañar las sinergias en el seno de las redes de centralidades (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 12).

El sexto y último rumbo estratégico de este segundo eje desea transmitir los recursos y patrimonios del territorio. De hecho, el País Vasco norte goza de una gran diversidad y riqueza, «en razón de su posicionamiento geográfico e histórico en el cruce del litoral y de la montaña» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14). Pero, el conocimiento de estos patrimonios sigue siendo lagunar y merece ser mejor compartido. Además, la agricultura y los agricultores juegan un rol central en la materia (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14). En este sentido, existen «unos retos muy [importantes] en el ámbito de la preservación y de la gestión económica del recurso en agua» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14). Este contexto atractivo «ejerce [una fuerte presión] sobre el conjunto de los recursos» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14).

Responder a ello, implica, en primer lugar, preservar la calidad de vida y los patrimonios que conjugan naturaleza y cultura; en segundo lugar, optimizar las redes urbanas existentes por el control de la dispersión urbana; y, en tercer lugar, reforzar la articulación entre las políticas de urbanismo y las políticas vinculadas al agua y a la preservación de la biodiversidad (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14).

La diferenciación supone, para los territorios bajo presión con importantes retos patrimoniales, «proseguir, acompañar y adaptar las políticas de protección de los paisajes y de los entornos frágiles»; para los demás

territorios bajo presión, «definir y proteger los principales corredores ecológicos, [al tiempo que se restaura] el estado de los ríos»; para los territorios de los valles de la montaña vasca, «asegurar, especialmente gracias a la agricultura de montaña, el mantenimiento de la calidad paisajística y ecológica de estas espacios, [y] desarrollar unas actividades compatibles con la protección del recurso»; y, para los territorios poco conocidos, «proteger los recursos para una identificación y una valoración de las cualidades ecológicas y patrimoniales de estos espacios» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 14).

En el tercer eje, el séptimo rumbo estratégico desea reducir las desigualdades y acompañar a los más frágiles. En efecto, los indicadores de precariedad del País Vasco norte se sitúan por debajo de los niveles departamentales, regionales y estatales (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 16). Se le añaden «unos contextos atractivos [que originan] numerosos efectos perversos» que se acumulan (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 16). Esta acumulación de dificultades afecta especialmente a los colectivos vulnerables, a saber, los jóvenes hogares, las familias monoparentales y las personas mayores (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 16). En frente, la movilización del mundo asociativo es puesta de manifiesto.

La solución implica 1) «poner el residente y el usuario en el corazón de las políticas de ordenación, [al tiempo que se moviliza] el mundo asociativo que contribuye a desarrollar el vínculo social»; «promover las perspectivas territorializadas del diálogo social o de la reducción de las desigualdades de trayectoria (...), a fin de [acercarse] lo más posible a las necesidades y a la movilización de los actores»; y, 3) «desarrollar un programa de acciones voluntarista a favor de una vivienda para responder a las necesidades locales [vía la] producción social [y la mejora] del parque existente» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 16).

La diferenciación implica participar en la reducción de las desigualdades sociales acompañando los colectivos más frágiles; activar el gasto social al servicio del desarrollo local; y, contribuir a la protección de las trayectorias sociales (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 16).

El octavo rumbo estratégico aspira a hacer del posicionamiento del País Vasco norte la palanca del diálogo inter-territorial. Efectivamente, este territorio, «reunido en torno a unos valores y a una cultura comunes, [dispone de una] fuerte identidad que es [su] punto fuerte» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 18). Asimismo, este territorio se sitúa «en el corazón de un eje europeo, en una frontera compartida (...), en un contexto donde tanto los modos de vida contemporáneos como los actores económicos ignoran, cada vez más, las fronteras» (Communauté

d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 18). De hecho, unos fuertes vínculos se han tejido con los territorios vecinos. Sin embargo,

«[las] complementariedades internas [quedan por] optimizar y por revelar, al ejemplo de la agricultura y del proyecto alimenticio de territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 18).

Ante esta situación, la CAPV pretende, por una parte, «cooperar para [actuar] en proximidad con los primeros vecinos, pero, igualmente, para confortar el resplandor del territorio, a escalas supra-locales»; y, por otra parte, «acentuar la coordinación de las políticas públicas de ordenación, especialmente a escala transfronteriza» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 18).

La diferenciación trata de inscribir el País Vasco norte en espacios de proyectos de dimensión europea y, entre otros aspectos, en su espacio transfronterizo; crear unos espacios de diálogo en inter-relación con los vecinos y los espacios metropolitanos; defender un País Vasco norte integrado, que se apoye en la complementariedad de sus espacios de vida; y, de comprometerse para un resplandor del conjunto del territorio (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 18).

El noveno y último rumbo estratégico desea movilizar para alcanzar estos objetivos. De hecho, esta Carta «revela el alcance de los retos de articulación y convergencia de las políticas públicas al servicio de la ordenación sostenible del territorio» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 20). Una estrategia de ordenación y desarrollo del territorio está por construir con las fuerzas vivas del territorio, «apoyándose, especialmente, en la [capacidad] de innovación social del País Vasco [norte], que rebosa de iniciativas asociativas y ciudadanas» (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 20).

Según sus promotores, es cuestión de 1) elaborar y, luego, implementar una estrategia de ordenación del territorio que se inscriba en el tiempo; 2) movilizar el bloque local así como hacer converger los socios institucionales (Estado, Consejo regional, Consejo departamental, Cámaras consulares, etc.); y, 3) situar al ser humano en el centro de la ordenación del territorio y pensar conjuntamente las transformaciones a la obra (Communauté d'Agglomération Pays Basque, 2020b: 20).

IV. Conclusión

A lo largo de este artículo, la política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte llevada a cabo durante los últimos años ha sido anali-

zada con la elaboración y posterior implementación del Contrato Territorial 2015-2020 y la puesta en marcha de un nuevo dispositivo de gobernanza local que ha desembocado en la aprobación de un nuevo Pacto de gobernanza de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco que determina las relaciones entre la institución representativa del territorio y los organismos asociados, y la votación de la Carta de ordenación y desarrollo sostenibles del País Vasco norte. En otros términos, este periodo ha estado marcado, por una parte, por la elaboración y posterior renovación del proyecto de territorio, que ha dado lugar a una contractualización bajo la forma de un Contrato Territorial; y, por otra parte, por la evolución del dispositivo de gobernanza local que ha pasado del binomio Consejo de Desarrollo-Consejo de Electos a la asociación entre la CAPV y el CDPV.

Más allá, la política de ordenación y desarrollo del País Vasco norte debe afrontar una serie de desafíos.

En primer lugar, como lo sugiere el CDPV en su Dictamen referente a su propio porvenir, aprobado por su Consejo de dirección el 10 de noviembre de 2016, el País Vasco norte debe dotarse urgentemente de un nuevo proyecto de territorio. Por una parte, para que el territorio pueda disponer de un proyecto renovado, teniendo en cuenta las evoluciones producidas desde la aprobación de País Vasco 2020 en 2007, su elaboración debiendo resultar de una participación activa de los actores de la sociedad civil organizada y de las personas comprometidas o expertas a título individual. Por otra parte, porque, al llegar a vencimiento a finales del año 2020 el Contrato Territorial País Vasco en vigor, una nueva negociación se iniciará de cara a contractualizar las medidas que figurarán en el próximo Contrato Territorial.

En segundo lugar, dado que la desaparición del Consejo de Electos del País Vasco con la creación de la Comunidad de Aglomeración ha conducido a una menor concertación de los electos municipales, comunitarios, departamentales, regionales, estatales y europeos del territorio, es necesario crear una nueva instancia de concertación entre estos electos que pueda tomar una forma análoga a la del CEPV u otra configuración. Lo esencial es garantizar una comunicación regular y una concertación constante entre estos representantes a fin de asentar unos diagnósticos compartidos y elaborar unas soluciones comunes frente a los principales desafíos del País Vasco norte, en materia tanto de desarrollo económico, de cohesión social como de dinamismo cultural, todo ello en una visión global y precisa.

En tercer lugar, en corolario al punto anterior, es preciso evitar una retirada del Estado galo, de la Región Nueva Aquitania y del Departamento de los Pirineos-Atlánticos a nivel financiero. En efecto, puesto que el País Vasco norte se ha dotado de una institución propia, bajo la forma de un EPCI único con fiscalidad propia, y de políticas públicas distintas, que han

tomado la forma de 21 políticas sectoriales, los demás poderes públicos pueden estimar que el territorio dispone de instrumentos institucionales y presupuestarios suficientes para satisfacerse a sí mismo. Es olvidar que el Estado y las colectividades territoriales disponen de amplias competencias y de recursos económicos considerables que les permiten financiar Contratos Territoriales.

En cuarto lugar, ya que el País Vasco norte goza de una larga historia y de una lengua, una cultura y una identidad específicas, debe continuar beneficiándose de una contractualización centrada en el territorio con las principales administraciones públicas del Hexágono. Este principio, asumido desde el Convenio Específico País Vasco 2001-2006 y posteriormente ratificado por los Contratos Territoriales sucesivos, sigue estando de actualidad. Esto va de la mano de una dotación consecuente, incluso en tiempos de restricciones presupuestarias. De hecho, la financiación de los diferentes Contratos Territoriales ha oscilado entre 213 y 400 millones de euros, a los que se añaden los presupuestos ordinarios de las instituciones implicadas.

En quinto lugar, es deseable que la CAPV pueda beneficiarse de la delegación de competencias que provienen del Estado, de la Región y del Departamento, en particular de aquellas que se ha apropiado y/o que comparte con estas instituciones, entre las cuales figuran la política lingüística y la cooperación transfronteriza. A propósito de la posibilidad de delegación de competencias del Estado, el artículo L.1111-8-1 del CGCT, que emana de la ley de Modernización de la Acción Pública Territorial y de Afirmación de las Metrópolis, precisa las modalidades de demanda y de atribución de las delegaciones de competencias del Estado (Légitime, 2020b). En lo que alude al régimen de delegación de competencias concedidas por la Región o el Departamento, el artículo L.5210-4 del CGCT precisa que

«un establecimiento público de cooperación inter-municipal puede solicitar ejercer, en nombre o por la cuenta del Departamento o de la Región, toda o parte de las competencias desempeñadas por una u otra de estas colectividades» (Préfecture des Pyrénées-Atlantiques, 2015a: 13).

En sexto lugar, conviene velar por el mantenimiento de la nueva gobernanza que ha visto la luz a mediados de los años noventa y que se ha traducido por la creación de instancias locales de concertación que han permitido una aceptación recíproca, una comunicación constante y una concertación regular a fin de elaborar un diagnóstico, fijar unos objetivos y adoptar unas medidas comunes. En este sentido, la creación de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco, dotada de competencias y de

presupuestos propios, no debe conllevar un debilitamiento de esta gobernanza local que, al término de veinte años, ha desembocado en una nueva manera de elaborar, implementar y evaluar las políticas públicas y, más allá, ha dado lugar a una nueva cultura política basada en el diálogo, el acuerdo y el consenso.

En séptimo lugar, la nueva configuración que resulta de la institucionalización del territorio provoca un nuevo entrelazamiento entre la CAPV y el Consejo de Desarrollo que le está parcialmente asociado en virtud de la ley NOTRe. Esta relación, basada en un posicionamiento claro y complementario, dado que una tiene una capacidad de decisión y de implementación, mientras que la otra tiene una capacidad de concertación y de asesoramiento, debe buscar el interés compartido. En este sentido, la Comunidad de Aglomeración, con sus electos y equipos técnicos, debe renunciar a la tentación de pasar por alto el CDPV. Ambas entidades están interesadas en colaborar permitiendo al Consejo de Desarrollo emitir unos Dictámenes previos a cualquier concepción y puesta en marcha de políticas públicas de la CAPV y, luego, solicitando su expertiseza para evaluar estas políticas.

En este sentido, el desafío principal del territorio consiste en encontrar un equilibrio entre institucionalización y gobernanza a fin de elaborar y, posteriormente, implementar una política de ordenación y desarrollo del territorio, a la vez, ambiciosa políticamente y dotada financieramente.

V. Bibliografía

- ANPP (2020): *Définition Pays/PTER*. <https://anpp.fr/payspetr/definition-pays-petr/>
- AYRAULT, J-M. (2013): *Lettre adressée au président du Conseil des Elus du Pays Basque*. Paris, 20 novembre 2013.
- BIDEGAIN, E. (2010): *Iparretarrak. Histoire d'une organisation politique armée*. Bayonne: Gatuzain.
- CHARMES, E. (2019): *La revanche des villages. Enquête sur la France périurbaine*. Paris: Seuil.
- CHAUSSIER, J-D. (1997): *Quel territoire pour le Pays Basque? Les cartes de l'identité*. Paris: L'Harmattan.
- CHAUSSIER, J-D. (1998): «La question territoriale en Pays Basque de France», en LETAMENDIA, F. (dir.): *La construcción del espacio vasco-aquitano. Un estudio multidisciplinar*. Leioa: UPV-EHU.
- CIADT (1997): *Convention de Développement du Pays Basque*. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/conv-dvptPB-CIADTF1297.pdf>
- CLUB DE PROSPECTIVE PAYS BASQUE 2010 (1994): *Le Pays Basque en perspective*. Bayonne, juin 1994. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/synthese2010.pdf>

- COLLECTIVITE TERRITORIALE PAYS BASQUE (2013). *Un projet partagé*. <http://www.ctpb.org>
- COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION PAYS BASQUE (2020a): *Pacte de gouvernance*. https://www.communaute-paysbasque.fr/fileadmin/user_upload/mediatheque/kiosque/Pacte_de_gouvernance.pdf
- COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION PAYS BASQUE (2020b): *Charte d'aménagement et de développement durables du Pays Basque*. https://www.communaute-paysbasque.fr/fileadmin/user_upload/mediatheque/kiosque/Charte_d_amenagement_et_de_developpement_durables_Pays_Basque.pdf
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (1994): *Statuts, Conseil de Développement du Pays Basque*. Bayonne: Sous-préfecture de Bayonne.
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (1996a): *Lurraldea. Projet stratégique de territoire*. Bayonne, février 1996. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/projlurraldea.pdf>
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (1996b): *Schéma d'Aménagement et de Développement du Pays Basque*. Bayonne, 1996. <http://www.lurraldea.net/uploads/media/schema.pdf>
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2000): *Evaluation du Schéma de Développement et d'Aménagement du Pays Basque*. Bayonne, 27 juin 2000. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/evalSADPB.pdf>
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2007): *Pays Basque 2020*. <http://www.lurraldea.net/fr/pays-basque-territoire-de-projet/telecharger-le-rapport-pays-basque-2020-euskal-herria-2020-txostena-jeisteko.html>
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2016c): *La chronologie des travaux sur l'évolution de la gouvernance en Pays Basque (2009-2016)*. <http://www.lurraldea.net/fr/animation-territoriale/gouvernance-du-pays-basque/evolution-vers-un-epci-pays-basque.html>
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2016d): *Propositions sur l'évolution du Conseil de Développement du Pays Basque*. http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/avis_cdpb/Avis%20AVENIR%20CDPB%20DV.pdf
- CONSEIL DU DEVELOPPEMENT DU PAYS BASQUE (2020): *Pays Basque 2020*. <http://www.lurraldea.net/fr/pays-basque-territoire-de-projet/pays-basque-2020.html>
- CONSEIL DES ELUS DU PAYS BASQUE (1995): *Statuts, Conseil des Elus du Pays Basque*. Bayonne: Sous-préfecture de Bayonne.
- CONSEIL DES ELUS DU PAYS BASQUE (2016): *Projet pour une Communauté d'Agglomération. Evolution de l'intercommunalité et de la gouvernance du Pays Basque*. http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/avis_cdpb/MEMENTO-VD-FR.pdf
- CONTRAT TERRITORIAL PAYS BASQUE 2007-2013. Bayonne, 8 septembre 2008. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/documents/Contrat%20territorial-fr.pdf>

- CONTRAT TERRITORIAL PAYS BASQUE 2015-2020. Bayonne, 7 novembre 2007. http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/avis_cdpb/CTPB%202015-2020DVavecTABLEAU%20.pdf
- CONVENTION SPECIFIQUE PAYS BASQUE 2001-2006. Bayonne, décembre 2000. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/conv-spedec01.pdf>
- CONVENTION SPECIFIQUE PAYS BASQUE REACTUALISEE A MI-PARCOURS. Bayonne, 16 juin 2004. <http://www.lurraldea.net/fileadmin/Bibliodocs/CSPBreactu16-06-04.pdf>
- DAVEZIES, L. (2012): *La crise qui vient. La nouvelle fractura territoriale*. Paris: Seuil.
- LEGIFRANCE (2020a): *Loi n°99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n.° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000760911>
- LEGIFRANCE (2020b): *Code Général des Collectivités Territoriales*. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633>
- MADEC, G. (1999): *La Convention de Développement du Pays Basque, illustration d'une novatrice de développement territorial*. Bordeaux: Institut d'Etudes Politiques.
- MINISTERE DE L'INTERIEUR (2015): *Loi du 7 août 2015 portant sur la nouvelle organisation territoriale de la République*. <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-discussion/projet-loi-portant-nouvelle-organisation-territoriale-republique.html>
- MINISTERE DE L'INTERIEUR (2016): *La réforme territoriale*. <http://www.gouvernement.fr/action/la-reforme-territoriale>
- PREFECTURE DES PYRENEES-ATLANTIQUES (2015a): *Projet de fusion de deux Communautés d'Agglomération et de huit Communautés de Communes pour la création d'une entité unique au Pays Basque. Etude sur l'exercice des compétences*. Pau, septembre 2015.
- PREFECTURE DES PYRENEES-ATLANTIQUES (2015b): *Projet de fusion de deux Communautés d'Agglomération et de huit Communautés de Communes pour la création d'une entité unique au Pays Basque. Etude sur la gouvernance*. Pau, septembre 2015.
- PREFECTURE DES PYRENEES-ATLANTIQUES (2015c): *Projet de fusion de deux Communautés d'agglomération et de huit Communautés de communes pour la création d'une entité unique au Pays Basque. Etude financière*. Pau, septembre 2015.
- PREFET DES PYRENEES-ATLANTIQUES (2016): *Arrêté portant sur la création de la Communauté d'Agglomération du Pays Basque*. Pau, 13 juillet 2016.
- 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. (coord.) (2008a): *L'aménagement du territoire en Pays Basque*. Saint Sébastien: Dakit-Eusko Ikaskuntza.
- URTEAGA, E. (2008b): *La coopération transfrontalière en Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. (2017): *La Communauté Pays Basque: institutionnalisation du territoire*. Paris: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. (2019): *La nouvelle politique linguistique au Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.
- URTEAGA, E. y AHEDO, I. (2004): *La nouvelle gouvernance en Pays Basque*. Paris: L'Harmattan.
- VIE PUBLIQUE (2018): *La réforme des collectivités territoriales de 2010*. <https://www.vie-publique.fr/fiches/19610-la-loi-du-16-decembre-2010-de-reforme-des-collectivites>
- VIE PUBLIQUE (2019): *Loi du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de la vie publique*. <https://www.vie-publique.fr/loi/268675-loi-du-27-decembre-2019-engagement-dans-la-vie-locale-loi-sur-les-maires>

Jurisprudencia



Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España*

Ecological flows and other environmental conflicts in the recent case law resulting from the hydrological planning in Spain

ISABEL GALLEGO CORCOLES
Universidad de Castilla-La Mancha
Isabel.Gallego@uclm.es

NURIA GARRIDO CUENCA
Universidad de Castilla-La Mancha
nuria.garrido@uclm.es

EVA GONZÁLEZ VICENTE
Universidad de Castilla-La Mancha
eva.gonzalezvicente@uclm.es

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
Universidad de Castilla-La Mancha
Francisco.Delgado@uclm.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.08>

LABURPENA: Espainiako Gobernuak 2016-2021 aldirako onartu dituen plan hidrokologikoen eratorritako jurisprudentzia aztertzen du lan honek. Demanda gehienak ezetsi egin dira, hiru kasutan izan ezik: Tajo ibairako ingurumen-helbururik eta emari ekologikorik eza; Guadalquivir ibaiaren dragatzea, eta Andaluziako arroen planak. Dokumentuak argudio oso desberdinak antolatzen ditu, hala nola jarduneko gobernuaren ahalmena, izapide eta txostenik ez egitea, aditu-frogaren balioa, eta, logikoa denez, funtsezko gaiak. Jurisprudentzia hori ezagutzea eta kritikatzeko funtsezkoa da etorkizuneko plangintza hidrokologoa hobetzeko.

HITZ GAKOAK: Ura. Hidrologia-plangintza. Ingurumena. Jurisprudentzia.

* Texto de la ponencia presentada al Congreso Internacional sobre Seguridad del Agua: para una Gestión Innovadora y Participativa de Cuencas, organizado por la Red Internacional de Organismos de Cuenca (RIOC) y celebrado en Marrakech, del 30 de septiembre al 3 de octubre de 2019.

Dado el objetivo de este trabajo, hemos limitado al máximo las referencias bibliográficas. Sobre la planificación anterior a la aquí estudiada, nos remitimos al libro dirigido por EMBID IRUJO, A., «El segundo ciclo de planificación hidrológica en España (2010-2014)», Aranzadi, 2015.

ABSTRACT: This paper analyzes the case law resulting from hydrological plans adopted by the Government of Spain for the period 2016-2021. Most of the lawsuits have been dismissed, except in three cases: the lack of environmental objectives and ecological flows for the Tagus river; the dredging of the Guadalquivir river and the plans for the Andalusian basins. The document schematizes arguments of a very different nature, such as the powers of the interim government, the omission of procedures and reports, the value attributed to expert evidence as well as logically the substantive issues. The knowledge and criticism of this jurisprudence seems essential to enhance the future hydrological planning.

KEYWORDS: Water. Hydrological Planning. Environment. Case law.

RESUMEN: Este trabajo analiza la jurisprudencia derivada de los planes hidrológicos aprobados por el Gobierno de España para el período 2016-2021. La mayoría de las demandas han sido desestimadas, excepto en tres casos: la falta de objetivos ambientales y caudales ecológicos para el río Tajo; el dragado del río Guadalquivir y los planes de las cuencas andaluzas. El documento ordena argumentos de muy diferente naturaleza, como la potestad del Gobierno en funciones, la omisión de trámites e informes, el valor de la prueba pericial, amén lógicamente de los temas sustantivos. El conocimiento y crítica de esta jurisprudencia es esencial para mejorar la planificación hidrológica futura.

PALABRAS CLAVE: Agua. Planificación Hidrológica. Medio Ambiente. Jurisprudencia.

Trabajo recibido el 11 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. El marco general de la planificación hidrológica en España. 1. Los planes hidrológicos de cuenca. 2. El Plan Hidrológico Nacional.—III. El control sobre la potestad gubernamental de aprobar los planes hidrológicos de cuenca.—IV. ¿El Gobierno en funciones puede aprobar los planes hidrológicos?—V. El control sobre los planes de las Comunidades Autónomas.—VI. El control sobre el procedimiento de elaboración: consultas e información pública.—VII. La concertación de caudales ecológicos.—VIII. El dictamen del Consejo Andaluz de Gobierno Locales.—IX. El valor de los dictámenes periciales aportados por los recurrentes.—X. Evaluación ambiental estratégica de los planes hidrológicos: diferencias con la evaluación ambiental de proyectos y procedimiento coordinado con los planes de riesgo de inundación.—XI. La anulación parcial del plan hidrológico del Tajo por falta de objetivos ambientales y de caudales ecológicos.—XII. La anulación por segunda vez del dragado del río Guadalquivir.—XIII. Conclusiones.—XIV. Bibliografía.—XV. Anexo: Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5) sobre los planes hidrológicos del ciclo 2016-2021.

I. Introducción

Siguiendo el calendario fijado por la Directiva Marco del Agua 2000/60 / CE, 23 de octubre (DMA), el Gobierno de España aprobó los planes hidrológicos para el periodo 2016-2021 en virtud de estos Reales Decretos:

- Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental (1), Miño-Sil, Duero, Tajo, Guedana y Ebro (en adelante RD 1/2016).
- Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras (en adelante, RD 11/2016).
- Real Decreto 450/2017, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña (en adelante RD 450/2017).

(1) De acuerdo con el RD 29/2011, de 14 enero, que define la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Oriental, el plan hidrológico de esta demarcación integra los planes de las cuencas internas que realiza la Agencia Vasca del Agua y los de las cuencas intercomunitarias elaborados por la Confederación Hidrográfica del Cantábrico.

— Real Decreto 51/2019, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears (en adelante RD 51/2019).

De ello se ha derivado una importante litigiosidad, plasmada en más de cuarenta sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Y una del Tribunal Constitucional: la Sentencia 216/2016, de 15 de diciembre, que inadmite el conflicto positivo de competencias interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha(2).

En el presente trabajo queremos dar cuenta de esta jurisprudencia, en la que, sin duda, han sido los dominantes los conflictos ambientales, aunque no los únicos. Lo cual es comprensible, pues las regulaciones que los planes hidrológicos han hecho sobre objetivos ambientales, estado de las masas de agua, caudales ecológicos, zonas inundables, reservas fluviales, dragados de ríos y otras —en un contexto de prevención y adaptación al cambio climático— son cuestiones que afectan a multitud de intereses públicos y privados, económicos, sociales, y sectores de todo orden: industriales, agricultores, constructores, etc.

Como veremos enseguida con más detalle, la gran mayoría de los recursos han sido desestimados, salvo en tres casos. En primer lugar, el TS estima las demandas que impugnaban la falta de objetivos ambientales y de caudales ecológicos para el río Tajo. En segundo lugar, anula la previsión del dragado del río Guadalquivir hasta el puerto de Sevilla. Y, tercero, anula los planes de las cuencas mediterráneas andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras por haber omitido el informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales.

En las decisiones del Tribunal Supremo (en adelante TS) que vamos a examinar se combinan argumentos de muy diferente naturaleza, empezando por el canon de control que corresponde sobre el ejercicio que el Poder Ejecutivo hace de esta potestad, teniendo en cuenta además que los planes fueron aprobados por un Gobierno en funciones. Otras versan sobre cuestiones formales (v. gr. omisión de informes) y de procedimiento (v. gr. la concertación). También los hay de tipo procesal (v. gr. valor de la prueba pericial). Y, por supuesto, se analizan los temas sustantivos a la luz de la regulación vigente, europea y española.

Pero antes de entrar a desgranarlo, será bueno esbozar brevemente cómo está regulada la planificación hidrológica en España.

(2) De esta clase de conflictos competenciales ya hemos dado cuenta en trabajos anteriores, sin que esta última sentencia del TC aporte novedades relevantes: «The principle of unity of river basins and territorial disputes in Spanish Law», 10th European Conference «Europe INBO 2012» on the Implementation of the Water Framework Directive, Estambul (Turquía), 17 a 19 octubre 2012; «The Implementation of the Water Framework Directive and Territorial Disputes in Spanish Law»; European Public Law vol. 2013, págs. 675 a 686.

II. El marco general de la planificación hidrológica en España

Tal y como se parte en muchas de las sentencias(3), la normativa española sobre planes hidrológicos de cuenca tiene su soporte en la Directiva 60/2000/CE, de 23 de octubre, «que establece un marco comunitario de actuación en la política de aguas» (en adelante DMA); que fue transpuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modificó el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Ley 1/2000, de 20 de julio (en adelante TRLA).

Como es sabido —y por ello no nos vamos a detener en más explicaciones— para lograr una política de aguas respetuosa con el medio ambiente, esta Directiva regula los objetivos medioambientales (art. 4) a tener en cuenta en la puesta en práctica de los programas de medidas (art. 11) especificados en los Planes Hidrológicos (art. 13), que han de ser elaborados siguiendo un procedimiento de información y consulta pública (art. 14).

En sintonía con la DMA, el TRLA regula la planificación hidrológica en los artículos 40 a 46. En ellos se establece que dicha planificación «tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales».

Igualmente establece las definiciones legales pertinentes sobre planificación hidrológica y de la protección de las aguas reguladas, tales como aguas continentales, superficiales y subterráneas, acuíferos, tipos de masas de aguas, servicios y usos del agua.

1. Los planes hidrológicos de cuenca

Esta planificación se realiza mediante dos tipos de planes. En primer lugar, los planes hidrológicos de cuenca; que en el caso constituir demarcaciones hidrográficas interregionales —o internacionales— son elaborados por los organismos de cuenca estatales (Confederaciones Hidrográficas) y son aprobados por el Gobierno de la Nación, mediante real

(3) En este momento seguimos la STS núm. 299/2019 de 7 marzo, que desestima el recurso presentado por el Ayuntamiento de Castril de la Peña contra el anexo VII del RD 1/2016, relativo al PH del Guadalquivir, en reclamación de mayores caudales ecológicos para el río Castril, que es uno de sus afluentes.

decreto, en los términos que estime procedentes en función del interés general.

Sin embargo, los planes hidrológicos de las cuencas intrarregionales son elaborados por la Administración hidráulica de cada región; y tienen que ser igualmente aprobados por el Gobierno; si bien para estos casos podría bastar un simple Acuerdo, según se desprende de las Sentencias que vamos a ver. Esta potestad de coordinación no es un control pleno, pues debe limitarse a verificar que se ajustan a los objetivos generales, a su ámbito territorial y al contenido previsto en la Ley (art. 42), sin afectar a los recursos de otras cuencas ni infringir las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional.

En todo caso, los planes hidrológicos de cuenca tienen rango jurídico reglamentario, son públicos y vinculantes.

Conforme al modelo de participación orgánica diseñado por la Ley 29/1985, de Aguas, el órgano de planificación por excelencia es el Consejo del Agua de la cuenca, integrado por las distintas Administraciones concernidas (ministerios, confederaciones, comunidades autónomas, entes locales), usuarios y asociaciones ambientalistas (arts. 35 y 36 TRLA) (4).

El procedimiento para la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca está regulado por el RD 907/2007, de 6 de julio, «que aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica» (en adelante, RPH). En esta norma se regula la programación de calendarios, programas de trabajo y demás elementos a considerar para posibilitar una adecuada información y consulta pública desde el inicio del proceso.

Para empezar, se debe realizar una descripción general de las características de la demarcación, un resumen de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas y un análisis económico del uso del agua.

Asimismo, se contempla la elaboración previa de los programas de medidas conducentes a la consecución de los objetivos medioambientales, que se integran en los planes hidrológicos. La Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, «que aprueba la Instrucción de Planificación Hidrológica» (en adelante IPH), contiene instrucciones y recomendaciones para orientar la realización de los trabajos de carácter técnico, de modo que su resultado tenga un formato uniforme.

(4) Algún autor ha criticado que el Reglamento de Planificación Hidrológica (RD 907/2007, de 6 julio) haya sustituido en buena medida esta participación institucionalizada por un proceso de participación abierto e indiferenciado del público, que no garantiza el valor de la representación de quienes participan, lo que puede descompensar los complejos intereses que concurren en la gestión del agua. FANLO LORAS, A., «A propósito de la planificación hidrológica: consideraciones jurídicas sobre el documento “Esquema provisional de temas importantes” de la Demarcación Hidrográfica del Ebro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, págs. 249 y ss.

Para coordinar con las diferentes planificaciones sectoriales, especialmente con lo establecido en la planificación del territorio y los regadíos, en este procedimiento participan también los ministerios y demás Administraciones Públicas. En ese sentido, el Comité de Autoridades Competentes, implantado en el art. 36.bis TRLA por la Ley 62/2003, interviene en el proceso de planificación hidrológica para aportar información y facilitar la cooperación entre las Administraciones estatal, autonómica y local al definir el esquema de temas importantes y el programa de medidas que debe incorporarse a los planes de las cuencas interterritoriales (RD 126/2007, de 2 de febrero, que regula la composición, funcionamiento y atribuciones de este órgano).

Con el informe del Consejo del Agua de la cuenca y la conformidad de este Comité de Autoridades Competentes, la propuesta de proyecto es elevada al Gobierno (art. 80.5 RPH).

Finalmente, tras el informe del Consejo Nacional del Agua (art. 20.1.b TRLA), los planes hidrológicos aprobados por el Gobierno y publicados en el *BOE* son remitidos por el Ministerio competente a la Comisión Europea y a cualquier Estado miembro interesado.

2. El Plan Hidrológico Nacional

Además de dichos planes de cuenca, hay ciertas decisiones que están reservadas por ley al Plan Hidrológico Nacional (en adelante PHN), que es elaborado por el Gobierno de la Nación —a través del Ministerio competente— y aprobado por ley de las Cortes Generales.

En concreto, el PHN vigente fue aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio, aunque ha sido objeto de varias modificaciones posteriores. Regula las medidas necesarias para la coordinación de los diferentes planes hidrológicos de cuenca, dando solución para las posibles alternativas que aquéllos ofrezcan. En especial, la previsión y las condiciones de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca.

Dado su rango legal, los planes de cuenca deben adaptarse a las previsiones del PHN, pues también puede prever modificaciones en la planificación del uso del recurso y, en particular, las que afecten a aprovechamientos existentes para abastecimiento de poblaciones o regadíos.

Este breve resumen no agota, obviamente, el extenso y complejo grupo normativo que regula las aguas en España(5), del que iremos ampliando referencias al hilo de los problemas concretos analizados.

(5) Una recopilación sistemática y concordada de las fuentes internacionales, europeas, nacionales y regionales más importantes puede consultarse en DELGADO PIQUERAS, F., «Código de Derecho de Aguas», 4.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

III. El control sobre la potestad gubernamental de aprobar los planes hidrológicos de cuenca

Al ser aprobados mediante reales decretos del Consejo de Ministros, el conocimiento de los recursos contra los planes hidrológicos compete en exclusiva a la Sala de Lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 12.1.a Ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante LJCA). Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre el alcance del control judicial de la planificación hidrológica en cuencas intercomunitarias. La doctrina es muy clara al señalar el carácter normativo de los planes hidrológicos y los límites del control judicial, que ha de revisar, en primer lugar, el cumplimiento de las exigencias formales y del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias. Asimismo, entiende que el contenido sustantivo de los planes corresponde a las facultades decisorias reservadas al titular de la potestad reglamentaria, extramuros del control judicial, salvo que se acredite arbitrariedad o vulneración legal:

«Se trata de la impugnación de una disposición normativa, cuyo control jurisdiccional alcanza a la observancia al procedimiento de elaboración legalmente establecido, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92, y el art. 131 de la actual Ley 39/2025, y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una dispo-

sición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo» (6).

Alguna sentencia resalta además, «que este planteamiento adquiere singular relevancia cuando la disposición responde al planeamiento de un sector de interés general que, por su naturaleza se proyecta sobre una pluralidad de intereses, y donde la decisión plasmada en la norma viene determinada por la finalidad de conseguir los objetivos establecidos legalmente, que condicionan también la valoración de los intereses afectados y, por tanto, el alcance de las concretas pretensiones de sus diversos titulares».

Como señala la STS 507/2019, de 11 de abril de 2019 (que desestima el recurso de la Generalidad de Cataluña contra los caudales ecológicos fijado en el plan hidrológico para el delta del Ebro), las apreciaciones subjetivas de los recurrentes sobre la oportunidad del criterio establecido por el titular de la potestad reglamentaria no pueden constituir razón o motivo de nulidad de una disposición general, pues «se trata de valoraciones que pertenecen al ámbito de la discrecionalidad y consiguiente decisión del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria». Para sentenciar que:

«Estas consideraciones resultan más necesarias cuando las infracciones que se denuncian inciden en la valoración de objetivos establecidos como conceptos jurídicos indeterminados, cuya integración, además, responde a criterios de medida y ponderación de cantidades y efectos que ni siquiera tienen una respuesta técnica uniforme».

En aplicación de esta doctrina el TS ha desestimado la mayoría de los recursos. Por ejemplo, al apreciar que una prueba pericial de parte en la que se realiza una valoración alternativa de los caudales ecológicos mínimos definidos por la Administración, en virtud de otros datos y criterios que se entienden más acertados, «no puede imponerse a las facultades de decisión que en el ámbito de sus competencias corresponde al titular de la potestad reglamentaria, salvo justificada arbitrariedad o vulneración legal, que no es el caso» (STS 404/2019, de 25 marzo, FJ 4.º; STS 299/2019, de 7 de marzo, FJ Sexto; STS 298/2019, de 7 marzo, FJ Séptimo; STS 310/2019, de 11 marzo, FJ Tercero). Tampoco estimó la pretensión de ampliar los perímetros de protección de fuentes y manantiales de aguas privadas contenidas en el PH del Guadiana, algo

(6) STS 403/2019, de 25/03/2019, FJ.4.º.

que a su juicio supera los límites del control judicial del planeamiento (STS 432/2019, FJ Primero). O ha desestimado la alegación de vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, «por no justificarse la incongruencia con la realidad regulada y la naturaleza de las cosas o la ausencia de motivación» (STS 404/2019, de 25 de marzo, FJ Segundo)(7).

Solo en tres ocasiones el TS ha estimado las demandas. Así, por una razón formal, como es la omisión del preceptivo informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales, ha anulado los planes de las cuencas mediterráneas andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras. Y, por razones sustantivas, ha anulado la falta de objetivos ambientales y de caudales ecológicos para el río Tajo; así como la previsión del dragado del río Guadalquivir hasta el puerto de Sevilla (STS 1003/2019, de 8 julio).

IV. ¿El Gobierno en funciones puede aprobar los planes hidrológicos?

Este ciclo de planificación hidrológica ha estado marcado por la circunstancia peculiar de ser aprobado por un Gobierno que estaba «en funciones», tras las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015. En muchos recursos este hecho fue alegado —sin éxito— como vicio de nulidad, por emanar de un órgano supuestamente incompetente en esas fechas para aprobar unos planes que entrañan un ejercicio de la dirección política. Sin embargo, el TS aprecia que la revisión de la planificación hidrológica se incluye en el «despacho ordinario de asuntos» permitida por la normativa reguladora del Gobierno. Lo que supondrá la desestimación de la causa de nulidad alegada por los recurrentes en los diversos casos sustanciados(8).

Según el art. 101.2 de la Constitución Española, «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Go-

(7) «Se desprende de todo ello que, en contra de lo alegado por la parte, las medidas establecidas en el PHE impugnado responden a la realidad definida y objetivos valorados en el Plan de Desarrollo Sostenible y que es su estado de elaboración, pendiente de aprobación, en su condición de programa, el factor condicionante del horizonte temporal de ejecución, que se establece en los mismos términos que los demás casos cuyo estado de ejecución de la medida se define como no iniciado. Y por otra parte, la justificación o motivación resulta del procedimiento de elaboración y su plasmación en los términos que se reflejan en los distintos documentos que conforman el PH, en cuya elaboración se han llevado a cabo distintos periodos de consultas e información pública, reflejando el abogado del Estado la concreta formulación de alegaciones por la Asociación de Vecinos Afectados por el Proyecto de Obras del Embalse de Jánovas en 2015, planteando la necesidad de concretar las inversiones del PDS en el periodo 2015-2021, que fue objeto de respuesta en el sentido de que el Programa de Medidas solo puede incluir actuaciones con presupuesto comprometido, por lo que se recoge la inversión pero con un horizonte futuro».

(8) STS 319/2019, de 12/03/2019, FJ Cuarto, de la que se toman los FJ que transcribimos. En sentido idéntico, STS 354/2019, de 18/03/2019 (FJ Segundo); STS 507/2019, de 11/04/2019, FJ Primero; STS 519/2019, de 11/04/2019; STS 1003/2019 (FJ Segundo).

bierno». Por su parte, el art. 21 de Ley 50/1997, de 27 de noviembre, «del Gobierno» (en adelante, LG) fija los límites generales de su actuación: «El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». Y prohíbe expresamente que el Gobierno «en funciones» pueda disolver las Cámaras Legislativas, plantear una cuestión de confianza, convocar un referéndum consultivo, ejercer la iniciativa legislativa o aprobación de presupuestos. También deja en suspenso las delegaciones legislativas previas.

La doctrina general del TS es prudente a la hora de limitar las actuaciones del Gobierno en funciones no expresamente prohibidas por la CE (9), que puede resumirse así:

«El Gobierno cesante debe seguir gobernando hasta que sea sustituido efectivamente por el nuevo. La Constitución es tajante, ordena al Gobierno que continúe ejerciendo sus funciones tras su cese y no excluye expresamente ninguna de entre las que quiere que sigan siendo ejercidas...el hecho de que no se remita a tal efecto a la Ley, a diferencia de lo que hace en otras hipótesis, nos han de advertir sobre el sumo cuidado con el que ha de afrontarse la tarea de definir qué es lo que no puede hacer...

La Constitución, ciertamente, no establece de modo expreso límites o restricciones a la actuación del Gobierno en funciones. No obstante, nos facilita el criterio para distinguir cuáles son los confines dentro de los que debe moverse, fuera de los casos en que la urgencia determine la necesidad de su intervención, pues la habilitación para resolver sobre estos últimos va implícita en la propia imposición de su existencia. El criterio al que nos referimos es el que resulta de la función constitucional del Gobierno... que no es otra que la dirección de la política interior y exterior y, en estrecha relación con ella, la defensa del Estado...

(9) Desde STS, Pleno, 2 de diciembre de 2005 (Recurso 161/2004) y, en particular, por ser la más semejante a la cuestión, la STS de 27 de diciembre de 2017 (Recurso 5058/16), sobre el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

A la «prudencia» como regla constitucional de comportamiento institucional del Gobierno cesante se ha referido la doctrina constitucional, por todos LÓPEZ GUERRA, L., «Gobierno en funciones», en M. ARAGÓN REYES (dir.) y C. AGUADO RENEDO (coord.). *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo II, 2011, págs. 192-195.

El Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya».

Desde estas consideraciones, el discutido concepto de «despacho ordinario de asuntos» se delimita en los siguientes términos:

«...ese despacho no es el que no comporta valoraciones políticas o no implica ejercicio de la discrecionalidad. Tampoco el que versa sobre decisiones no legislativas, sino el que no se traduce en actos de orientación política. Es decir, la Ley prohíbe al Gobierno en funciones utilizar los principales instrumentos de orientación política; la línea divisoria entre lo que el Gobierno en funciones puede y no puede hacer no pasa por la distinción entre actos legislativos y no legislativos, sino por la que hemos señalado entre actos que no conllevan dirección política y los que la expresan.

En definitiva, el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse».

A partir de lo anterior, es preciso examinar casuísticamente la naturaleza y consecuencias de los actos del Gobierno en el concreto contexto que se producen. En concreto, la aplicación de dichos criterios al caso de la planificación hidrológica conduce a considerarla incluida en el ámbito del «despacho ordinario de asuntos», en base a tres argumentos.

En primer lugar, el Tribunal tiene en cuenta el dilatado periodo del Gobierno en funciones (que se inició el 26 de octubre de 2015 y continuó hasta el 3 de noviembre de 2016). Esta larga temporalidad será determinante, pues además coincidía con el plazo marcado por la DMA para la revisión de la planificación hidrológica. El TS entiende así que los planes aprobados responden a un mandato normativo imperativo desligado sustantivamente de la estricta función de dirección política:

«En segundo lugar se trata de una revisión del planeamiento hidrológico que responde a la previsión legal de re-

visión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna, de manera que no responden a una iniciativa política del Gobierno ni a criterios de dirección política en la materia, sino que es la normativa aplicable la que orienta la política del agua, sin perjuicio del ámbito de discrecionalidad que en su desarrollo corresponda a quien ejerce la potestad reglamentaria, que no puede identificarse con el establecimiento de nuevas orientaciones políticas y que, por ello no comporta la exclusión del ámbito del “despacho ordinario de asuntos”».

En tercer lugar, el Tribunal apunta la facultad de sustituir las normas aprobadas por otras que decida el nuevo Gobierno:

«Por las mismas razones las decisiones adoptadas en la norma impugnada no comprometen ni impiden las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales, que, entre otros extremos, podía proceder a la derogación de la norma reglamentaria que nos ocupa y que, en este caso, incluso, fue del mismo signo político que el que aprobó la norma objeto del recurso».

En virtud de lo anterior, el TS apreció que el ejercicio de la potestad de revisión de la planificación hidrológica debía ser incluido en el ámbito del «despacho ordinario de asuntos», desestimando esta causa de nulidad.

A nuestro juicio, es discutible que esta interpretación laxa del concepto de «asuntos ordinarios» se corresponda con la trascendencia de la planificación hidrológica, si de verdad creemos que los poderes de un Gobierno en funciones se encuentran limitados, de forma que «ha de continuar sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas, ni desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya» (STS de 30 de abril de 2013, rec. 231/2012, FJ. 8 y 9; STS de 2 de diciembre de 2005, FJ. 9) (10).

El contenido de los planes hidrológicos de cuenca (arts. 42 y 43 TRLA) excede en mucho de unas medidas puramente administrativas, ya que constituye la plasmación de determinadas opciones de política hídrica en la cuenca. Los planes hidrológicos, además, tienen una vigencia

(10) En este sentido insiste la mejor doctrina constitucionalista, por todos véase CARRILLO, M., «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, págs. 121-154, 2017.

de seis años, condicionando al Gobierno llamado a sustituir al que se encuentra en funciones. Entre otras decisiones implican la asignación y reserva de recursos y la prelación de usos, medidas todas ellas de indudable naturaleza política que condicionan el desarrollo socioeconómico de la cuenca. Más aún cuando, como se establece en el Plan Hidrológico del Segura, se adopta como punto de partida la insuficiencia de recursos para satisfacer todas las demandas. De esta forma, se limitan las facultades de decisión del Gobierno entrante que legítimamente puede optar por otro modelo de desarrollo. La revisión de los planes, además, está sometida a un largo proceso de tramitación que hace inviable que sean inmediatamente sustituidos por el Gobierno entrante. Y determinadas decisiones cuestionables —como la regularización de regadíos ilegales— pueden resultar irreversibles *de facto* y *de iure*.

Por otro lado, las sentencias no examinan si la aprobación de la planificación hidrológica estaba justificada por las excepciones de urgencia o interés general previstas en el art. 21.3 LG; quizá porque esta justificación no existía, si tenemos en cuenta que los anteriores planes no tenían fecha de caducidad y habrían continuado en vigor sin producir vacío normativo alguno. Dadas las circunstancias, no parece muy convincente el riesgo de sanción por incumplimiento de los plazos de revisión marcados por la DMA que alega el Gobierno «en funciones»; que, en todo caso, había vencido el 22 de diciembre de 2015. Este complejo procedimiento comienza con la apertura de un expediente informativo de la Comisión, del cual puede derivarse un requerimiento y finalmente un dictamen motivado ofreciendo al Estado la posibilidad de presentar la documentación y observaciones pertinentes. Solo si éstas no se estimasen suficientes, se iniciaría el procedimiento ante el TJUE. Es decir, la Comisión no actúa con premura ni mucho menos la sanción es automática. Además, goza de una amplia discrecionalidad para decidir cuándo procede el inicio de este procedimiento y, en principio, no corresponde al Tribunal de Justicia controlar dicha apreciación [sentencia de 19 de septiembre de 2017, Comisión/Irlanda, C-552/15, EU:C:2017:698, apartado 34 y jurisprudencia citada](11). Como ha señalado el TJUE en las sentencias contra España por el retraso en la planificación hidrológica, «la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado sobre la revisión y actualiza-

(11) Sobre las facultades discrecionales de la Comisión derivadas del art. 226 TUE, *vid.* LÓPEZ DALLARA, M.L., «Recurso por incumplimiento y responsabilidad de los Estados miembros por actos de sus órganos judiciales en violación de la obligación impuesta por el artículo 234.3 TCE», en línea en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4518-recurso-por-incumplimiento-y-responsabilidad-de-los-estados-miembros-por-actos-de-sus-organos-judiciales-en-violacion-de-la-obligacion-impuesta-por-el-articulo-234-3-tce/>

ción de los planes hidrológicos» (12). En suma, entendemos que, llegado el caso, el Gobierno en funciones tenía motivos fundados para justificar ante la Comisión una decisión de tal trascendencia.

V. El control sobre los planes de las Comunidades Autónomas

Como antes vimos, el Consejo de Ministros también ha de aprobar los planes hidrológicos de las cuencas intrarregionales elaborados por las Comunidades Autónomas, lo cual determina que el conocimiento de los recursos contra estos reales decretos también corresponda al TS. Empero, aquí el control judicial es más limitado, atendiendo al carácter también limitado de la actividad de coordinación que ejerce el Gobierno en estos supuestos, para integrar las distintas planificaciones autonómicas en el conjunto de la política hidráulica general (por todas, STC 227/1998, de 29 de noviembre)(13). En efecto, la intervención del Gobierno sobre estos planes se ciñe a verificar el cumplimiento de las prescripciones establecidas en los arts. 40.1, 3 y 4 y 42 TRLA, esto es, a que no afecte a los recursos hídricos de otras cuencas y, en su caso, se acomode a las determinaciones del PHN.

Este debate se ha planteado con ocasión de dos recursos interpuestos, el primero, por la Comunidad Autónoma de Aragón y, el segundo, por la Asociación de Productores y Usuarios de Energía Eléctrica (APUEE), ambos contra el Real Decreto 450/2017, de 5 de mayo, «por el que se aprueba el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña», actuando como partes demandadas la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña.

En el caso resuelto mediante STS 1080/2019, de 16 de julio de 2019, Aragón arguye, en primer lugar, la supuesta extralimitación territorial del

(12) STJUE (Sala Séptima) de 26 de septiembre de 2019 (ECLI:EU:C:2019:785) que declara el incumplimiento del Estado español por falta de adopción, de publicación y de transmisión a la Comisión Europea de los planes hidrológicos de cuenca revisados y actualizados de Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria, Tenerife, La Gomera, La Palma y El Hierro y la falta de información y consulta públicas sobre la revisión y actualización. En este caso, la Comisión decidió la apertura del expediente informativo en septiembre de 2016 (9 meses después del supuesto incumplimiento), y un posterior escrito de requerimiento en abril de 2017, emitiendo dictamen motivado en octubre de ese año con la concesión de un plazo para la adopción de las medidas necesarias. La aprobación de los planes no se produjo hasta enero de 2019. Ante esta circunstancia, la Comisión Europea archivó el caso en diciembre de 2019 (tres meses después de la STJUE condenatoria que finalmente no será ejecutada).

Los plazos del iter procedimental fueron muy similares en el caso suscitado por el retraso en la aprobación del primer ciclo hidrológico (STJUE (Sala Sexta) de 4 de octubre de 2012 (ECLI:EU:C:2012:612).

(13) DELGADO PIQUERAS, F., «Agua, demarcaciones, planes y trasvases en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2016, págs. 317-330.

ámbito de gestión del Plan, al incluir las ramblas al sur del delta del Ebro. El motivo será desestimado, pues la prueba demuestra que no drenan a esta cuenca internacional sino que son parte de las cuencas internas de Cataluña. En segundo lugar, la Comunidad recurrente sospecha que el Plan encubre un posible trasvase del Ebro que debiera haber sido aprobado por el PHN. De la lectura del plan y del informe del Consejo Nacional del Agua, el TS deduce que esa eventualidad se remite para su definición y financiación al futuro PHN y no afecta a recursos de otras cuencas, por lo que desestima también este motivo.

Para llegar a esta decisión, la sentencia analiza la naturaleza de este real decreto (que no es la de un reglamento, a pesar de llevar ese nombre) y los límites de control del Tribunal Supremo, que alcanza únicamente a los aspectos formales y procedimentales exigidos por el TRLA. El resto de cuestiones referidas al contenido material del plan elaborado por la Generalidad de Cataluña se remiten al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, como así ha ocurrido.

En efecto, de acuerdo a estas premisas, el Tribunal concluye que el RD 450/17:

«no es un reglamento, y mucho menos un reglamento cuyo objeto sea el desarrollo normativo de una ley, sino un acto singular de aprobación final de un Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña, acto singular, tasado en cuanto a los dos motivos de control previo a dicha aprobación final...». (FJ 1) ...

«El contenido reglado del Real Decreto como acto singular de aprobación únicamente permite, por tanto, la impugnación por los motivos antes referidos, y no alcanza ni puede alcanzar aspectos concretos del Plan de Gestión autonómico elaborado, aprobado y publicado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña..., que son objeto de recurso contencioso y serán decididos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña» (14).

Este canon de control se confirma en la STS 1078/2019, de 16 de julio. La Asociación recurrente cuestionaba las disposiciones normativas del Plan relativas a los caudales de mantenimiento o ecológicos que afecta-

(14) Esta distinción se formula en base a la distinción efectuada entre reglamento y acto singular en los distintos informes sobre proyectos de Real Decreto para aprobación de los planes hidrológicos autonómicos, desde el Dictamen 315/2013 sobre el Proyecto de real decreto por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil. Véase también el Dictamen 156/2014, de 20 de febrero, sobre Proyecto de real decreto por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica del Ebro.

ban a las concesiones hidroeléctricas, por supuesta ausencia de análisis económico, improcedencia de su fijación, de la fecha de efectividad y de sus valores.

Conforme a la doctrina de la sentencia anterior sobre el papel revisor restringido que le corresponde, el TS no entra en ello: «en la medida que los motivos impugnatorios van dirigidos a cuestionar la regulación de los caudales ecológicos... una regulación que no forma parte del RD, ni queda sometida a su verificación... desbordando así el limitado ámbito material del tan citado RD 45/17... procede la desestimación del recurso».

En consecuencia, el enjuiciamiento del contenido material del Plan está sometida «a un control de legalidad que compete a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», que es quien deberá resolver estos extremos pues, de hecho, la demandante también había impugnado el RD 450/2017 ante esa instancia.

VI. El control sobre el procedimiento de elaboración: consultas e información pública

Otros de los argumentos habituales en las demandas suelen ser los supuestos incumplimientos formales cometidos durante el procedimiento de elaboración de los planes. Por razones de lógica procesal, el Tribunal analiza estos motivos impugnatorios antes que los de carácter sustantivo o material.

Como botón de muestra podemos tomar los casos resueltos en la SSTS n.º 342/2019, de 14 de marzo, y n.º 445/2019, de 2 de abril, que desestimaron los recursos de la Asociación de Entidades Locales del Pirineo Aragonés, la primera, y de la Diputación Provincial de Huesca y diversos Ayuntamientos, la segunda. Ambos impugnaban el art. 67.2 del Anexo XII del RD 1/2016, de 8 de enero, relativo al PH del Ebro, y reclamaban que las tasas recaudadas por los aprovechamientos hidroeléctricos se destinasen a los municipios donde se ubican los saltos de agua y, más en concreto, a la restitución económica y social, la restauración ambiental, la modernización de regadíos y necesidades energéticas de los servicios públicos del agua.

El primero de los argumentos esgrimidos fue la inobservancia del trámite de consulta y de exposición pública en la elaboración del plan, pues se habrían infringido el art. 14 de la DMA (Información y Consultas Públicas) y el art. 80 del RPH (15).

(15) Esta regulación ha sido estudiada por MELERO ALONSO, E., «Procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos de cuenca y la participación ciudadana», en el libro *El derecho de aguas en clave europea*, coordinado por Jorge AGUDO GONZÁLEZ, La Ley, 2010, págs. 433-476.

Para rechazar el argumento, el Tribunal comprobó que se habían respetado todos los trámites preceptivos, en las tres etapas reglamentarias. La primera de consulta pública de los documentos iniciales del proceso de planificación, anunciada en el *Boletín Oficial del Estado* y puesta a disposición de los interesados durante seis meses, trascurrido el cual se consolidaron esos documentos, integrando aquellas aportaciones de los interesados que se consideraron oportunas.

En una segunda etapa, para cada ámbito de planificación se elaboró el esquema provisional de temas importantes, que fue sometido a un nuevo periodo de consulta pública de seis meses. Y, finalizado este, cada Organismo promotor elaboró los oportunos informes sobre las propuestas, observaciones y sugerencias recibidas al esquema provisional de temas importantes, incorporando a dicho documento aquellas aportaciones que fueron consideradas adecuadas para conformar así la versión final del citado esquema.

Cada documento final referido fue sometido a informe de los correspondientes órganos colegiados. Y simultáneamente a esta tramitación de los esquemas de temas importantes se realizó el proceso de evaluación ambiental estratégica (en adelante, EAE) previsto en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Este fue aprobado por el Secretario de Estado de Medio Ambiente y las declaraciones ambientales estratégicas referidas a cada plan se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado*.

Es decir, la propuesta de proyecto de revisión de los planes hidrológicos, junto con el estudio ambiental estratégico correspondiente a cada uno, fueron sometidos a consulta pública durante seis meses y, paralelamente, a consulta de las Administraciones públicas afectadas y personas interesadas, incluyendo, en su caso, consultas transfronterizas, a los efectos de la legislación de evaluación ambiental y de la propia DMA. Y los respectivos Organismos de cuenca realizaron un informe sobre las alegaciones y sugerencias recibidas, incorporando a cada proyecto de plan hidrológico aquellas consideradas adecuadas, con la consiguiente modificación del estudio ambiental estratégico en los términos que en cada caso correspondiese.

Ultimados todos los trámites, para cada propuesta de revisión se recaba, en los ámbitos intercomunitarios, la expresión de conformidad de los Comités de Autoridades Competentes y el informe preceptivo del Consejo del Agua de la correspondiente demarcación, para elevar las propuestas de plan al Gobierno a través del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA), para continuar su tramitación. Para completar la tramitación, los proyectos de real decreto aprobatorio de los planes hidrológicos fueron informados por el pleno del Consejo Nacional del Agua en dos sesiones. Los planes obtuvieron el respaldo de una amplia mayoría de los miembros del Consejo.

Tras ese examen general, el Tribunal constató que en esta tramitación no se había vulnerado el derecho de los recurrentes:

«Es claro que se han respetado las prescripciones formales exigidas por la normativa de aplicación, habiendo efectuado la recurrente las pertinentes alegaciones en relación al precepto aquí cuestionado, en las que, en concreto, solicitaba que se recogiera “de forma clara e inequívoca que el destino prioritario es la restitución del territorio que genera los rendimientos (hidroeléctricos)” y la respuesta no fue otra que “La asignación de los frutos de los rendimientos eléctricos deberá ser realizada en el marco de decisiones presupuestarias del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Ebro”, y, en este sentido fue recogido en el texto definitivo».

Recapitulando, lo que estas sentencias nos dicen es que la elaboración de los planes hidrológicos aprobados por el RD 1/2016 se atuvo respetuosamente a los trámites previstos en la legislación, incluida la EAE, sobre la que volveremos después. Y que, en estos casos concretos, los recurrentes tuvieron la oportunidad de presentar sus alegaciones y estas fueron contestadas expresamente por el Organismo de cuenca, aunque en sentido desestimatorio. Por lo cual, no se habría cometido ninguna irregularidad formal en el procedimiento, pues es suficiente con que se cumplan los trámites y sus plazos para que sea efectivo el derecho de audiencia, por más que la respuesta sea lacónica y no agrade al interesado.

Las Sentencias analizan a continuación el tema de fondo, que tampoco es estimado, ateniéndose al principio de recuperación de costes (art. 9 DMA, incorporado en el art. 111 TRLA) y, fundamentalmente, al principio presupuestario de caja única y a que el TRLA dispone, con carácter general, que esos ingresos deben destinarse a atender los gastos del Organismo de cuenca y sus funciones de gestión en sentido amplio.

Vistos los resultados, el modelo de participación pública traspuesto de la DMA y desarrollado reglamentariamente se evidencia poco eficaz a la hora de articular debates y obtener acuerdos sobre la base de la negociación entre los usuarios y entidades públicas concernidos. Quizá porque institucionalmente es débil, ya que no asegura la representatividad ni la continuidad de los participantes. Es claro que este modelo no es comparable ni debe desplazar al sistema de participación orgánica instaurado por la Ley de Aguas de 1985 que permite que las Administraciones Públicas, los usuarios y otros muchos interesados (incluidos, los ambientalistas) se integren de forma estable en los distintos órganos de gobierno, gestión, participación y planificación de las Confederaciones conforme a

criterios ciertos de representatividad y proporcionalidad. En ese sentido, creemos que el Consejo del Agua de la cuenca podría ejercer un papel activo en el proceso de planificación para la conclusión de acuerdos y no limitarse a la simple emisión de un informe no vinculante (art. 80.4 RPH).

VII. La concertación de caudales ecológicos

Otro motivo de impugnación de los planes hidrológicos es precisamente la posible vulneración de las disposiciones normativas sobre la concertación de los caudales ecológicos con los titulares de las concesiones vigentes (16).

Este problema se plantea en la STS n.º 435/2019, de 1 de abril, que desestimó la demanda de dos empresas hidroeléctricas contra el régimen de caudales ecológicos fijados en el art. 15 del Plan Hidrológico del Cantábrico Occidental, que lo consideraban perjudicial para el aprovechamiento en el río Navia del que son concesionarias.

En relación con ello, el RD 1/2016 establece en el artículo 15.1 de su Anexo II, que: «El régimen de caudales ecológicos será de aplicación a las concesiones en vigor según establece el artículo 26.3 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, sin perjuicio del desarrollo del proceso de concertación con los titulares de las concesiones vigentes a 9 de junio de 2013, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 399/2013 [anterior PH Norte II], con objeto de mejorar la compatibilidad entre la implantación del régimen de caudales mínimos ecológicos y los usos y demandas actuales».

Los recurrentes entendían que, con arreglo al art. 18.3 del RPH, para proceder a la implantación del régimen de caudales previsto en el nuevo Plan debía haberse desarrollado un nuevo proceso de concertación, con arreglo a un programa específico y posterior a la propia redacción del Plan. Por ello, creen que deberían mantenerse los caudales ecológicos fijados por el plan anterior y ser anulado el citado art. 15 del Plan del Cantábrico Occidental; considerando además que provoca una gran indefensión a los concesionarios, que pueden llegar a ser sancionados por no dejar unos caudales ecológicos que ni han sido objeto de la necesaria concertación ni les han sido notificados por el Organismo de cuenca.

(16) Sobre el régimen jurídico de esta materia, véase CARO-PATÓN CARMONA, I., «Caudales ecológicos y planificación», en el libro coordinado por T. NAVARRO CABALLERO *Desafíos del derecho de aguas: variables jurídicas, ambientales y de derecho comparado*, 2016, págs. 321-332. El trabajo publicado por FERRER POLO, J. y HERNÁNDEZ TORRES, J.M., «El régimen de caudales mínimos en el nuevo ciclo de la planificación hidrológica: aspectos metodológicos y de concertación social», *Ingeniería y territorio*, núm. 85, 2009, págs. 46-55, aporta una interesante descripción desde la perspectiva de la gestión en la Confederación Hidrográfica del Júcar.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que tales alegaciones no se corresponden con el alcance de las previsiones establecidas en las normas citadas y el apartado 3.4.6 de la IPH; en cuya virtud, con carácter previo a la notificación del régimen de caudales ecológicos a los titulares de los correspondientes aprovechamientos, habrá de desarrollarse un proceso de concertación que deberá abarcar, al menos, los niveles de información y consulta pública con el objetivo de compatibilizar los derechos al uso del agua con el régimen de caudales ecológicos para hacer posible su implantación.

Lo cierto es que, como se recoge en la nueva sentencia, sobre esta concertación el Tribunal Supremo tiene establecida desde hace tiempo una doctrina, resumida en la STS de 21 de enero de 2015 (rec. 278/13):

«La concertación es un método, no un resultado necesario y normativamente impuesto y de la Instrucción no se deduce un proceso que deba desarrollarse *sine die*, hasta que se llegue a un consenso o acuerdo final. Será deseable que lo haya, pero una cosa es que se busque la concertación y otra que el Plan deba ser fruto de un consenso. En definitiva, la concertación como método es necesaria ante la pluralidad de intereses, usos y derechos de uso presentes cuya compatibilización se busca, lo que no merma la capacidad decisoria final de la Administración».

En el mismo sentido la STS de 20 de enero de 2015 (rec. 360/2013), señala que:

«la exigencia de que la determinación de los caudales ecológicos vaya precedida de un proceso de concertación con los sectores afectados no significa que aquélla deba ser el resultado de un acuerdo; es decir, de la confluencia de dos voluntades. Significa únicamente que debe haber uno o varios encuentros previos en que las partes (Administración y sectores afectados) pongan de manifiesto sus objetivos e intereses respectivos y analicen los datos relevantes, intentando sinceramente llegar a una solución que satisfaga —en la mayor medida posible— a todos ellos. Pero si esa solución consensuada no se alcanzara, bien por incompatibilidad entre las posiciones de la Administración y de los sectores afectados o por incompatibilidad —que no debe ser a priori excluida— entre los objetivos de los distintos tipos de particulares concernidos, es la Administración a cuyo cargo está la función planificadora quien debe fijar los caudales ecológicos».

En este nuevo caso, dicho proceso de concertación se abrió por la Presidencia del Organismo de cuenca y se anunció en el *BOE* de 16-11-2015, para que cualquier persona interesada pudiera examinar la documentación y formular alegaciones. «Y en desarrollo de ese proceso de concertación se han llevado a cabo sucesivas actuaciones, de manera que no se advierte infracción de las normas que exigen la realización de ese proceso de concertación, al margen de las dudas y criterios que al efecto pueda plantear la parte y que, en cuanto no acreditan la existencia de una infracción legal, no pueden imponerse a la decisión de quien ejerce la potestad reglamentaria», añade la Sentencia n.º 435/2019, de 1 de abril.

Como vemos, la Sentencia que desestima el recurso contra los caudales ecológicos fijados en el PH del Cantábrico Occidental se atiene a la jurisprudencia anterior, por lo que, en conjunto, se devalúa lo que significa la concertación para diferenciarse muy poco de una simple información pública. Creemos que una lectura de un trámite como este, que es importante para la eficacia y la legitimación de la ejecución del plan, debe incluir, por supuesto, el deber del Organismo de cuenca de invitar a concertar a los sectores afectados por la implantación de los caudales ecológicos, ofreciendo la debida, suficiente y oportuna información sobre su contenido. Y debe darles la posibilidad de exponer y hacer valer de manera suficiente y motivada las pretensiones que resulten de sus respectivos intereses legítimos; pero también exigir que se dé la ocasión de negociar para alcanzar un acuerdo entre los intervinientes sobre los términos de la determinación objetiva y definitiva del interés general. El resultado de la concertación debería recogerse en un acta que, en su caso, sirva también para acotar los puntos y motivos de desacuerdo.

VIII. El dictamen del Consejo Andaluz de Gobierno Locales

La omisión del dictamen del Consejo Andaluz de Gobierno Locales (en adelante CAGL) ha sido el motivo puramente formal acogido por la STS 395/2019, de 25 de marzo y 14 sentencias más para declarar la nulidad de los Planes Hidrológicos de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras, aprobados por el RD 11/2016, de 8 de enero. Por el mismo motivo también se anula el RD 21/2016, de 15 de enero, por el que se aprueban los planes de gestión del riesgo de inundación de las citadas cuencas internas de Andalucía.

Los recurrentes fueron distintas sociedades mercantiles, entidades urbanísticas colaboradoras, juntas de compensación, comunidades de propietarios, asociaciones empresariales y agrícolas. El debate de fondo de esta enorme litigiosidad era que estos planes calificaban como suelo rural no urbanizable los terrenos inundables, algunos de los cuales estaban

calificados como urbanos en la planificación urbanística. Pero el TS no entrará en esta cuestión, ya que los planes son anulados por la falta del informe preceptivo, aunque no vinculante, de un órgano consultivo autonómico creado por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (17), en principio ajena a las cuestiones ambientales o hidrológicas.

Tal y como dicen las sentencias citadas, este Consejo es un órgano de representación de los municipios y provincias ante las instituciones autonómicas, cuyo fin es garantizar el respeto de las competencias locales. Entre sus funciones se encuentra la de conocer previamente la actividad normativa y de planificación de las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma que afecten a competencias locales propias, e informar sobre su impacto en estas. Sus informes son preceptivos, basados en criterios de legalidad y oportunidad. Aun no siendo vinculantes, el legislador autonómico no puede desoírlos sin más, pues la norma exige que el órgano promotor de la iniciativa realice un pronunciamiento sobre el informe emitido por el CAGL, «incluyendo información expresa y detallada, caso de no aceptarse las observaciones o reparos formulados».

En base a esta regulación, la Junta de Andalucía alegó la improcedencia del informe en el caso de la planificación hidrológica, por no tratarse de una competencia propia de la Administración Local. Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo interpreta ampliamente la naturaleza y funciones del organismo, como «instrumento de relación entre ambos niveles de gobierno, local y autonómico» y «garante de la defensa de las competencias locales sobre las que pueda incidir la actuación de la Comunidad Autónoma», para entender que yerra la Administración demandada:

«confundiendo la competencia ejercitada por la Administración Autonómica en la elaboración de dichos planes “Plan Hidrológico y Plan de Gestión de Riesgos de Inundación” con la incidencia que el contenido de los mismos tenga en las competencias propias de la Administración Local, que es la que justifica y determina la exigencia de propiciar el parecer del CAGL en defensa del ámbito municipal afectado; no se trata de que la planificación hidrológica no se encuentra entre las competencias de la Administración Local...sino de que las competencias locales se vean afectadas por los planes impugnados.

Desde este planteamiento, ninguna duda cabe de la afectación por los planes impugnados de las competencias locales» (FJ Tercero).

(17) Art. 57. Su Reglamento de funcionamiento se regula por Decreto 263/2011, de 2 de agosto.

A juicio del TS, tampoco puede entenderse suplida la intervención del CAGL por los informes de otros órganos de distinta composición, fin y funciones, como el Consejo Andaluz del Agua o la Comisión de Autoridades Competentes.

De acuerdo a esta generosa interpretación, el TS destacará la trascendencia de la omisión del informe del CAGL y lo considera un insubsanable vicio procedimental que le lleva a declarar la nulidad radical de los planes impugnados.

IX. El valor de los dictámenes periciales aportados por los recurrentes

Al resolver alguno de los recursos contra planes aprobados en el ciclo anterior, el Tribunal Supremo estableció como indispensable que los recurrentes aporten un dictamen pericial cuando los reproches se fundan esencialmente en cuestiones de hecho, tales como el estado de las masas de agua, el cálculo de las necesidades ambientales o el volumen de recurso disponible; y más cuando se discute incluso la técnica seguida para determinarlos. Según el Tribunal, para sostener esta argumentación a los recurrentes no les basta con invocar los datos y conclusiones de los informes del Instituto Geológico y Minero de España y otros documentos oficiales obrantes en el expediente de elaboración (18).

Los abogados tomaron buena nota de ello y, en los recursos planteados contra los nuevos planes, tales críticas han ido de la mano de dictámenes periciales. De la lectura de las sentencias se desprende, sin

(18) Así se puso de manifiesto en la STS de 16-4-2015 (recurso núm. 309/2013) que desestimó la demanda de la Comunidad de Regantes del Campo de Montiel contra el RD354/2013, de 17 mayo, del Plan Hidrológico del Guadiana:

«Por ello, las cuestiones de hecho que se suscitan en la demanda, y que se zanján por referencia a la documental que aporta [informes del IGME y otros institutos oficiales], no pueden ser refrendadas por esta Sala. Así es, cuando se indica que el índice de explotación en el Campo de Montiel no alcanza “ni de lejos” la cifra de 0.8 que prevé el artículo 11.1 del plan, o cuando se señala que la afección cuantitativa por la acción antrópica es pequeña, no se proporciona, a pesar de los esfuerzos argumentativos de la recurrente, prueba suficiente que avale dichas afirmaciones, salvo la referencia al informe que acompaña la recurrente como documento número 3. Como tampoco se justifica adecuadamente la incorrección en el cálculo de las necesidades ambientales. La fijación de estas determinaciones, como las demás cuestiones de hecho que se señalan en el contenido de la demanda, precisan, de modo ineludible, de la realización de una prueba pericial en el proceso que analice, con la metodología adecuada, las características de las aguas subterráneas del Campo de Montiel, su estado actual y previsible evolución. Teniendo en cuenta el medio natural que se conforma con las Lagunas de Ruidera y las Tablas de Daimiel, sobre cuya incidencia también discrepan las partes en el proceso.

Esta necesidad de la prueba pericial en el proceso, en fin, se incrementa cuando comprobamos que las partes procesales, incluso, discuten sobre la técnica seguida para la determinación del recurso disponible. ... De modo que las aseveraciones de la recurrente debieron fundarse y avalarse en el resultado de una prueba pericial, que no se ha propuesto».

embargo, que éstos apenas han sido decisivos para rebatir las determinaciones de los planes. Ni siquiera cuando estas han sido anuladas, como veremos en las sentencias relativas al Plan Hidrológico del Tajo y al Plan Hidrológico del Guadalquivir, cuyo fundamento reside esencialmente en el tácito reconocimiento del incumplimiento por la propia Administración.

La irrelevancia de los dictámenes periciales aportados por los recurrentes obedece a la presunción de objetividad, rigor y acierto que el Tribunal, con carácter general, da a los informes que aporta la Administración. Le basta con afirmar que están basados en la metodología establecida en la normativa sobre planes hidrológicos; aunque es sabido que la mayor parte de la documentación de estos planes ha sido elaborada a partir de asistencias técnicas concertadas con empresas privadas, como acredita la publicidad de los anuncios de contratación por la Administración, que los asume como si fueran propios.

Y, sobre todo, obedece a la circunstancia de que, de alguna manera, las determinaciones fácticas y técnicas son tratadas como parte integrante de la potestad de decisión discrecional que tiene la Administración en la planificación hidrológica y se someten al mismo canon de control que las decisiones políticas.

Así sucede en la STS n.º 388/2019, de 21 de marzo, que desestima el recurso de una empresa eléctrica contra el régimen de caudales ecológicos establecido para el aprovechamiento del río Eume en el Plan Hidrológico de la Demarcación Galicia-Costa. Según la recurrente, la determinación de dichos caudales resultaría errónea e inviable desde el punto de vista técnico, por incurrir en importantes errores metodológicos, todo ello sobre la base del informe pericial aportado. Para rebatir lo anterior, la Administración aporta un documento elaborado por la entidad pública Aguas de Galicia, donde explica que la metodología seguida se basa en la IPH.

«UNDÉCIMO: En definitiva, a la vista de la documentación técnica presentada por la Administración, las pretensiones que se ejercitan en la demanda no encuentran amparo en la invocación de las apreciaciones de la pericial en que se apoya la parte, en cuanto la misma se configura como una valoración alternativa a la llevada a cabo por la Administración, en virtud de otros datos y criterios que entiende más acertados, y que no pueden imponerse a las facultades de decisión que en el ámbito de sus competencias corresponde al titular de la potestad reglamentaria, salvo justificada arbitrariedad o vulneración legal, que no es el caso. A tal efecto no puede perderse de vista que se trata de la impugnación de una dis-

posición normativa, cuyo control jurisdiccional alcanza a la observancia al procedimiento de elaboración legalmente establecido, con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92, y el art. 131 de la actual Ley 39/2025, y que son las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria las que determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 1 de la Ley 29/98, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo».

Este argumento se repite cuando se discute sobre cuestiones fácticas objeto de prueba pericial. Lo podemos ver, por ejemplo, en la STS n.º 436/2019, de 01/04/2019 (N.º de Recurso: 4448/2016), que desestimó la demanda colectiva presentada contra el Plan del Guadiana por veinte Comunidades de Regantes del Alto Guadiana, la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA-CLM), la Confederación de Jóvenes Agricultores (ASAJA CLM) y la Coordinadora Agraria (COAG CLM). Así, en contra de la declaración de mal estado impuesta sobre todas las masas de aguas subterráneas del Alto Guadiana, los demandantes invocaron la documentación técnica obrante en el expediente administrativo y los informes anuales del IGME, para acreditar las notables diferencias en el estado y evolución que existen entre ellas. Junto a unas que sufren una sobreexplotación crónica, otras apenas se explotan. Por ejemplo, los recursos anuales renovables en la MASb del Campo de Montiel son 130 hm³, mientras que el promedio de bombeos es de 9 hm³, de ahí que no resulten afectados los ecosistemas terrestres asociados (Lagunas

de Ruidera), cuya demanda es de 33 hm³. En otras palabras, el índice de explotación es del 0,1, pues las extracciones no llegan al 10% de los que deberían ser los recursos legalmente disponibles (art. 2.27 DMA, transcrito en la IPH). Esto explica que los niveles piezométricos en esta MASb se mantienen varios metros por encima del nivel de 1980, año que sirve como referencia del estado natural del acuífero. Este está materialmente recuperado (si es que alguna vez no lo estuvo) desde hace muchos años. En el mismo sentido, la demanda aportó un informe pericial geológico y dos informes periciales agronómicos, todos ellos ratificados en la vista, aunque la Sentencia no los cita ni toma en cuenta:

«Decimos que tales alegaciones no impiden que se llegue a la desestimación del planteamiento de las recurrentes, pues, además de lo ya indicado antes sobre los cálculos efectuados por la parte, la Administración señala que la recuperación del acuífero no ha continuado en los tres últimos años, lo que indica que han de tomarse en consideración periodos anuales largos que incluyan series de años húmedos y de años secos para poder acreditar una recuperación como la que se alega, valoración de la Administración que resulta justificada y razonable y que, por lo tanto, no puede ser sustituida por las apreciaciones de la parte» (FJ 3).

Como puede verse, para el TS las tesis de los demandantes no pasan de ser «apreciaciones de parte», aunque vengan respaldados por dictámenes expertos, mientras que se da credibilidad al argumento esgrimido por la Administración, aunque esté referido a un periodo posterior al Plan impugnado y (dato que tampoco se dice en la Sentencia) fuera sostenido con un informe del Jefe de la Oficina de Planificación Hidrológica, es decir, del responsable de la elaboración del Plan impugnado. Para admitir esta peculiar prueba pericial no fue óbice el que, según los arts. 335.2 y 343.1 LEC, el perito deba actuar con objetividad, no tener interés directo o indirecto en el asunto y no estar en situación de dependencia o en contraposición de intereses con alguna de las partes (335.2 y 343.1 LEC).

En suma, salvo que se convenza al Tribunal de que una determinación fáctica o técnica del plan infringe frontalmente un precepto legal o que es claramente arbitraria, desproporcionada o incurra en otros errores groseros, éste va a dar preferencia al criterio discrecional de la Administración, cuyos informes también gozan a sus ojos de presunción de veracidad y acierto, sin necesidad de atenerse a las reglas procesales sobre pruebas periciales. Por otro lado, no rige en esta materia la doctrina de la «fuerza normativa de lo fáctico» que la jurisprudencia emplea en otros sectores, señaladamente en el de la planificación urbanística, para controlar que las

calificaciones de los terrenos respondan a su verdadero estado y no se califiquen por criterios políticos o de oportunidad como urbanos los que, conforme a sus circunstancias y la definición legal de estos conceptos son rústicos y viceversa; o que se califiquen como urbanizables los que, por sus valores ecológicos, paisajísticos u otros, deban ser protegidos.

X. Evaluación ambiental estratégica de los planes hidrológicos: diferencias con la evaluación ambiental de proyectos y procedimiento coordinado con los planes de riesgo de inundación

Dos de los recursos planteados frente al RD 1/2016, de 8 de enero, discuten distintos aspectos de orden material y procedimental relacionados con la evaluación ambiental estratégica (en adelante EAE) de los planes hidrológicos. El primero, presentado por varios ayuntamientos de Tarragona, cuestiona la carencia de un verdadero análisis de alternativas en la fijación de caudales ecológicos en el Plan Hidrológico del Ebro, lo que daría pie a usos agresivos para el medio natural. El segundo, presentado por la Generalidad de Cataluña, ve insuficientes los fijados en dicho Plan, a la luz de los principios de prevención y precaución, y considera incorrecto que se haya realizado una evaluación estratégica conjunta con el plan de gestión del riesgo de inundación. Las sentencias desestimarán todos estos motivos.

En efecto, la STS 310/2019, de 11 de marzo, no aprecia carencias en el estudio de alternativas contenido en la evaluación aprobada mediante Resolución de 7 de septiembre de 2015 de la Secretaría de Estado y de Medio Ambiente. Es más, entiende que los recurrentes confunden los procedimientos de evaluación de proyectos o de impacto ambiental (en adelante EIA) y la evaluación de planes o evaluación ambiental estratégica, ambas reguladas en la Ley 21/2013, de 9 diciembre, «de Evaluación Ambiental», por lo que carecen de justificación las deficiencias alegadas.

Esta sentencia diferencia perfectamente ambos tipos de evaluación, que son distintas en el tiempo, en el espacio, en sus contenidos y en sus efectos, siendo mucho más detallada y específica la referida a cada proyecto. La EAE se puede definir como el proceso formalizado, sistemático y global de evaluación de los efectos ambientales de una política, plan o programa, que tiene por fin integrar las consideraciones medioambientales a la fase más temprana del proceso de toma de decisiones, incluido el normativo, previo a la aprobación de un proyecto específico. De modo que la EAE en ningún caso sustituye a la preceptiva EIA de cada proyecto, sino que la complementa y enriquece. Esto es, «se trata de una evaluación anticipada, encadenada y sucesiva, que parte del nivel de decisión política que estructura medioambientalmente a los planes y éstos a los

programas que fundamentan los concretos proyectos» (19). El Tribunal aplica al plan en discusión estas consideraciones:

«la parte ni siquiera tiene en cuenta que en este caso estamos ante una Evaluación Ambiental Estratégica, sujeta a la regulación establecida en los arts. 17 y siguientes de la Ley 21/2013, en relación con los planes y programas y las modificaciones que se adopten o aprueben por una Administración pública, mientras que la Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos, a que se refiere la parte, se regula en los arts. 33 y siguientes, y que esto es así se refleja en la resolución de 7 de septiembre de 2015 de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, según la cual, se formula declaración ambiental estratégica conjunta de los planes Hidrológico y de Gestión del Riesgo de Inundación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro para el periodo 2016-2021, al amparo de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, indicando que su fin principal es la integración de los aspectos ambientales en la planificación pública, tratando de evitar, ya desde las primeras fases de su concepción, que las actuaciones previstas en un Plan o Programa puedan causar efectos adversos en el medio ambiente, justificando su exigencia, según el art. 6 de la Ley 21/2013 precisamente por afectar a espacios Red Natura 2000 en los términos previstos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, como es el caso de los planes Hidrológico y de Gestión del Riesgo de Inundación de la parte española de la demarcación hidrográfica del Ebro, cuya evaluación ambiental estratégica, por procedimiento ordinario, se ha realizado según lo que establecen los artículos 17 a 25 de la Ley de evaluación ambiental, y precisando las razones por las que ha decidido la evaluación ambiental conjunta, por cuanto ambos planes se refieren al mismo periodo de tiempo (entre los años 2016 y 2021), tienen el mismo ámbito geográfico de aplicación (la parte española de la demarcación hidrográfica) y gran número de objetivos y medidas coincidentes, respetando el principio de racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental, tal y como prevé el artículo 2 de la referida Ley 21/2013, y significando que la evaluación ambiental estratégica realizada no

(19) Un análisis general en el libro coordinado por QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A.B. *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, 2014.

exime el que, conforme a la normativa que corresponda en cada caso y en particular conforme a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, los proyectos individualizados que contemplan los programas de medidas y otras inversiones que acompañan al Plan Hidrológico y al Plan de Gestión de Riesgo de Inundación, sean sometidos a una evaluación de impacto ambiental, teniendo en cuenta los criterios ambientales estratégicos incorporados en el Estudio Ambiental Estratégico» (FJ Segundo).

Por su parte, la STS 507/2019, de 11 de abril, reiterando en lo esencial la fundamentación jurídica de la sentencia anterior, se centra en la infracción alegada respecto a la declaración ambiental estratégica conjunta de los planes hidrológico y de gestión de riesgo de inundación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro. El Tribunal entenderá plenamente justificada la evaluación conjunta en base a los principios de «racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental», apoyándose además en la normativa aplicable:

«...la propia recurrente alude a la previsión del art. 14.3 del Real Decreto 903/2010, que prevé la elaboración coordinada de los planes de riesgos de inundación y las revisiones de los planes hidrológicos de cuenca, pudiéndose integrar en dichas revisiones, lo que sin duda aconseja racionalmente la realización conjunta de las EAE que se proyecta sobre ambos, lo que, en contra de lo sostenido por la parte, redundaría en una evaluación más completa e integrada al tomarse en consideración de forma coordinada la totalidad de los factores que inciden en los objetivos de ambos planeamientos» (FJ 4).

XI. La anulación parcial del plan hidrológico del Tajo por falta de objetivos ambientales y de caudales ecológicos (20)

El trasvase de mayor entidad existente en territorio español tiene su origen en la cuenca del Tajo y su destino en la cuenca del Segura (21).

(20) Un exhaustivo análisis de este litigio por parte de GALLEGO BERNARD, M.S., «Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento por el plan hidrológico del Tajo de 2016 de la regulación sobre caudales ecológicos y objetivos medioambientales», *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 18, 2019.

(21) En general, GALLEGO CÓRCOLES, I., *Régimen jurídico de los trasvases*, Civitas, 2009.

Y aunque la legislación española reconoce el principio de prioridad de la cuenca cedente, el hecho de que desde principios de los años 80 se deriven caudales desde el Tajo hacia el Sureste español constituye un elemento de trascendental importancia en la planificación de esta demarcación. No obstante, a través de los recursos interpuestos contra el PHT en una acción colectiva encabezada por ecologistas (22) y otros por los ayuntamientos de Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina (23) no se cuestiona la existencia del trasvase —establecido a través de normas de rango legal—, sino la insuficiencia de este plan para garantizar que las aguas que discurren por el Tajo alcancen unos estándares ecológicos mínimos (24).

Como es sabido, el objetivo principal de la DMA es conseguir el buen estado ecológico de las aguas. En Derecho español el establecimiento de caudales ecológicos constituye el principal instrumento para garantizar la consecución de este objetivo (25). Así, el art. 42 TRLA establece, entre los contenidos obligatorios de los planes hidrológicos de cuenca, la asignación y reserva de los recursos para la conservación o recuperación del medio natural, de forma que a tal efecto se determinarán «*los caudales ecológicos*, entendiendo como tales los que mantienen como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera».

Por otro lado, el art. 3.j) RPH recoge y amplía la definición contenida en el TRLA, vinculando directamente la fijación de un régimen de caudales ecológicos con la consecución de los objetivos de la Directiva Marco. De esta forma, el art. 3.j) RPH establece que «caudal ecológico» es el «caudal que contribuye a alcanzar el buen estado o buen potencial ecológico en los ríos o en las aguas de transición y mantiene como mínimo, la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río,

(22) En concreto, el que da lugar a la STS de 11 de marzo de 2019 (rec. 4351/2016) se interpuso por la Plataforma en Defensa de los Ríos Tajo y Alberche de Talavera de la Reina, la asociación GRAMA, Grupo de Acción para el Medio Ambiente, la asociación Plataforma de Toledo en Defensa del Tajo, Ayuntamiento de Mantiel (Guadalajara) y la Asociación de Municipios Ribereños de los Embalses de Entrepeñas y Buendía.

(23) Estas tres poblaciones se ubican a lo largo del trazado del Tajo. Respectivamente, se trata de la STS de 14 de marzo de 2019 (Recurso 4482/2019), STS de 14 de marzo de 2019 (Recurso 4430/2019) y 21 de marzo de 2019 (Recurso 4398/2016).

(24) A través de estos recursos se hicieron valer otros motivos de impugnación. No obstante, sólo los relativos a la fijación de objetivos y caudales ambientales fueron acogidos.

(25) Así lo reconoce el preámbulo del RD 638/2016, de 9 de diciembre, que modifica el RDPH, el RPH y otros. Esta afirmación, a nuestro juicio, se sitúa en el contexto de escasez y de importantes obras de regulación que caracteriza muchas cuencas, por lo que la fijación de caudales ecológicos resulta insoslayable para proteger el estado de los ecosistemas acuáticos. Ahora bien, no debe entenderse que las medidas sobre la cantidad del caudal permiten relegar las relativas a la calidad, pues la finalidad del incremento del caudal no es diluir vertidos.

así como su vegetación de ribera». Los elementos que componen el caudal ecológico se definen en el apartado, 3.4.1.4.1 de la IPH, según el cual «el régimen de caudales ecológicos definirá, desde el punto de vista temporal, al menos las siguientes características:

- a) distribución de caudales mínimos,
- b) distribución temporal de caudales máximos,
- c) máxima tasa de cambio aceptable del régimen de caudales.
- d) Caracterización del régimen de crecidas, incluyendo caudal punta, duración y tasa de ascenso y descenso, así como la identificación de la época del año más adecuada desde el punto de vista ambiental».

Pues bien, en los recursos contra el PHT se alegó el incumplimiento de la obligación de establecer caudales ecológicos conformes a la legislación que acabamos de reseñar. Así, se subrayaba que en la parte española de la demarcación hidrográfica se delimitan trescientas nueve masas de agua tipo río. Sin embargo, la fijación de caudales en el Plan Hidrológico del Tajo se limita a las dieciséis masas de aguas calificadas como «estratégicas» en el apéndice 4 PHT. Además, se advertía que los caudales allí establecidos no reunían las condiciones legales para ser considerados caudales ambientales. Así, en doce masas de agua se fija un «caudal ecológico mínimo», concepto sustancialmente distinto al de «caudal ecológico», ya que el «caudal ecológico mínimo» es sólo uno de los componentes del concepto de «caudal ecológico» (Tabla 2, apéndice 4). Por otro lado, en las masas de agua que corresponden al paso del río por Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina se fijan caudales mínimos circulantes que no tienen carácter ecológico (Tabla 3, apéndice 4). Finalmente, respecto a una de estas masas estratégicas (en concreto Almoquera) no se fija caudal alguno.

Como ya se ha adelantado, el Tribunal Supremo acoge las pretensiones de los recurrentes en este punto. En primer lugar, en relación con las masas de agua de la Tabla 2 del apéndice 4 se destaca que:

«no le falta razón a la parte recurrente en su planteamiento, pues, en efecto, de todos los componentes del régimen de caudales ecológicos que deben establecerse, según el apartado 3.4.1.3.1. de la IPH, para las 309 masas tipo río de la cuenca del Tajo, el Plan Hidrológico del Tajo de 2016 ha reducido su fijación solo a los caudales mínimos ecológicos, y estos solo para 16 masas, un 5% de las masas tipo río, que denomina “estratégicas”.

(...)

En total, 20 masas tipo río, quedando el 95% restantes excluidas de la fijación de caudales mínimos ecológicos en el horizonte temporal del Plan» (26).

En todo caso, aunque en la sentencia se reconoce que «los anteriores razonamientos reflejan claramente los incumplimientos del PHT en la fijación de los caudales ecológico», el Tribunal Supremo realiza una argumentación adicional dirigida a demostrar que los caudales referentes a Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, ni siquiera tienen este carácter de caudal *ecológico* mínimo. Y ello porque:

«La Confederación Hidrográfica del Tajo admite expresamente tanto en los documentos del anterior Plan de 2014, como en los del vigente Plan de 2016, que en estas 4 masas de agua estratégicas, en contraposición con las otras 16 masas, “el régimen establecido no es de caudales ecológicos”, y que el único régimen de caudales mínimos ecológicos establecido por la planificación para estas 4 masas de agua estratégicas es el aprobado en el Esquema de Temas Importantes (ETI) de noviembre de 2010 (10,37 m³/s en Almoquera, 10,86 m³/s en Aranjuez, 14,10 m³/s en Toledo y 15,92 m³/s en Talavera de la Reina) junto con su distribución trimestral» (27).

En concreto, entre estos documentos, el TS hace referencia al informe sobre la consulta pública del Plan, al documento de discusión de caudales ecológicos de junio de 2013, y a la memoria de análisis de impacto normativo del proyecto de Real Decreto de Plan de 2016, que contenían frases inequívocas en este sentido. Por ejemplo, en este último documento se afirma que «el caudal mínimo de 6 m³/s que ha de circular por el Tajo en la sección de Aranjuez no es un caudal ecológico en el sentido general de los que fijan los planes hidrológicos, sino una condición fijada en la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de Regulación del Régimen Económico de la Explotación del Acueducto Tajo-Segura».

Como consecuencia de todo lo anterior, se declara la nulidad del art. 9.1,3, 5, 6, y 7, en relación con los apéndices 4.1, 4.2 y 4.3 de la normativa del PHT, así como el art. 10.2 en el inciso «no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan».

Por lo demás, en los recursos interpuestos por los Ayuntamientos de Aranjuez, Toledo y Talavera también se solicitó la anulación del art. 19

(26) Vid. FJ 2 STS 11 de marzo de 2019. Y FFJJ 17 y 18 SSTs de 14 de marzo de 2019 y 21 de marzo de 2019.

(27) *Ibidem*.

PHT, en relación con los apéndices 8.1 y 8.2, al no haberse definido los objetivos medioambientales en todas las masas de agua superficiales de la demarcación. Esta pretensión es igualmente acogida por el Tribunal.

Aunque el contenido de estas cuatro sentencias debe valorarse muy positivamente, ya que el incumplimiento de la normativa sobre fijación de caudales ambientales se reconocía en el propio articulado del plan(28), sin embargo, existe un aspecto que arroja un importante halo de incertidumbre. En concreto, la anulación de los preceptos relativos a caudales ambientales puede producir efectos indeseables. Los recurrentes habían solicitado la fijación por parte del Tribunal de determinados caudales ecológicos mínimos ya que los estudios que la Administración había realizado en este sentido habían cristalizado en el ETI de 2010, como hemos visto reconoce la propia sentencia(29). Sin embargo, el Tribunal no acoge estas pretensiones, argumentando que ello excedería del ámbito del control jurisdiccional de dicha actividad normativa de la Administración. De esta forma, paradójicamente, el éxito de los recursos podría ser interpretado como desaparición de las exiguas garantías que respecto a los caudales mínimos establecía el PHT.

Empero, a nuestro juicio, existen fundadas razones para que el Tribunal hubiera optado por un canon de control mucho más estricto, procediendo a la fijación de caudales ecológicos mínimos. Y es que en el ámbito del control del planeamiento urbanístico los Tribunales españoles no han dudado en dar nueva redacción a aquellos contenidos de los planes en los se había realizado un ejercicio ilegítimo de la discrecionalidad administrativa(30). Puesto que en el caso del PHT, la propia documentación del plan ponía de manifiesto este ejercicio ilegítimo de la discrecionalidad y permitía cuantificar el volumen de los caudales ecológicos mínimos

(28) En concreto en el artículo 10 literalmente se establecía que «en la Memoria del Plan se presentan a efectos solamente indicativos, los resultados de unos estudios previos sobre caudales mínimos, máximos, tasas de cambio y caudales generadores, por lo tanto no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan, sin perjuicio de lo expresado en el art. 11.2. Para los caudales máximos y caudales generadores se tendrán especialmente en cuenta los mapas de peligrosidad y riesgo de inundación que se lleven a cabo en el desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión del riesgo de inundación». Y el art. 9.5 PHT disponía que «Antes del 1 de enero de 2019, se elaborará una propuesta de extensión del régimen de *caudales ecológicos* a todas las masas de agua, actuando prioritariamente sobre las masas de agua que no cumplan con los objetivos de buen estado establecidos en el presente plan o cuyo estado ecológico constituya un instrumento eficaz para la consecución del objetivo de buen estado de conservación de los hábitats y especies dependientes del medio hídrico en las zonas protegidas de Red Natura 2000».

(29) Salvo error por nuestra parte, la documentación relativa al ciclo de planificación 2009-2015 no se encuentra actualmente disponible en la página web www.ichtajo.es [Fecha de consulta: 08/06/2020].

(30) v. gr. STS de 11 julio 2006 (RJ 2006/5148), STS de 7 junio 2010 (JUR 2010/213331), STS de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007/3162), STS de 21 julio 2008 (RJ 2008/4439), STS de 13 marzo 2014 (JUR 2014/110564), entre otras muchas).

controvertidos(31), hubiera sido deseable que también en el ámbito de la planificación hidrográfica se avanzara sustancialmente en el control de la discrecionalidad, pues de otro modo, a la postre, y a corto plazo, la declaración de ilegalidad del plan no ha supuesto un incremento en la protección ambiental de la cuenca. Esta queda pendiente, y a expensas de la futura revisión del plan del Tajo.

XII. La anulación por segunda vez del dragado del río Guadalquivir

La STS n.º 1003/2019, de 8 de julio, vuelve sobre un tema que ya había sido abordado en otra sentencia anterior: la STS de 26 febrero 2015, que anuló los apartados del Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica del Guadalquivir (RD 355/2013, de 17 de mayo) relativos al dragado de profundización del canal de navegación del puerto de Sevilla(32). Este proyecto persigue que puedan acceder embarcaciones de mayor calado, lo que sería una actuación beneficiosa desde el punto de vista económico y social. No obstante, el Tribunal apreció que las modificaciones de las masas de agua quedaban sin explicarse suficientemente. En especial, no se justificaban en el plan los riesgos que comportaría para el Parque Nacional de Doñana. Y, en todo caso, la realización del dragado no sería, por su propia naturaleza, una medida complementaria en la planificación hidrológica.

La demanda contra el Anexo VII del RD 1/2016, de 8 enero se interpone nuevamente por la entidad WWF-ADENA, esgrimiendo una amplia batería de argumentos, algunos de los cuales ya hemos tratado anteriormente y que tampoco aquí tendrán éxito, como la posible incompetencia del Gobierno en funciones.

En esta ocasión, la actuación del dragado había sido eliminada del listado de medidas complementarias, permaneciendo en el Programa de Medidas únicamente las obras destinadas a mitigar los efectos. Y en la documentación del Plan consta que se ha reevaluado conforme a la nueva información disponible, concluyendo que los beneficios obtenidos (mejora competitiva del puerto de Sevilla, crecimiento del empleo, menor

(31) Recuérdese que la sentencia reconoce que el único régimen de caudales mínimos ecológicos elaborado en el proceso de planificación para estas 4 masas de agua estratégicas es el contenido en el Esquema de Temas Importantes (ETI) de noviembre de 2010 (10,37 m³/s en Almoguera, 10,86 m³/s en Aranjuez, 14,10 m³/s en Toledo y 15,92 m³/s en Talavera de la Reina).

(32) Este precedente fue estudiado por EMBID IRUJO, A., «El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir», en el libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, coordinado por Luciano PAREJO ALFONSO, Vol. 1, 2017, págs. 696-720.

siniestralidad del transporte por carretera, etc.) son de interés público superior y compensarían a los perjuicios para el ambiente, aparte de que, por sus costes desproporcionados e inviabilidad técnica, no podrían obtenerse con otras alternativas mejores. En la memoria del plan se admite además que el promotor tendrá que cumplir con todas las condiciones que se deriven del procedimiento de evaluación ambiental y con el dictamen de la Comisión Científica para el Estudio de las Afecciones del Dragado del Río Guadalquivir de noviembre de 2010.

Sin embargo, esto no resulta suficiente para el Tribunal, que se mantiene muy exigente para que el nuevo Plan cumpla con los reparos puestos a esta obra por su anterior sentencia:

«CUARTO. La anterior reproducción en sus propios términos de la incorporación al planeamiento impugnado de la actuación de dragado controvertida pone de manifiesto, ya en sus propias conclusiones o explicación final, que no se reflejan con la necesaria precisión todas las condiciones que han de cumplirse para llevar a cabo la actuación de dragado en cuestión, remitiéndose a las condiciones que deriven del procedimiento de evaluación ambiental de la resolución de 26 de septiembre de 2003, que no se identifican y concretan y que, además, según se recoge en la contestación a la demanda, ha sido superada por los propios actos de las Administraciones con competencia ambiental y el propio Ministerio de Fomento y Autoridad Portuaria de Sevilla, recogiendo, incluso, la respuesta dada por el Estado Español a la Unesco en diciembre de 2016, señalando que «a la vista de las conclusiones del Comité Científico, los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo, la posición del Comité del Patrimonio Evaluación de los órganos de gestión y participación de la Propiedad, el proyecto no podrá seguir adelante». Lo mismo sucede con la remisión al Dictamen de noviembre de 2010 de la Comisión Científica para el Estudio de las Afecciones del Dragado del Río Guadalquivir. Sin que en ningún caso se refiera la toma en consideración de los riesgos que se ponían de manifiesto en tales documentos y que fueron advertidos en la sentencia de 26 de febrero de 2015 y menos aún se justifique que se han llevado a cabo las actuaciones indicadas en la misma, para lograr la mejora de la funcionalidad del estuario, que permita plantear y evaluar la posibilidad del dragado. La falta de una evaluación concreta y precisa de las medidas necesarias para llevar a cabo el pretendido dragado en relación con los concretos riesgos que conlleva, para los objetivos me-

dioambientales de las masas de agua afectadas y el parque de Doñana, se desprende, igualmente, de la redacción del art. 26.3 de la normativa del PHG, cuando establece que las «actuaciones que describe deberán ajustarse a cuantos pronunciamientos administrativos y judiciales las condicionen», expresión que resulta superflua como genérico sometimiento al resultado de los correspondientes controles administrativos y judiciales y que refleja una imprecisión en las medidas y la ausencia del necesario contraste con los efectos y riesgos que el dragado representa para el ecosistema afectado y que resultan de los informes emitidos, limitándose el planeamiento a referir una serie de medidas a realizar, planificadas, en estudio, de seguimiento, así como consideraciones sobre los efectos de salud pública, seguridad pública y otras de naturaleza social y económica, las alternativas consideradas y los beneficios obtenidos, con una genérica e imprecisa referencia a los negativos efectos medioambientales, que minimiza sin una fundamentación que resulte respaldada por informes o documentos contrastados.

En conclusión, la justificación de la concurrencia de las condiciones exigidas por el art. 39 RPH (art. 4.7 DMA) para admitir las modificaciones o alteraciones que comporta el dragado que se pretende, requiere el mayor grado de intensidad atendiendo a la especial protección medioambiental del Parque de Doñana y los riesgos que la actuación supone para la funcionalidad del mismo, que ya han sido valorados en informes previos y considerados por esta Sala en sentencia de 26 de febrero de 2015, acreditando en su caso que dicha situación del estuario ha mejorado y permite la actuación del dragado en las condiciones legalmente establecidas, lo que exige que por la Administración se lleve a cabo una valoración precisa y circunstanciada de las condiciones establecidas (medidas paliativas, motivos de las modificaciones, interés público superior y compensación de los beneficios medioambientales e imposibilidad de consecución por otros medios) en relación con los concretos efectos negativos y riesgos para el ecosistema afectado que goza de la mayor protección medioambiental, que no puede entenderse satisfecha en los términos que se reflejan en el planeamiento y que se han transcrito antes».

En resumen, la Sentencia anula las previsiones del PH del Guadalquivir relativas al dragado del río Guadalquivir por entender que las condi-

ciones exigidas por el art. 39 RPH(33) y el art. 4.7 DMA se atienden solo de manera genérica, pero no se justifican con la especificidad y precisión que había marcado el TS en su sentencia de 26 de febrero de 2015. También resulta determinante que el propio Gobierno admitiera la inviabilidad de la obra ante la UNESCO en diciembre de 2016, es decir, un año después de haber aprobado el plan del Guadalquivir.

XIII. Conclusiones

Para concluir, intentaremos hacer una sintética recapitulación de lo que, a nuestro juicio, se deduce de la jurisprudencia derivada del segundo ciclo de la planificación hidrológica en España aprobada mediante cuatro reales decretos. Aunque, en puridad, sería el tercer ciclo, ya que anticipándose a la DMA nuestro país había aprobado planes para todas las cuencas en virtud del RD 1664/1998, de 24 julio.

Lo primero a destacar es la considerable litigiosidad que esta planificación ha suscitado, máxime si se tiene en cuenta que, por tratarse de disposiciones aprobadas por el Consejo de Ministros, el conocimiento de estos pleitos corresponde al Tribunal Supremo, lo que entraña una dificultad añadida a la que habitualmente supone litigar contra la Administración.

Otra nota destacable es que en la mayoría de estos litigios se discuten determinaciones de los planes relativas a cuestiones ambientales, tales

(33) Artículo 39 RPH. *Condiciones para las nuevas modificaciones o alteraciones.*

«1. Bajo las condiciones establecidas en el apartado 2 se podrán admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial.

2. Para admitir dichas modificaciones o alteraciones deberán cumplirse las condiciones siguientes:

- a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua.
- b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico.
- c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible.
- d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor».

como objetivos ambientales, caudales ecológicos, reservas fluviales, estado de las masas de agua, etc. que entran en conflicto con otros intereses sectoriales como pueden ser los urbanísticos, agrícolas, industriales o energéticos.

Entrando en lo resuelto por las sentencias, podemos observar que el control judicial se ejerce con soltura para corregir omisiones formales cometidas de manera palmaria durante la elaboración, como fue la falta del informe del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales —preceptivo, aunque no vinculante—, empero ello suponga anular por entero los planes hidrológicos afectados.

En cambio, el canon de revisión es más laxo cuando los trámites de consulta, información pública o concertación se han cumplimentado formalmente, sin entrar en la efectividad de su resultado. Entiende el TS que es suficiente con dar a los interesados la oportunidad de exponer sus pretensiones ante los Organismos de cuenca, siendo el Gobierno el encargado de tomar la decisión pertinente en función del interés general; una lectura que a nuestro juicio se queda corta respecto del juego que puede dar la participación y a la concertación como cauce de composición de intereses legítimos heterogéneos y contrapuestos. Se echa en falta pues, una participación orgánica que pueda servir de foro de debate, negociación y acuerdo entre los distintos gremios y Administraciones afectados por las determinaciones de los planes.

Las sentencias examinadas también muestran una gran deferencia hacia la discrecionalidad técnica de la que gozan los Organismos de cuenca para elaborar las mediciones, análisis y, en general, las determinaciones fácticas de las masas de agua, valorar las situaciones y proponer las medidas que estimen más adecuadas. En ese sentido, los informes administrativos, incluso si fueron elaborados por consultoras privadas, aparecen revestidos de una presunción de acierto muy difícil de erosionar por los informes periciales que aportan los recurrentes. En los casos en que los recursos han prosperado, la fuerza de convicción de las pruebas periciales aparece más bien como un complemento de los precedentes y del reconocimiento más o menos explícito por parte de propio planeamiento. Nos referimos, como ocurrió en el Plan Hidrológico del Tajo, a la ausencia de caudales ecológicos. Y, en el del Plan del Guadalquivir, a la falta de justificación del dragado del río.

La deferencia del TS todavía es mayor cuando se entra en las decisiones de carácter político que corresponden al Gobierno, entendiéndose que, en el ejercicio de la potestad normativa en que consiste la aprobación de la planificación hidrológica de cuenca, a él corresponde resolver los heterogéneos intereses públicos y privados en presencia. Incluso cuando el Gobierno está en funciones, lo que a nuestro juicio resulta discutible si atendemos a la trascendencia que la planificación hidrológica tiene, su

capacidad para condicionar las competencias de otras Administraciones y la dificultad procedimental para proceder a una revisión fuera de calendario.

Ello no ha impedido que el TS anule algunas determinaciones de los planes que no se ajustaban a los hechos constatados ni a lo prescrito en las normas; pero sin ir más allá de lo previsto en la Ley Jurisdiccional, según la cual los tribunales no pueden determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos ni el contenido discrecional de las disposiciones anuladas (art. 71.2 LJCA). Esta contención puede resultar satisfactoria para los demandantes en los casos en los que, como sucede con el dragado del Guadalquivir, la anulación conlleva la paralización de la obra. Pero no cuando, como ocurre con la falta de caudales ecológico, el río Tajo seguirá privado de ellos y sin ninguna garantía de que en la futura revisión del plan se vayan a establecer como es debido. Para asegurar la efectividad de la legislación en casos así creemos que tendría que imponerse la doctrina de la fuerza normativa de lo fáctico que los tribunales aplican abiertamente cuando revisan la planificación urbanística.

XIV. Bibliografía

- CARO-PATÓN CARMONA, I., «Caudales ecológicos y planificación», en el libro coordinado por T. NAVARRO CABALLERO, *Desafíos del derecho de aguas: variables jurídicas, ambientales y de derecho comparado*, 2016, págs. 321-332.
- CARRILLO, M., «Las atribuciones del Gobierno en funciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 109, 2017, págs. 121-154.
- DELGADO PIQUERAS, F., «Agua, demarcaciones, planes y trasvases en la reciente jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2016, págs. 317-330.
- DELGADO PIQUERAS, F., *Código de Derecho de Aguas*, 4.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- EMBED IRUJO, A., *El segundo ciclo de planificación hidrológica en España (2010-2014)*, Aranzadi., 2015.
- , «El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir», en el libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*, coordinado por Luciano PAREJO ALFONSO, vol. 1, 2017, págs. 696-720.
- FANLO LORAS, A., «A propósito de la planificación hidrológica: consideraciones jurídicas sobre el documento “Esquema provisional de temas importantes” de la Demarcación Hidrográfica del Ebro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, págs. 247-268.

- FERRER POLO, J. y HERNÁNDEZ TORRES, J.M., «El régimen de caudales mínimos en el nuevo ciclo de la planificación hidrológica: aspectos metodológicos y de concertación social», *Ingeniería y territorio*, núm. 85, 2009, págs. 46-55.
- GALLEGO BERNARD, M.S., «Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento por el plan hidrológico del Tajo de 2016 de la regulación sobre caudales ecológicos y objetivos medioambientales», *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 18, 2019.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Régimen jurídico de los trasvases», Civitas, 2009.
- GALLEGO, I.; GARRIDO, N. y DELGADO, F., «The Implementation of the Water Framework Directive and Territorial Disputes in Spanish Law»; *European Public Law*, vol. 2013, págs. 675 a 686.
- LÓPEZ DALLARA, M.L., «Recurso por incumplimiento y responsabilidad de los Estados miembros por actos de sus órganos judiciales en violación de la obligación impuesta por el artículo 234.3 TCE», *Noticias.Juridicas.com*
- LÓPEZ GUERRA, L., «Gobierno en funciones», en M. ARAGÓN REYES (dir.) y C. AGUADO RENEDO (coord.). *Organización general y territorial del Estado. Temas básicos de derecho constitucional*, tomo II, 2011, págs. 192-195.
- MELERO ALONSO, E., «Procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos de cuenca y la participación ciudadana», en el libro *El derecho de aguas en clave europea*, coordinado por Jorge AGUDO GONZÁLEZ, La Ley, 2010, págs. 433-476.
- QUINTANA LÓPEZ, T. y CASARES MARCOS, A.B., *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, 2014.

XV. Anexo: jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5) sobre los planes hidrológicos (2016-2021)

1. Sobre el RD 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de competencia estatal

Anexo II. CANTÁBRICO OCCIDENTAL

1. Sentencia n.º 435/2019, de 01/04/2019 (N.º de Recurso: 4447/2016; ECLI: ES:TS:2019:1031); Hidroeléctrica del Cantábrico SAU y Endesa Generación SAU vs. Administración del Estado.

Anexo III. MIÑO-SIL

2. Sentencia n.º 403/2019, de 25/03/2019 (N.º de Recurso: 4444/2016; ECLI: ES:TS:2019:939); Endesa Generación S.A vs. Administración del Estado.

Anexo V. TAJO

3. Sentencia n.º 309/2019, de 11/03/2019 (N.º de Recurso: 4351/2016 ECLI:ES:TS:2019:856); Plataforma en Defensa de los Ríos Tajo y Alberche de Talavera de la Reina, la asociación GRAMA, Grupo de Acción para el Medio Ambiente, Plataforma de Toledo en Defensa del Tajo, Ayuntamiento de Mantiel (Guadalajara) y la asociación de Municipios Ribereños de los Embalses de Entrepeñas y Buendía vs. Administración del Estado.
4. Sentencia n.º 339/2019, de 14/03/2019 (N.º de Recurso 4430/2016 ECLI:ES:TS:2019:854); Ayuntamiento de Talavera de la Reina vs. Administración del Estado.
5. Sentencia n.º 340/2019, de 14/03/2019 (N.º de Recurso 4482/2016 ECLI:ES:TS:2019:855); Excmo. Ayuntamiento de Aranjuez vs. Administración del Estado.
6. Sentencia n.º 387/2019, de 21/03/2019 (N.º de Recurso 4398/2016 ECLI:ES:TS:2019:937); Excmo. Ayuntamiento de Toledo vs. Administración del Estado.

Anexo VI. GUADIANA

7. Sentencia n.º 367/2019, de 19/03/2019 (N.º de Recurso: 4376/2016; ECLI:ES:TS:2019:936); Comunidad de Regantes vs. Administración del Estado.
8. Sentencia n.º 393/2019, de 22/03/2019 (N.º de Recurso: 4432/2016; ECLI:ES:TS:2019:1029); Comunidad de Usuarios de Aguas de San Clemente vs. Administración del Estado.
9. Sentencia n.º 436/2019, de 01/04/2019 (N.º de Recurso: 4448/2016; ECLI:ES:TS:2019:1066); Comunidad de Regantes, Unión de Agricultores y ganaderos de Castilla-La Mancha –ASAJA CLM– y la Coordinadora Agraria de Castilla-La Mancha COAG CLM vs. Administración del Estado.

Anexo VII. GUADALQUIVIR

10. Sentencia n.º 298/2019, de 07/03/2019 (N.º de Recurso: 4092/2016; ECLI:ES:TS:2019:845); Presidente de la Asociación Plataforma para la defensa del Río Castril Siglo XXI vs. Administración General del Estado.
11. Sentencia n.º 299/2019, de 07/03/2019 (N.º de Recurso: 4397/2016; ECLI:ES:TS:2019:846); Excmo. Ayuntamiento de Castril de la Peña (Granada) vs. Administración del Estado.
12. Sentencia n.º 320/2019, de 12/03/2019 (N.º de Recurso: 4343/2016; ECLI:ES:TS:2019:850); Comunidad de Regantes de Fuencaliente vs. Administración General del Estado.

13. Sentencia n.º 1003/2019, de 08/07/2019 (N.º de Recurso: 4434/2016; ECLI:ES:TS:2019:227); WWF-ADENA vs. Administración del Estado, La Autoridad Portuaria de Sevilla y la Confederación de Empresarios de Sevilla (CES).
14. Sentencia n.º 432/2019, de 29/03/2019 (N.º de Recurso: 4344/2016; ECLI:ES:TS:2019:1032); Ayuntamiento de Huéscar (Granada) vs. Administración del Estado.

Anexo X. SEGURA

15. Sentencia n.º 319/2019, de 12/03/2019 (N.º de Recurso: 4333/2016; ECLI:ES:TS:2019:851); Plataforma de Regantes y Usuarios de la Cabecera del Segura vs. Administración del Estado.

Anexo XI. JÚCAR

16. Sentencia n.º 303/2019, de 08/03/2019 (N.º de Recurso: 4411/2016; ECLI:ES:TS:2019:849); Colegio Oficial de Ingenieros de Minas de Levante vs. Administración del Estado.
17. Sentencia n.º 353/2019, de 18/03/2019 (N.º de Recurso: 4437/2016; ECLI:ES:TS:2019:857); Junta Central de Usuarios del Vinalopó-L'Alacantí y Consorcio de Aguas de la Marina Baja vs. Administración del Estado.
18. Sentencia n.º 354/2019, de 18/03/2019 (N.º de Recurso: 4439/2016; ECLI:ES:TS:2019:858); Comunidad de Regantes vs. Administración del Estado.
19. Sentencia n.º 366/2019, de 19/03/2019 (N.º de Recurso: 4375/2016; ECLI:ES:TS:2019:935); Excmo. Ayuntamiento de Albacete vs. Unidad Sindical de Usuarios del Júcar, la Generalidad Valenciana y la Administración del Estado.
20. Sentencia n.º 707/2019, de 28/05/2019 (N.º de Recurso: 4484/2016; ECLI:ES:TS:2019:1658); Ayuntamiento de Albat de la Ribera, Algemesí, Alzira, Benicull de Xunquer, Corbera, Cullera, Favara; Fortaleny, Llaurí, Polinyà de Xúquer, Riola, Sueca y Carcaixent vs. Administración del Estado.

Anexo XII. EBRO

21. Sentencia n.º 310/2019, de 11/03/2019 (N.º de Recurso: 4427/2016; ECLI:ES:TS:2019:847); Ayuntamiento de Alcanar, l'Aldea, Amposta, Arnes, Sant Carles de la Rápita, Deltebre, San Jaume d'Enveja, Horta de Sant Joan, Móra d'Ebre, Móra la Nova, la Palma d'Ebre, la Pobla de Mas-

- saluca, Roquetes, la Sénia, Tivenys, Tortosa y Ulldecona; las entidades Municipales Descentralizadas de Jesus i els Muntells; los Consekos Comarcales del Baix Ebre y de la Terra Alta; las Asociaciones Coordinadora Antitrasvasament del riu Ebre y Lliga per a la Defensa del Patrimoni Natural (DEPANA) vs. Administración del Estado.
22. Sentencia n.º 342/2019, de 14/03/2019 (N.º de Recurso: 4428/2016; ECLI:ES:TS:2019:852); Asociación de Entidades Locales del Pirineo Aragonés (ADELPA) vs. Administración del Estado.
 23. Sentencia n.º 404/2019, de 25/03/2019 (N.º de Recurso: 4445/2016; ECLI:ES:TS:2019:940); Ayuntamiento de Fiscal (Huesca) vs. Administración del Estado.
 24. Sentencia n.º 445/2019, de 02/04/2019 (N.º de Recurso: 4712/2016; ECLI:ES:TS:2019:1136); Diputación Provincial de Huesca, Ayuntamientos de Benabarre, Bielsa, Graus, Laspuña, Panticosa, Plan, San Juan de Plan y Tella-Sin vs. Administración del Estado.
 25. Sentencia n.º 507/2019, de 11/04/2019 (N.º de Recurso: 4711/2016; ECLI:ES:TS:2019:1239); Generalidad de Cataluña vs. Administración del Estado.
 26. Sentencia n.º 518/2019, de 11/04/2019 (N.º de Recurso: 4710/2016; ECLI:ES:TS:2019:1224); Diputación Provincial de Huesca, Ayuntamientos de Bielsa, Laspuña, Panticosa, Plan, San Juan de Plan y Tella-Sin vs. Administración del Estado.

2. Sobre el Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de competencia autonómica

27. Sentencia n.º 388/2019, de 21/03/2019 (N.º de Recurso: 449/2016 ECLI:ES:TS:2019:938); Endesa Generación SA vs. Administración del Estado, la Junta de Andalucía y la Xunta de Galicia.
28. Sentencia 395/2019 de 25/03/2019 (N.º de Recurso 4489/2016 ECLI:ES:TS:2019:941); Junta de Compensación del Sector R.2.6 del PGOU de Torremolinos vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
29. Sentencia 396/2019 de 25/03/2019 (N.º de Recurso 4495/2016 ECLI:ES:TS:2019:950); Comunidad de Propietarios vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
30. Sentencia n.º 471/2019, de 08/04/2019 (N.º de Recurso 4431/2016 ECLI:ES:TS:2019:1233); Bacardi España SA vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
31. Sentencia n.º 506/2019, de 11/04/2019 (N.º de Recurso 4450/2016 ECLI:ES:TS:2019:1229); Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación del Polígono Industrial Guadalhorce vs. Junta de Andalucía y Administración General del Estado.

32. Sentencia n.º 509/2019, de 11/04/2019 (N.º de Recurso 4438/2016 ECLI:ES:TS:2019:1219); Netobril SA vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
33. Sentencia n.º 519/2019, de 11/04/2019 (N.º de Recurso 4440/2016 ECLI:ES:TS:2019:1228); Asociación de Polígonos y Parques Industriales y Comerciales de Málaga y su provincia vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
34. Sentencia n.º 654/2019, de 21/05/2019 (N.º de Recurso 4483/2016 ECLI:ES:TS:2019:1655); Excmo. Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre vs. Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
35. Sentencia n.º 994/2019, de 05/06/2019 (N.º de Recurso 4478/2016 ECLI:ES:TS:2019:2452); Gestión de Inmuebles Adquiridos SLU vs. Junta de Galicia, Junta de Andalucía, Administración General del Estado, Aguas de Almazora, S.A., Sociedad Cooperativa Andaluza Olivarera Nuestra Sra. del Rosario de Humilladero, Ayuntamiento de El Ejido y Ayuntamiento de Berja.
36. Sentencia n.º 986/2019, de 04/07/2019 (N.º de Recurso: 4486/2016 ECLI:ES:TS:2019:2315); Complejo Agrícola, S.L. vs. Administración del Estado, Xunta de Galicia, Aguas de Galicia y Ordenación del territorio de la Junta de Andalucía.
37. Sentencia n.º 990/2019, de 04/07/2019 (N.º de Recurso 4493/2016 ECLI:ES:TS:2019:2321); Isaac vs. Junta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
38. Sentencia n.º 995/2019, de 05/07/2019 (N.º de Recurso 4490/2016 ECLI:ES:TS:2019:2465); Ofatel, S.L. vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
39. Sentencia 1004/2019, de 08/07/2019 (N.º de Recurso 4491/2016 ECLI:ES:TS:2019:2322); General de Garantías Comerciales SA vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
40. Sentencia 1006/2019, de 08/07/2019 (N.º de Recurso 4492/2016 ECLI:ES:TS:2019:2457); General de Galerías Comerciales SA vs. Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
41. Sentencia n.º 1027/2019, de 10/07/2019 (N.º de Recurso 4487/2016 ECLI:ES:TS:2019:2453); Netco Investment SLU vs. Xunta de Galicia, Junta de Andalucía y Administración General del Estado.
42. Sentencia n.º 1045/2019, de 11/07/2019 (N.º de Recurso 4480/2016 ECLI:ES:TS:2019:2455); Gestión de inmuebles adquiridos SLU vs. Junta de Andalucía y Administración General del Estado.

3. Sobre el Real Decreto 450/2017, de 5 de mayo, por el que se aprueba el plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña

43. Sentencia n.º 1078/2019, de 16/07/2019 (N.º de Recurso 526/2017 ECLI:ES:TS:2019:2567); Asociación de Productores y Usuarios de Energía

Eléctrica vs. Administración General del Estado y Generalidad de Cataluña.

44. Sentencia n.º 1080/2019, de 16/07/2019 (N.º de Recurso 487/2017 ECLI:ES:TS:2019:2385); Comunidad Autónoma de Aragón vs. Administración General del Estado, Generalidad de Cataluña, Emplazamientos Radiales, S.L., Unió de Federacions Esportives de Catalunya.



El derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos: estado de la cuestión tras la más reciente jurisprudencia comunitaria

The right to non discrimination for temporary civil servants: current state of play after the most recent european case law

JOSÉ MATEOS MARTÍNEZ

Universidad de Murcia
jmm21@um.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.09>

LABURPENA: Lan honen xedea da Espainiako Kostituzioaren 14. artikulua duen proiektioari buruz hausnarketa egitea, Erkidegoko Zuzenbidearekin lotuta, bitarteko funtzionarioen lan-baldintzei buruz, azken horiek diskriminazio endemikoa jasan baitute karrerako funtzionarioekin alderatuta. Horri dagokionez, modu kritikoan aztertuko dugu bitarteko funtzionarioei oinarritzko eskubide hori aitortzean ezarri den jurisprudentzia garrantzitsuena, eta arreta berezia emango diegu EBJAK karrerako funtzionarioekiko ordainsari-bereizkeriari buruz eman dituen azken epaiei, bai eta finkotasunera iristeko aukerari ere, izendapenak gehiegi kateatzen baitzaizkie.

GAKO-HITZAK: Diskriminazioa. Bitarteko funtzionarioak. Erkidegoko zuzenbidea. Oinarritzko eskubideak.

ABSTRACT: The purpose of this work is to reflect on the scope of art. 14 of the Constitution in connection with European law, on the conditions of temporary civil servants, who have been suffering an endemic discrimination in respect of public officers of profession. In this regard, we will critically examine the most relevant jurisprudential milestones in the recognition of this fundamental right to temporary civil servants, with special attention to the last rulings issued by the CJEU about their discrimination against public officers and their feasible access to a permanent position as a consequence of the excessive succession of appointments.

KEYWORDS: Discrimination. Temporary Civil Servants. European Law. Fundamental Rights.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la proyección del art. 14 CE, puesto en conexión con el Derecho Europeo, sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos, que han venido sufriendo una

discriminación endémica respecto de los funcionarios de carrera. A este respecto, examinaremos de forma crítica los más relevantes hitos jurisprudenciales en el reconocimiento de este derecho fundamental a los funcionarios interinos, con especial atención a las últimas sentencias del TJUE sobre su discriminación retributiva respecto de los funcionarios de carrera y su posible acceso a la fijeza por la excesiva concatenación de nombramientos.

PALABRAS CLAVE: Discriminación. Funcionarios Interinos. Derecho Europeo. Derechos Fundamentales.

Trabajo recibido el 1 de abril de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. El impacto del Derecho de la Unión Europea en el estatus de los funcionarios interinos.—III. Un repaso general a la jurisprudencia sobre el derecho a la no discriminación de los funcionarios interinos. 1. Igualdad en el cobro de trienios. 2. No discriminación en la percepción de sexenios. 3. No discriminación en la valoración de méritos ligados a la prestación de servicios para la Administración. 4. No discriminación de funcionarias interinas en el disfrute de los permisos que gozan sus compañeras funcionarias de carrera.—IV. Un importante (aunque aparentemente fallido) paso en el reconocimiento del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE a los interinos: la STS 966/2018, de 11 de junio. 1. Origen y contenido de la sentencia. 2. Un paso atrás y sus matices: la STS 1019/2019, de 9 de julio.—V. Fraude de ley en la relación funcional interina y sus consecuencias en el momento del cese. 1. La malograda utopía de la fijeza. 2. La figura del indefinido no fijo como vía imperfecta para resarcir a los empleados públicos víctimas de nombramientos en fraude de ley. 3. ¿Existe un derecho incondicionado a la indemnización por interinidad de larga duración? El caso De Diego Porras y la posterior desprotección de una parte de los interinos de larga duración tras el Caso Montero Mateos.—VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

En los últimos años, el conjunto de derechos reconocido por nuestro ordenamiento jurídico a los funcionarios interinos, se ha ido expandiendo lenta pero inexorablemente, gracias en esencia a sentencias del TJUE que, aplicando el Derecho de la Unión Europea, han declarado la ilícita discriminación padecida por este colectivo en relación con los funcionarios de carrera, y ello en aspectos tan diversos como el reconocimiento de trienios, el disfrute de otros complementos retributivos o el derecho a ver prorrogado su nombramiento hasta la efectiva cobertura de su plaza conforme al procedimiento legalmente establecido.

Como tantas veces, la premisa para un adecuado examen de este fenómeno no puede limitarse al conocimiento de lo que es un funcionario interino en el texto de la ley, debiendo extenderse a la realidad práctica de este colectivo, que es radicalmente distinta de la teoría que la ley consagra. Una realidad (que se extiende también al personal laboral al servicio de la Administración) singularmente precaria e inadmisibles tanto desde el punto de vista de la justicia material como desde la perspectiva del mero cumplimiento del Derecho positivo.

Teóricamente, los funcionarios interinos son empleados públicos vinculados de forma temporal con la Administración, debido a la necesidad de cubrir con carácter provisional puestos que habrán de ser defini-

tivamente ocupados por los funcionarios de carrera, o a la existencia de otras necesidades extraordinarias cuya extensión en el tiempo habrá de ser limitada. Así, el art. 10 del *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante, TREBEP) limita las causas justificativas del nombramiento de un funcionario interino a *razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia*. Con base en ello, los interinos desempeñarán funciones propias de funcionarios de carrera, *cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias*:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Es por ello que el apartado 3 del citado artículo dispone que *el cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento*.

Y el apartado 4 del mencionado precepto impone como garantía para evitar el uso abusivo de los interinos por la Administración que «en el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización».

El art. 10 TREBEP finaliza estableciendo en su apartado 5 que «a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera».

Pues bien, cualquier ciudadano mínimamente informado es consciente del abismo que existe entre la regulación legal del funcionario interino y el pozo de precariedad en que este colectivo se encuentra inmerso. Existen miles de plazas vacantes que llevan lustros (cuando no décadas) sin incluirse en las ofertas de empleo público para su cobertura por funcionarios de carrera, y ello con flagrante incumplimiento de lo previsto en el art. 10.4 TREBEP. Del mismo modo, se recurre masivamente a la contratación de interinos para cubrir necesidades permanente, estructurales e invariables de la Administración, intentando enmascararlas con falsos «programas temporales» o «acumulaciones puntuales de tareas».

Esta situación inaceptable se ha generalizado con la política de la tasa de reposición. Como resalta Cantero Martínez, dicha política «desnaturaliza la estructura de nuestro sistema de incorporación en condiciones de mérito e igualdad a la función pública, permitiendo que el personal interino se mantenga indefinidamente en su puesto de trabajo, sin permitir que adquiera la condición de funcionario a quien demuestre tener más mérito y capacidad y así lo acredite en un proceso en condiciones de igualdad. Desnaturaliza también la institución del interinaje que, como hemos señalado, se caracteriza por su carácter estrictamente temporal. Conduce directamente hacia la figura que se ha dado en denominar «interino de larga duración» (1).

En este contexto, y para agravar aún más la situación, en los últimos años las sucesivas leyes de presupuestos generales han prohibido incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por interinos, lo cual «permite que la Administración pueda cubrir todas las plazas vacantes con este tipo de funcionarios, sin límite en cuanto a su incorporación y cese, convirtiendo en ordinaria la provisión del puesto por interino, cuando es claramente extraordinaria» (2).

Igualmente, Cavas Martínez señala otro foco de precariedad para este colectivo, indicando que «la posibilidad de nombrar funcionarios interinos por acumulación de tareas o para atender programas de carácter temporal, sin que legalmente se fijen los contornos materiales de dichos programas (más allá del establecimiento de una duración máxima a los mismos), ha comportado la descausalización en gran medida de esta figura, que se ha convertido en un factor más de precarización del empleo público al que las Administraciones Públicas vienen recurriendo para dar cobertura a cualesquiera de sus necesidades de reclutamiento temporal» (3).

El objetivo de la Administración es claro: un funcionario interino resulta mucho más barato que uno de carrera, ya que retorciendo la ley se le puede privar de trienios, sexenios, otros complementos retributivos e, incluso, del cobro de los meses de verano, consagrándose la «monstruosidad prohibida por el Derecho Laboral» (expresión recogida en la STS 966/2018, de 11 de junio, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a) de que, año tras año, el interino sea cesado en junio y vuelva a ser nombrado en septiembre para desarrollar las mismas funciones, no percibiendo las retribuciones de julio y agosto.

(1) CANTERO MARTÍNEZ, J., «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017, pág. 13.

(2) *Ibid.*

(3) CAVAS MARTÍNEZ, F., «El empleo temporal irregular en el sector público», en *Anales del Derecho*, Vol. 35, núm. 2, 2017, pág. 5.

Cualquier empresario que actúe así con un trabajador bajo su cargo sufriría una importante sanción por la Inspección de Trabajo. Pero la Administración podía (hasta el mismo mes de junio de 2018) cometer semejante atropello impunemente, y de hecho diversas administraciones autonómicas seguían ejecutándolo. La STS 966/2018, de 11 de junio (sobre la que nos extenderemos más adelante), se lo ha prohibido, si bien el TS volvió a cambiar su criterio con la STS 1019/2019, de 9 de julio aunque, a nuestro entender, el nuevo criterio del TS no privaría del derecho a la prórroga del nombramiento en verano a los interinos de larga duración en fraude de ley.

II. El impacto del Derecho de la Unión Europea en el estatus de los funcionarios interinos

La *Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada* (en adelante, Acuerdo Marco), ha sido la norma con mayor impacto a la hora de dignificar la situación de los funcionarios interinos, y solventar (aunque sea gradualmente) la histórica discriminación que vienen padeciendo en relación con los funcionarios de carrera.

En el fondo, el Acuerdo Marco entronca con el derecho fundamental a la no discriminación que reconocen la generalidad de constituciones europeas (y la nuestra en su art. 14 CE), pero lo concreta en relación con los trabajadores temporales de un modo singularmente nítido, superando la enunciación abstracta del citado derecho que servía como vía de escape a las autoridades que no deseaban respetarlo.

De esta forma, el Acuerdo Marco representa un punto de referencia singularmente valioso para interpretar el derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE, y ello conforme preceptúa el art. 10.2 de nuestro texto constitucional. En este caso, además, el obligado respeto al Derecho de la Unión Europea se suma al mandato de interpretar los derechos fundamentales a la luz de las normas supranacionales que incidan sobre su contenido y hayan sido válidamente aceptadas por España (4).

(4) En este sentido, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, analiza precisamente la incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que puede tener la inaplicación de normas de Derecho Europeo por parte de los tribunales españoles, y alcanza la conclusión de que ello vulneraría este derecho fundamental, pues supondría ignorar el Derecho positivo que, conforme a nuestro sistema de prelación de fuentes, debía constituir el punto de referencia para resolver el litigio.

Examinando esta sentencia, PINSET BLANCO afirma que «corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación del mismo efec-

Pues bien, el precepto más relevante del Acuerdo Marco es, sin duda, su cláusula cuarta, donde se establece que:

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*.
3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.
4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

Se observa, pues, que el apartado primero de la cláusula dispone un principio general de no discriminación entre trabajadores fijos y temporales, de modo que un trabajador temporal nunca podrá sufrir un trato desfavorable respecto de uno fijo si la única diferencia entre ambos se limita a la modalidad contractual que se les ha impuesto.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 14 de septiembre de 2016, asunto Pérez López (C-16/2015), que interpreta las cláusulas 3.^a a 5.^a del Acuerdo Marco, establece que «la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, en la medida en la que tal utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de relación laboral, aunque los contratos de dura-

tuada por el TJUE. En tales casos el desconocimiento y preterición de ese Derecho puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» (PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía. Del Derecho Europeo antes y después del Caso Melloni», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pág. 193).

ción determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades».

De este modo, y aparte de proscribir los actos de discriminación entre trabajadores fijos y temporales, el TJUE afirma de forma taxativa que la contratación temporal para cubrir necesidades permanentes y estables, constituye una vulneración del Acuerdo Marco. Un fraude que, de forma masiva, llevan padeciendo no sólo los trabajadores al servicio de la Administración en España, sino también los funcionarios interinos, conforme analizaremos durante este trabajo (5).

A este respecto, inicialmente se planteó si el Acuerdo Marco resultaba aplicable no sólo al personal laboral, sino también a los funcionarios. Ello fue admitido en nuestra jurisdicción interna por el Tribunal Supremo, declarando que *tampoco hay duda* sobre dicha aplicabilidad (STS de 22 de octubre de 2012 (REC. 5303/2011)).

De otra parte, el TJUE tampoco tuvo nunca dudas al respecto. Es por ello que, a través de numerosas sentencias, ha ido venciendo (si bien con altibajos) la eterna discriminación que venían padeciendo los funcionarios interinos, poniendo igualmente las bases para que nuestros propios tribunales internos fuesen cambiando su criterio inicial y abriéndose a una interpretación justa y coherente del derecho a la no discriminación entre funcionarios interinos y de carrera.

III. Un repaso general a la jurisprudencia sobre la no discriminación de los funcionarios interinos

1. Igualdad en el cobro de trienios

El primer pronunciamiento de relevancia del TJUE sobre la discriminación entre funcionarios interinos y de carrera en España, fue la Sentencia de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, Del Cerro Alonso. El litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial que motivó la sentencia era una reclamación de trienios por parte de una auxiliar administrativa del Servicio Vasco de Salud que llevaba ejerciendo más de 12 años como personal del mismo.

Durante tan largo periodo, la Sra. Del Cerro Alonso permaneció un primer intervalo como personal eventual, y otro ya como personal fijo. Pues bien, decidió reclamar el abono de los trienios devengados durante su etapa como eventual, rechazando la Administración su petición al enten-

(5) *Vid.* a este respecto SUÁREZ CORUJO, B., «El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el tribunal de justicia de la Unión Europea», en *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 61, 2017, págs. 180-185.

der que sólo comenzó a devengar trienios al convertirse en personal fijo. El Juzgado de lo Social n.º 1 de San Sebastián planteó cuestión prejudicial sobre este punto, cuyo objeto era dilucidar si la ausencia de reconocimiento de los trienios relativos a su etapa como personal eventual implicaba una discriminación incompatible con la Directiva.

El TJUE respondió de forma clara: «La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador».

Así, toda distinción de trato entre trabajadores indefinidos y temporales deberá fundamentarse en criterios objetivos y razonables, que vayan más allá de su encuadramiento en una modalidad contractual u otra, y serán contrarias al Acuerdo Marco aquellas normas de Derecho interno que establezcan ese trato diferente sin una justificación válida conforme a los anteriores parámetros. Por consiguiente, y habiendo realizado la Sra. Del Cerro Alonso un trabajo perfectamente equiparable al de un integrante del personal fijo, debe devengar y percibir los trienios relativos a su etapa como eventual.

El TS ha asumido este criterio tanto para los funcionarios interinos como para el personal laboral al servicio de la Administración, y lo ha extrapolado a otras situaciones vinculadas con el disfrute de trienios sin discriminación. Así, la STS de 21 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª (REC. 726/2015), reconoce a los funcionarios interinos el derecho a computar, a efectos de trienios, el tiempo de excedencia por cuidado de hijo menor de 3 años (un derecho que consagra el art. 89.4 TREBEP, y que hasta el momento solamente se reconocía a los funcionarios de carrera).

2. No discriminación en la percepción de sexenios

El TJUE siguió profundizando en la misma línea doctrinal, y la extendió a otros supuestos análogos como el de los sexenios. En este sentido, fue sumamente relevante la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/09 y C-456/09, Gavieiro e Iglesias, donde resolvió que:

«la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a per-

cibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables».

Nuevamente, y por las mismas razones aplicadas al supuesto de los trienios, es claramente discriminatorio denegar al funcionario interino el derecho a los sexenios, cuando su trabajo es perfectamente equiparable al del funcionario de carrera y, por ende, no existe razón objetiva para excluirle de su disfrute(6).

3. No discriminación en la valoración de méritos ligados a la prestación de servicios para la Administración

A este respecto es singularmente relevante la STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, Rosado Santana. En este caso, el TJUE se pronuncia sobre un concurso-oposición donde se exigía como requisito para participar la posesión del título de Bachiller Superior o título equivalente o, alternativamente, poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al grupo D, o de cinco años y haber superado un curso específico en el Instituto Andaluz de Administración Pública.

El problema se encontraba en que la convocatoria excluyó el cómputo de esos servicios previos si se habían prestado como personal interino o laboral. La medida era manifiestamente irrazonable pues, según se acreditó ante el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial, el funcionario interino demandante realizó las mismas funciones que los funcionarios de carrera, por lo que no había razón alguna para no computarle esos años de servicio.

Siendo idénticas tales funciones, el TJUE entendió que la mera condición de funcionario interino del demandante no justificaba su exclusión, pues la calidad y características de éstas eran idénticas a las de los funcionarios de carrera y, en consecuencia, el funcionario interino estaba padeciendo una discriminación ilícita e incompatible con el Acuerdo Marco.

Nuevamente, el criterio del TJUE era evidentemente razonable, siendo incomprensible desde un punto de vista jurídico el porqué las administraciones españolas pretendieron (tanto en este caso como en los anterio-

(6) Desde una perspectiva doctrinal *vid.* al respecto las conclusiones alcanzadas por DE SANDE PÉREZ BEDMAR, P., «Reconocimiento de trienios a funcionarios interinos: el caso Gavieiro y otro», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, págs. 238-240.

res) desvirtuar el valor y la calidad de un trabajo manifiestamente idéntico al de los funcionarios de carrera. Solamente podemos encuadrar su posición en el intento de anteponer intereses políticos (ilícito ahorro en las retribuciones, privilegio de los funcionarios de carrera para unas concretas oposiciones a fin de cumplir compromisos políticos previos con ese colectivo...) al respeto a los derechos de los funcionarios interinos. Incluidos sus derechos fundamentales.

4. No discriminación de funcionarias interinas en el disfrute de los permisos que gozan sus compañeras funcionarias de carrera

En este ámbito podemos destacar la STC 214/1999, de 20 de diciembre. En ella, el TC declara la vulneración del art. 14 CE que conlleva la denegación de excedencia para el cuidado de hijo a una funcionaria interina, violándose su derecho fundamental no sólo por la discriminación indirecta que conlleva denegar a una mujer una medida de tal índole, sino por la arbitraria diferencia de trato respecto de las funcionarias de carrera que supone. El razonamiento del TC fue claro y taxativo (FJ 4):

«... no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual» (7).

(7) A este respecto, y más allá de las formas de discriminación más clásicas y reiteradas (como la sufrida por el género femenino en relación con el masculino), la diferencia de trato sin causa que la justifique resulta igualmente execrable y constitucionalmente proscrita conforme al art. 14 CE, de modo que una discriminación entre mujeres por el mero hecho de que una tenga su plaza de funcionaria en propiedad y la otra sea interina, atenta contra el mencionado derecho fundamental (NARANJO DE LA CRUZ, R., «Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1999, de 20 de diciembre. Discriminación indirecta por razón de sexo en al denegación de excedencia a funcionaria interina para el cuidado de su hijo», en *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 4, 2000, págs. 29-30).

También es reseñable la STC 20/2001, de 29 de enero. Allí, el TC reconoce el atentado contra el derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE que implica el cese anticipado de una funcionaria interina que se encuentra disfrutando un permiso por maternidad. La Administración adujo ante el TC que este cese anticipado se justificaba por las razones de urgencia que caracterizan al nombramiento de los funcionarios interinos, y que hacen imposible prescindir de sus funciones durante el largo periodo que dura una excedencia.

A este respecto, declara el TC en el FJ 6 de la sentencia que «por el contrario, debe tenerse presente que la protección específica de la maternidad de los períodos pre y postnatales persigue una clara finalidad social, esto es, la protección de la maternidad, a la que se añade la finalidad de promocionar el establecimiento de una relación de carácter familiar, absolutamente necesaria con el que acaba de nacer. La protección extiende, por ello, su campo de actuación, alcanzado tanto al neonato como a la familia en su conjunto. Por ello, como en su día recordó la STC 203/2000, de 24 de agosto (FJ 5), “no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con trascendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad”. De modo que “esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE, sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales”» (8).

En efecto, tan valiosas y necesarias son las funciones de un interino como las de un funcionario de carrera, y ambos poseen idéntica dignidad como personas. Por ende, no existe razón alguna para privar del derecho en juego al funcionario interino, debiendo contar con idéntica protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales que su compañero de carrera.

(8) Un interesante análisis de la sentencia puede encontrarse en CABELLO FERNÁNDEZ, M.D., «Discriminación por razón de sexo en el cese anticipado de funcionaria interina encontrándose esta disfrutando de un permiso por maternidad», en *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 7, 2001, págs. 33-37.

IV. Un importante (aunque aparentemente fallido) paso en el reconocimiento del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE a los interinos: la STS 966/2018, de 11 de junio

1. Origen y contenido de la sentencia

En la mencionada sentencia, el TS se pronuncia sobre el derecho de los funcionarios interinos docentes que han trabajado durante todo el curso escolar (septiembre-junio), a ver prolongado su nombramiento hasta el 31 de agosto, alcanzando así un año completo y percibiendo una retribución temporalmente equivalente a la de un funcionario de carrera.

El origen del litigio que dio lugar a la sentencia se encuentra en el *Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 24 de febrero de 2012, por el que se establecen medidas en materia de personal docente de la Administración Pública de la Región de Murcia*.

Esta norma anulaba los derechos retributivos que se consagraban para los funcionarios interinos docentes murcianos en el *Acuerdo para la provisión de puestos de trabajo de los cuerpos docentes no universitarios, en régimen de interinidad en centros dependientes de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, publicado por Resolución de 6 de mayo de 2004 de la Consejería de Hacienda, y prorrogado en sus mismos términos por el Acuerdo de 23 de marzo de 2009*.

Concretamente, estos funcionarios interinos tenían derecho a ver prorrogado su nombramiento desde el 1 de julio hasta el 31 de agosto de cada año siempre que hubiesen trabajado 5.5 meses a lo largo del curso. La Administración, escudándose en la crisis económica y aduciendo insuficiencia presupuestaria, eliminó de un plumazo este derecho a la prórroga del nombramiento, y lo hizo además con carácter retroactivo, pues la norma imponía el cese de los funcionarios interinos el 30 de junio del propio 2012, pese a que en el momento de entrar en vigor la mayoría de funcionarios interinos ya habían trabajado 5.5 meses y, por tanto, generado el derecho.

La Asociación de Interinos Docentes de la Región de Murcia (AIDMUR) interpuso recurso contencioso administrativo solicitando, con carácter principal, que se declarase la nulidad de pleno Derecho del Acuerdo impugnado, y ello por atentar contra el derecho fundamental a la no discriminación (art. 14 CE) de los interinos docentes, puesto en conexión con la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco. Subsidiariamente, se reclamaba que se declarase la nulidad del párrafo del Acuerdo impugnado que aplicaba retroactivamente sus efectos sobre el año 2012.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia desestimó el recurso en su Sentencia 819/2015, de 2

de octubre. Así, respecto a la discriminación que se aducía, la Sala respondió lo siguiente:

«...no se ha producido el cese de la recurrente porque se le haya discriminado en relación con los funcionarios de carrera, sino que éstos no pueden cesar en un puesto de trabajo para el que están nombrados si no concurren las causas previstas legalmente. En el caso de la apelante se la nombraba únicamente para un curso escolar, por lo que tenía que cesar en todo caso a su finalización. La única modificación que se ha producido es adelantarla a junio, suspendiendo los efectos del acuerdo suscrito con las organizaciones sindicales, y de ese modo no tener que abonar las retribuciones de julio y agosto, por las señaladas razones de índole presupuestaria».

Igualmente (y esto es más sorprendente si cabe) la Sala también rechazó que el Acuerdo impugnado se estuviese aplicando retroactivamente a los funcionarios interinos que ya habían trabajado 5,5 meses en el momento de su entrada en vigor, pues según manifestó éstos sólo tenían una «expectativa de derecho» a la prórroga del nombramiento hasta el 31 de agosto, y no un derecho adquirido.

Resulta incomprensible que, existiendo una norma que condiciona la prórroga de un nombramiento al trabajo durante un número de meses, y habiéndose trabajado esos meses dentro de la vigencia de la misma, el funcionario interino vea negado su derecho a ésta con base en una disposición posterior.

A nuestro juicio, es evidente que el derecho al percibo de los haberes se genera en el momento de prestar el servicio del que son contraprestación, independientemente de que se establezca una cláusula que demora unos meses el disfrute efectivo del derecho ya devengado. Y es obvio igualmente que la norma posterior que niega el derecho tiene la naturaleza desfavorable que el art. 9.3 CE prohíbe a efectos de aplicación retroactiva.

Volviendo a la cuestión principal, AIDMUR interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue estimado por la Sala y conllevó la declaración de nulidad del Acuerdo impugnado. Las líneas esenciales de la sentencia son las que siguen:

- El TS se pronuncia exclusivamente sobre la situación de los interinos que han trabajado durante todo el curso escolar (si bien entendemos que también resultarían encuadrables aquellos interinos que, no habiendo trabajado exactamente todo el curso, hayan prestado servicios la práctica totalidad de él, resultando anecdótico el

- intervalo en que no lo hayan hecho y, por tanto, siendo equiparables a los funcionarios de carrera).
- Los funcionarios interinos docentes que prestan servicios durante todo el curso son «comparables» a los funcionarios de carrera en los términos del Acuerdo Marco. Y ello por cuanto realizan las mismas funciones, con idéntica formación y competencia profesional, y lo hacen durante el mismo tiempo.
 - Resulta discriminatorio y, en consecuencia, viola el art. 14 CE y el Acuerdo Marco que, encontrándose en esa identidad de posición con los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos solamente perciban sus retribuciones durante 10 meses al año, mientras que los funcionarios de carrera cobren durante el año completo.
 - A mayor abundamiento, durante el mes de julio se realizan en los centros educativos tareas de planificación docente, elaboración de la memoria escolar y otras labores preparatorias del siguiente curso, siendo sumamente importante para el correcto desarrollo del mismo que los profesores interinos participen en ellas (máxime en un contexto como el actual, donde las manidas «razones presupuestarias» llevan a que los nombramientos de interinos se encadenen año tras año, muchas veces para que una misma persona cubra una determinada plaza).
 - Las razones de índole presupuestaria no pueden ser excusa para incurrir en diferencias de trato incompatibles con los derechos fundamentales, cuyo núcleo esencial debe quedar protegido frente a cualquier contingencia.

De esta forma, fue determinante para la anulación del Acuerdo impugnado el hecho de que la Administración no sólo privase del nombramiento en julio y agosto a aquellos interinos que hubiesen trabajado 5,5 meses, sino también a los que habían trabajado todo un curso. En el fondo, el TS solamente profundizó en su línea jurisprudencial ya conocida: el funcionario interino que se encuentre en igual posición que el funcionario de carrera, no podrá padecer discriminación retributiva ni de ninguna otra índole.

2. Un paso atrás y sus matices: la STS 1019/2019, de 9 de julio

Un año después de dictarse la sentencia examinada en párrafos anteriores, el TS dictó nueva sentencia examinando el mismo supuesto y alcanzando una conclusión diametralmente opuesta. Así, el TS niega ahora la prórroga del nombramiento de los interinos docentes que hayan traba-

jado el curso completo, y lo hace tomando como base la respuesta que el TJUE dio a una cuestión prejudicial sobre la materia. En tal sentido, el FJ 5 de la sentencia razona que:

«—La sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2018 resolvió estas cuestiones declarando lo siguiente:

- 1.º En cuanto a la primera cuestión: «1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera».
- 2.º En cuanto a la segunda y tercera, examinadas conjuntamente: «2) El artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico, aun cuando esta circunstancia prive a esos docentes de días de vacaciones estivales anuales retribuidas correspondientes a dicho curso académico, siempre que los referidos docentes perciban una compensación económica por este concepto».

Estas consideraciones del TJUE determinarán nuestra decisión y nos llevarán a desestimar el presente recurso puesto que, en ambos casos, partiendo de que los funcionarios interinos ejercían las mismas funciones que los docentes que

eran funcionarios de carrera (eran funcionarios comparables), se plantea la cuestión de si la finalización del período lectivo constituye efectivamente una razón objetiva que justifique un trato diferenciado entre los docentes en función de que sean funcionarios interinos o funcionarios de carrera. Además, la diferencia de trato invocada deriva únicamente del hecho de que la relación de servicio de los interesados finalizó en una fecha determinada, mientras que la de los docentes que eran funcionarios de carrera se mantuvo después de dicha fecha».

Con base en el anterior razonamiento, el TS modifica su criterio y, aparentemente, vuelve a permitir el cese en verano de los funcionarios interinos docentes que trabajaron el curso completo. Pues bien, a nuestro entender el TS gozaba de libertad para seguir manteniendo su criterio inicial, por cuanto el TJUE solamente marca el contenido esencial de los derechos elementales de los ciudadanos europeos, que pueden ser interpretados de forma más amplia por los tribunales nacionales (aunque nunca más restrictiva).

Pero, además, consideramos que el TS no enjuició (posiblemente porque las partes no lo plantearon) un elemento determinante para resolver el litigio: el concreto fraude de ley del nombramiento de cada demandante y su posible condición de interino de larga duración por el ilícito proceder de la Administración.

En efecto, cuando el TJUE resolvió la cuestión prejudicial que el TS esgrime para modificar su criterio, el tribunal comunitario partía de la premisa de que los nombramientos y ceses de los interinos se estaban produciendo de forma acorde con la legalidad. Y dictaminó que, si en un curso concreto se nombra a un funcionario para cubrir provisionalmente necesidades urgentes que se ciñen a 10 meses, no hay causa legal para prorrogar su nombramiento otros 2.

Pero ¿Qué sucede cuando el funcionario lleva 10 años encadenando nombramientos ilegalmente, ocupando uno o varios puestos que conforme a la legalidad debieron haber sido sacados a concurso-oposición hace lustros, o siendo nombrado con base en falsos «programas temporales» o «acumulaciones de tareas»? Es en ese contexto donde nos encontramos con la obscena desvirtuación de la figura del interino, que por culpa de la Administración se transforma en un trabajador permanentemente vinculado a la misma que, año tras año, es reenganchado en fraude de ley para ocupar su puesto una vez finalizado el período vacacional.

Y en dicha tesitura, no hay diferencia real entre el interino que trabaja año tras año en plazas que no se convocan por la mala praxis de la Administración, y el funcionario de carrera que ocupa esas mismas plazas de

forma permanente. En realidad, tal permanencia (aunque ilícita) también es predicable del interino que, en la práctica, mantiene una prolongada y fraudulenta relación con la Administración.

Por ende, entendemos que en el caso de los interinos en fraude de ley sí existe una vulneración del art. 14 CE cuando se les cesa en verano para volver a nombrarles en cuanto comienza el curso, pues a la identidad de funciones respecto a los funcionarios de carrera se suma la identidad de permanencia en el servicio que surge debido a los sucesivos nombramientos fraudulentos. Y, por tanto, el interino debe ver prorrogado su nombramiento durante los meses de verano para no sufrir discriminación.

Aparte, el TJUE siempre ha defendido el recurso a medidas disuasorias para evitar que la Administración siga abusando de la temporalidad, y la prórroga del nombramiento de los interinos en fraude de ley a los meses de julio y agosto constituiría una medida idónea para evitar que siga abusando de la temporalidad para ahorrarse los salarios de esos 2 meses.

De este modo, y puesto que el TJUE no llegó a pronunciarse sobre la licitud de los ceses en un contexto de fraude de ley, entendemos que la cuestión de la prórroga de nombramientos durante los meses de verano en la citada tesitura sigue siendo una cuestión jurídicamente defendible (y a nuestro juicio la única válida) sobre la que deberá pronunciarse el TS cuando se le plantee en posteriores recursos.

V. Fraude de ley en la relación funcional interina y sus consecuencias en el momento del cese

1. La malograda utopía de la fijeza

En fechas sumamente recientes se ha dictado la STJUE de 19 de marzo de 2020, que resolvía las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Madrid y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid. Ambas cuestiones prejudiciales pretendían dilucidar las consecuencias legales del fraude de ley en la contratación de personal al servicio de la Administración, recurriendo a la interinidad o la contratación temporal para cubrir necesidades estructurales y permanentes, así como encadenando sucesivos nombramientos en fraude de ley más allá de los límites legalmente marcados.

Los demandantes en los procedimientos que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales soñaban con que el TJUE declarase que la sanción procedente para el Estado que abusase de dichas contrataciones temporales fuese la fijeza del personal al servicio de la Administración que la hubiese sufrido, obteniendo así la condición de funcionarios de carrera

o personal laboral fijo según el caso. Pues bien, el TJUE establece en la sentencia las siguientes claves:

- «— Los Estados violan la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada «cuando un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo».
- Será contraria igualmente a la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, toda normativa y jurisprudencia nacionales «en virtud de las cuales la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considera justificada por “razones objetivas”, con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula, por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impiden al empleador de que se trate dar respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal».
- Con base en lo anterior, incumbe al órgano jurisdiccional nacional «apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en “indefinidos no fijos” y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición».

Por ende, la sentencia tuvo un sabor agrídulce para los demandantes, por cuanto reconoció la realidad (por otra parte obvia) de que contradice el Derecho de la Unión Europea el uso fraudulento de los nombramientos temporales en el ámbito de la Administración, sea para cubrir plazas vacantes que debieron sacarse a concurso tiempo atrás conforme a la normativa interna, sea para cubrir necesidades permanentes y estructurales.

Sin embargo, la sentencia no estableció imperativamente una solución concreta para resarcir a las víctimas de los nombramientos fraudulentos, dejando este extremo en manos de los tribunales españoles, que deberían determinarlo con arreglo al Derecho interno que, como es sabido, veta el acceso a la función pública sin previa superación de procesos selectivos abiertos y regidos por los principios constitucionales de mérito y capacidad. Por tanto, la obtención de la condición de funcionario por la mera concatenación de nombramientos en fraude de ley queda descartada.

Cabe destacar que, orientando a los jueces nacionales, el TJUE da a entender en la sentencia que la vía idónea para resarcir a las víctimas de los nombramientos en fraude de ley (y a la vez disuadir a la Administración de seguir vulnerando la legalidad) sería la económica. Así, la sentencia indica que la convocatoria de concursos de acceso a las plazas cubiertas en fraude de ley no sería una vía idónea de resarcimiento, pues *tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso*.

Respecto al reconocimiento de la víctima como indefinido no fijo, el TJUE tampoco lo considera un resarcimiento adecuado, pues «basta con señalar que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. En efecto, de los autos de remisión se desprende que esta transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además, como han señalado los juzgados remitentes, a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en “indefinidos no fijos” no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo».

Finalmente, el TJUE aborda la opción de la indemnización económica, y parece optar por dicha vía para resarcir a los empleados públicos víctimas de los nombramientos fraudulentos, recordando que «es necesario además que la indemnización concedida no solo sea proporcionada, sino

también lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula».

Resta por ver el impacto que esta sentencia tendrá en las reclamaciones de las decenas de miles de interinos que hoy piden ante los tribunales españoles ser indemnizados económicamente por los perjuicios derivados de sus eternos nombramientos en fraude de ley, pero sin duda la sentencia abre una puerta a lograr indemnizaciones verdaderamente disuasorias para las administraciones (y por ende más cuantiosas) que las que se estaban otorgando a los empleados públicos previamente reconocidos como indefinidos no fijos, figura ésta que analizaremos en los siguientes párrafos.

2. La figura del indefinido no fijo como vía imperfecta para resarcir a los empleados públicos víctimas de nombramientos en fraude de ley

Como expone SÁNCHEZ TRIGUEROS, nos encontramos ante una construcción jurisprudencial que, inicialmente, se circunscribía sólo al Derecho del Trabajo, refiriéndose a trabajadores contratados por las administraciones públicas mediante contratos temporales que se encontraban en fraude de ley, por cuanto la naturaleza real de la relación laboral superaba los límites materiales y de duración que el Derecho imponía los mencionados contratos.

La consecuencia del reconocimiento de la condición de indefinido no fijo es que «verificado el fraude de ley en la contratación se reconoce cierta estabilidad en el empleo (se abandona la temporalidad) pero sin acceder a la fijeza (solo posible tras superar las pruebas específicas para ello). Esa condición comporta el derecho a permanecer desempeñando el mismo puesto hasta su provisión reglamentaria o amortización» (9).

Respecto a la vinculación del indefinido no fijo a la plaza que ocupa hasta su válida cobertura o amortización, son numerosas las sentencias que han condenado a la Administración a readmitir en su puesto al funcionario interino o trabajador temporal en fraude de ley mientras ésta no se produzca.

Y si se amortiza la plaza (es decir, si desaparece de la RPT porque la Administración ha decidido que no es necesaria o no puede mantenerla por razones económicas), el trabajador o funcionario interino afectado tendrá derecho a la indemnización que la legislación laboral establece para los despidos por causas objetivas, esto es, 20 días de salario por año trabajado, con el tope de una anualidad *ex art. 53 ET*.

(9) SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Incidencia de la reciente doctrina del TJUE sobre temporalidad en el empleo público», en *Anales del Derecho*, Vol. 35, núm. 2, 2017, pág. 4.

Como destaca CAVAS MARTÍNEZ, «De esta nueva doctrina judicial se ha destacado una doble consecuencia positiva. De un lado, la correcta calificación de que el contrato de trabajo indefinido no fijo es, realmente, un contrato temporal sujeto a plazo indeterminado. De otro lado, el fortalecimiento del principio de estabilidad en el empleo, dado que la extinción del contrato por amortización de plaza vacante no opera de forma automática sino que ha de sujetarse al procedimiento de despido objetivo o colectivo, con lo que la regularidad de la citada extinción habrá de someterse a las garantías previstas para dichos despidos, entre ellas, la adecuación, racionalidad y proporcionalidad de la causa alegada para el despido, así como el reconocimiento de la indemnización establecida para estos supuestos extintivos» (10).

Respecto al derecho a la indemnización de los indefinidos no fijos en caso de cese, la jurisprudencia ha mutado en los últimos años, pues inicialmente ésta variaba dependiendo de si el cese se debía a la amortización de la plaza o a su cobertura por un trabajador fijo conforme al procedimiento legalmente previsto. Cuando la causa del cese era la primera, se otorgaba una indemnización de 20 días por año trabajado que equivale a la legalmente prevista para el despido por causas objetivas (como ya expusimos en párrafos anteriores) y cuando se cesaba al indefinido no fijo por el segundo motivo, la indemnización se limitaba a 12 días por año (aplicándose por analogía lo previsto en el art. 49.1 c ET para la válida finalización los contratos temporales allí recogidos).

Los argumentos dados por la generalidad de tribunales eran, básicamente, que cuando el indefinido no fijo es cesado por la amortización de su plaza, se produce una finalización anticipada de su relación laboral (pues no la concluye por la cobertura ordinaria de la plaza que ocupaba provisionalmente, sino por la desaparición abrupta de ésta), siendo una situación equiparable al despido por causas objetivas, que conlleva la extinción adelantada de una relación laboral por circunstancias sobrevenidas.

Por el contrario, los tribunales entendían que cuando la plaza era válidamente ocupada por un trabajador o funcionario fijo, se producía la extinción natural de la relación laboral al haber alcanzado su término temporal y, si bien éste se había postergado más allá de los límites legales, lo cierto era que su naturaleza siempre fue provisional y, por ende, el trabajador merecía la indemnización de 12 días por año prevista con carácter general para la finalización de los contratos temporales en el art. 49.1 c) ET.

Sin embargo, la reciente STS, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017 (REC. 1664/2015) ha equiparado la indemnización en ambos casos,

(10) CAVAS MARTÍNEZ, F., «El empleo temporal irregular en el sector público», *op. cit.*, pág. 30.

extendiéndola a 20 días por año trabajado. Las razones dadas por el Alto Tribunal son las siguientes (FJ 4):

«... la figura jurídica del contrato indefinido-no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, por cuanto, al no tratarse de un contrato temporal, parece insuficiente la que hasta ahora le hemos venido reconociendo con base en el art. 49.1.c) del ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido-no fijo a temporal como hemos venido haciendo».

En efecto, la situación de un indefinido no fijo no puede equipararse a un contrato temporal válidamente constituido, pues el fraude es su principal característica. De este modo, el trabajador que ha padecido el sometimiento a una relación laboral o funcional contraria a Derecho, viéndose obligado a acudir a los tribunales para que fuese declarada, no puede recibir la misma indemnización que un trabajador legalmente contratado para una obra o servicio determinado o un aumento eventual de la producción. Precisamente por ello, el TS sigue diciendo en la sentencia que:

«En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1.b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque en definitiva la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato».

Una vez expuesto lo anterior, debemos destacar que la figura del indefinido no fijo se ha extendido al ámbito funcional, reconociéndose a

los funcionarios interinos por parte de numerosos juzgados y salas⁽¹¹⁾. Dada la imposibilidad, recientemente avalada por el TJUE, de otorgar la condición de funcionario de carrera al interino que ha sido nombrado en fraude de ley, la figura del indefinido no fijo pondría las bases para, de un lado, mantenerle vinculado a la plaza que ha venido ocupando hasta su cobertura mediante concurso-oposición y, de otro, garantizarle una indemnización en caso de cese debido a los perjuicios que le ha causado la ilícita extensión de su situación de interinidad.

Si bien los límites de dicha indemnización actualmente se circunscriben a los 20 días de salario por año trabajado, es posible que la STJUE de 19 de marzo de 2020 provoque una ampliación de los límites cuantitativos de la misma, dado que el TJUE ha dejado claro que tales indemnizaciones deberán ser lo suficientemente elevadas como para provocar un efecto disuasorio en el Estado y evitar así que continúe recurriendo a los nombramientos temporales masivos en fraude de ley.

3. ¿Existe un derecho incondicionado a la indemnización por interinidad de larga duración? El caso De Diego Porras y la posterior desprotección de una parte de los interinos de larga duración tras el Caso Montero Mateos

Esta cuestión tiene su origen en el pronunciamiento inicial del TJUE (STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, De Diego Porras) cuyo objeto era el derecho de los trabajadores con contrato de interinidad a obtener una indemnización cuando se les cesa (cuestión ésta extrapolable a los funcionarios interinos, dada la similitud entre ambas figuras).

La Sra. De Diego Porras estuvo vinculada con el Ministerio de Defensa mediante diversos contratos de interinidad que se extendieron desde 2003 a 2012. El último contrato de interinidad, celebrado el 17 de agosto de 2005 (y que se extendió hasta su cese en septiembre de 2012), tenía por objeto sustituir a una trabajadora indefinida en situación de dispensa de obligaciones laborales vinculada a su condición sindical.

En este contexto, fue cesada sin indemnización alguna, y ello porque su último contrato era de interinidad y se extinguió válidamente (por

(11) Señala Cavas Martínez a este respecto que si bien no en todos los casos se alude expresamente a la condición de indefinido no fijo (en algún caso se prefiere hablar de «indefinido temporal»), se reconocen sus efectos, en particular el derecho al mantenimiento en el puesto de trabajo, si cabe, con mayor intensidad que en la jurisdicción social porque la readmisión en caso de cese es obligatoria, ya que ni la legislación ni la jurisdicción administrativa contemplan la institución del despido improcedente con el consiguiente derecho de la Administración a optar por la extinción indemnizada (CAVAS MARTÍNEZ, F., «El empleo temporal irregular en el sector público», *op. cit.*, pág. 39).

reincorporación de la persona a quien sustituía), no conllevando esta modalidad contractual indemnización alguna en Derecho español.

Pues bien, la Sra. De Diego Porras impugnó su cese ante el Juzgado de lo Social competente, que desestimó su demanda, tras lo cual recurrió al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que elevó cuestión prejudicial al TJUE acerca de la posible vulneración del Acuerdo Marco que podría implicar el cese de un trabajador temporal vinculado durante 9 años a la Administración sin cobrar nada en concepto de indemnización, a diferencia de lo que sucede con otros trabajadores indefinidos e incluso temporales (caso del contrato por obra o servicio determinado o el eventual por circunstancias de la producción).

El TJUE refleja la en la sentencia la clave de la cuestión litigiosa: «en Derecho español existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de 20 días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo 12 días de salario por año trabajado para los segundos. Esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa».

Ante ello, el TJUE declara la discriminación que conlleva la ausencia de indemnización para los trabajadores con contrato de interinidad, y lo hace en los siguientes términos:

- «1. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «condiciones de trabajo» incluye la indemnización que un empresario está obligado a abonar a un trabajador por razón de la finalización de su contrato de trabajo de duración determinada.
2. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, a los trabajadores fijos comparables. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no

puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización».

Resulta destacable que, ante la alegación del Gobierno español sobre la previsibilidad de la finalización de los contratos de interinidad como causa de diferenciación entre éstos y otras modalidades contractuales que justificaría la ausencia de indemnización, el TJUE replica que «la alegación basada en la previsibilidad de la finalización del contrato de interinidad no se basa en criterios objetivos y transparentes, siendo así que, en realidad, no sólo tal contrato de interinidad puede perpetuarse, como en la situación de la recurrente en el litigio principal, cuyas relaciones contractuales se extendieron durante un período de más de diez años, sino que además contradice tal alegación el hecho de que, en circunstancias comparables, la normativa nacional pertinente prevea la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada».

Lo anterior supuso un auténtico terremoto en España pues, si bien el TJUE no cuantifica la indemnización que los trabajadores con contrato de interinidad deben percibir, sí establece la obligatoriedad de ésta. Nótese que, con esta sentencia, no era preciso tener la condición de indefinido no fijo (y, por ende, acreditar el fraude de ley de la contratación) para obtener la indemnización, sino que todo trabajador o funcionario en situación de interinidad tenía derecho a percibirla.

Ello llevó a que el TSJ de Madrid que había planteado la cuestión prejudicial, aplicase por analogía la indemnización prevista para los despidos por causas objetivas, esto es, 20 días por año, reconociéndole tal indemnización a la Sra. De Diego. Esta doctrina fue acogida por otros juzgados y tribunales superiores de justicia (a modo de ejemplo, STSJ de Canarias de 23 de enero 2017 (REC. 1248/2016).

Sin embargo, el TJUE modificó su doctrina en una nueva sentencia de 5 de junio de 2018 (caso Montero Mateos) que niega la indemnización automática a los trabajadores con contrato de interinidad si éste se extingue válidamente y no se encontraba en fraude de ley.

Entrando en el caso, el 13 de marzo de 2007, la Sra. Montero Mateos celebró con la administración autonómica madrileña un contrato de interinidad para sustituir a un trabajador fijo. El 1 de febrero de 2008 su contrato fue transformado en un contrato de interinidad para cobertura de vacante. En el marco de dicho contrato, prestó servicios como auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores dependiente de la comunidad autónoma. Y lo hizo hasta el 30 de septiembre de 2016, momento en que la plaza fue cubierta por un trabajador indefinido que había superado el proceso selectivo abierto para ello.

La Sra. Montero Mateos interpuso demanda por despido, planteando el Juzgado de lo Social al que le fue asignado el caso una cuestión prejudicial ante el TJUE, cuyo objeto era, según plasma la sentencia del TJUE, dilucidar «si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva».

La conclusión alcanzada por el TJUE es, como adelantamos, totalmente diferente a la del caso De Diego. El Tribunal concluye que la cláusula cuarta, apartado 1, del Acuerdo Marco «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede».

De este modo, el TJUE acoge los mismos argumentos del Gobierno español que desestimó en el caso De Diego Porras, entendiendo que el contrato de interinidad tiene previsto desde su inicio el momento de su finalización (cobertura de la plaza ocupada provisionalmente), cosa que no sucede en los supuestos para los que el Derecho español prevé la indemnización de 20 días por año (extinción anticipada de un contrato, sea indefinido o temporal en su origen, por causas económicas, técnicas organizativas o de producción que no se habían previsto en el momento de firmarse).

Por consiguiente, el TJUE considera que ese cese anticipado del contrato (tanto si era temporal como indefinido, pues la indemnización de 20 días es idéntica en ambos casos) por causas no previstas en el momento de formalizarse, es la razón diferencial que justifica el pago de la misma, y que exime de él cuando el contrato de interinidad se extingue por la legítima cobertura de la plaza conforme al procedimiento legalmente establecido, pues en tal caso no hay extinción anticipada sino finalización ordinaria del contrato.

Ahora bien, la sentencia deja una puerta abierta al cobro de la indemnización cuando el tiempo que se ha prolongado la interinidad es singularmente elevado, desvirtuándose con ello las notas de provisionalidad

y consiguiente limitación temporal que deben caracterizar a estos contratos. En tal sentido, dispone el TJUE que «incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo».

Ello sigue representando una puerta abierta para los miles de funcionarios interinos y trabajadores de la Administración vinculados a una plaza que, incumpliendo el TREBEP, ésta se niega a cubrir con un funcionario de carrera o trabajador fijo abriendo el proceso legalmente previsto para ello. Nótese que, en estos casos, el contrato debió haberse extinguido válidamente años atrás, pero su prolongación artificiosa otorga sin género de duda la condición de indefinido no fijo a quien la ocupa «provisionalmente», con todos los derechos que de ello se derivan.

Finalmente, la nueva sentencia del TJUE tampoco privará de su derecho indemnizatorio al funcionario o trabajador interino cuando la plaza se amortice y, por ende, no se produzca una cobertura indefinida de la misma sino una eliminación que conlleva el cese anticipado del interino, aplicándose con ello el régimen del despido o cese por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Aplicando la nueva sentencia del TJUE a los funcionarios interinos, podemos concluir que el cese de un interino cuya relación con la Administración fue conforme a Derecho, no conlleva en principio indemnización alguna cuando se le cese debido a la cobertura de su puesto por un funcionario de carrera. Sin embargo, cuando su plaza se amortice anticipadamente, o el fraude de ley en dicha relación quede acreditado (debido a la escandalosa duración de la misma por la no convocatoria de concurso-oposición para cubrir la plaza), el interino deberá ser indemnizado por los perjuicios sufridos.

Por nuestra parte, entendemos que la inexistencia de indemnización automática para el personal laboral temporal de la Administración vinculado por contratos de interinidad (y también para los funcionarios interinos) en el momento de su cese supone, independientemente de la sentencia del TJUE, un ataque al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE. En efecto, los trabajadores vinculados por contrato de interinidad sufren una diferencia de trato arbitraria e injustificada respecto de quienes poseen un contrato eventual por circunstancias de la producción o un contrato por obra o servicio determinado.

La pregunta es obvia ¿Por qué debe ser indemnizado quien es contratado para hacer frente a un pico de actividad productiva (contrato eventual por circunstancias de la producción) o una obra con sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (contrato por obra o servicio determinado) pero no quien hace frente a la necesidad de sustituir provisionalmente a un trabajador excedente o de cubrir una plaza vacante,

máxime en un contexto donde esta última misión puede extenderse, incluso válidamente, más allá de los límites temporales previstos para las otras dos modalidades contractuales?

En los tres casos, el trabajador temporal hace frente a eventualidades cuya duración exacta no está clara desde un principio. Pero sólo en dos de ellos cobrará indemnización cuando sea cesado. A nuestro juicio, y por las razones ya dadas, la ausencia total de indemnización conlleva una diferencia de trato carente de toda justificación racional que discrimina a los interinos respecto del resto de trabajadores temporales, debiendo por ello reconocérseles una indemnización automática por cese en aquellos casos donde su nombramiento no se encontraba en fraude de ley (la cifra de 12 días de salario por año trabajado, propia de los contratos eventuales, podría ser adecuada). Entendemos que tal indemnización también debe extenderse a los funcionarios interinos cuando sean cesados incluso si su nombramiento no se encontraba en fraude de ley.

Por consiguiente, defendemos una doble escala indemnizatoria: indemnización automática de 12 días de salario por año trabajado para los ceses válidos de trabajadores con contrato de interinidad y funcionarios interinos nombrados válidamente, y una indemnización mayor (lo suficientemente cuantiosa para cumplir el requisito de disuasoriedad marcado por el TJUE) para aquellos cuyo contrato o nombramiento se encontrase en fraude de ley.

VI. A modo de conclusión

El camino hacia la plena eliminación de la discriminación entre funcionarios interinos y de carrera se encuentra aún inconcluso, pero la evolución de la jurisprudencia española, y sobre todo de la del TJUE, dibuja un horizonte cada vez más esperanzador. Con su último pronunciamiento de 19 de marzo de 2020, el TJUE abre la puerta a que los tribunales españoles impongan a la Administración el pago de indemnizaciones ejemplarizantes a los funcionarios interinos que están sufriendo eternos encadenamientos de nombramientos y atados a una precariedad contraria tanto al Derecho de la Unión Europea como a nuestro propio Derecho interno.

Más allá del resarcimiento personal de cada afectado, estas indemnizaciones pueden ser el incentivo que el Estado necesita para acabar de una vez por todas con los nombramientos en fraude de ley, y constituyen una herramienta disuasoria que, a diferencia de la obtención de la condición de funcionario de carrera como «premio» por haber sufrido nombramientos en fraude de ley, resulta plenamente respetuosa con los principios constitucionales de mérito y capacidad, pues del mismo modo que deben protegerse los derechos de los funcionarios interinos, tam-

bién debe garantizarse que sólo accedan a la condición de funcionario de carrera los más formados y capaces, seleccionados mediante pruebas abiertas y objetivas.

Y es que, a nuestro entender, la solución adecuada para los interinos de larga duración no es la fijeza ni la adquisición privilegiada de la condición de funcionario. En efecto, los principios de mérito y capacidad constitucionalmente consagrados en el art. 103 CE, obligan a que sólo quienes acrediten la mayor idoneidad para ocupar un puesto de funcionario o personal laboral fijo de la Administración, puedan acceder a él.

El derecho de los españoles a concurrir en pie de igualdad a cualquier convocatoria pública, o a gozar de los servicios de los funcionarios más capacitados, no pueden sacrificarse para corregir una situación injusta como es la interinidad de larga duración. La discriminación de unos no puede lavarse con nuevas discriminaciones hacia otros, ni con la postergación de la excelencia como criterio para la asignación del empleo público fijo. En este sentido, nos parece adecuada la figura jurisprudencial del indefinido no fijo, que por un lado garantiza la permanencia en el puesto hasta que se saque a convocatoria pública para su cobertura y, en caso de que el interino de larga duración no logre la mejor puntuación, será cesado para que la ocupe el candidato seleccionado.

Sin perjuicio de lo anterior, y puesto que el daño injusto que padece el interino de larga duración es evidente, la imposición de indemnizaciones ejemplarizantes para resarcir a quienes han sufrido lustros o incluso décadas de precariedad, es la solución más idónea que, de un lado, satisface al interino de larga duración y, de otro, disuade a la Administración de volver a incurrir en el mismo fraude. Obviamente, tales indemnizaciones deben ser mucho más cuantiosas que los 20 días de salario por año trabajado actualmente marcados por la jurisprudencia.

No olvidemos que el TREBEP ya establece plazos razonables para la duración máxima del empleo temporal en la Administración. El problema es que las administraciones los incumplen generalizadamente, y es por ello que las citadas indemnizaciones representarían, a nuestro juicio, la medida óptima para evitarlo en el futuro. Unas indemnizaciones que, entendemos, deberían extenderse no sólo al interino de larga duración cesado, sino a cualquier interino de larga duración por el mero hecho de serlo, y sin perjuicio de que aun no haya sido removido de la plaza o incluso haya acabado ganándola en una oposición.

Solamente cabría añadir un criterio más respecto al pago de las indemnizaciones: tal vez procedería una modificación legislativa cuyo objeto fuese imponer a las personas que ocupen el cargo administrativo o político encargado de convocar las plazas en plazo, el pago total o parcial de la indemnización con cargo a su patrimonio personal. Es sabido que, cuando somos los contribuyentes quienes debemos pagar con nuestros

impuestos los errores o desmanes de una autoridad, ésta no se preocupa en exceso de no repetirlos en el futuro. Si fuese el individuo que la ejerce el responsable personal del pago, aunque sólo fuese en un 20 o un 30% del total indemnizatorio, tenemos la certeza de que sería mucho más cuidadoso en el futuro.

En otro orden de cosas, a este último pronunciamiento del TJUE de 19 de marzo de 2020 se suman todas las sentencias precedentes que, paso a paso, han ido eliminando gran parte de las situaciones discriminatorias que sufrían funcionarios interinos y personal laboral temporal al servicio de la Administración. La resistencia de las diversas administraciones a esta equiparación de derechos, ha sido y sigue siendo feroz, escudándose en razones presupuestarias y en una interpretación restrictiva e irrazonable del TREBEP.

En efecto, no existe razón lógica alguna para que el nombramiento temporal impida el devengo y disfrute de trienios o sexenios, pues el tiempo trabajado y la calidad del trabajo son idénticos en el caso del funcionario interino y el de carrera que los reclaman, por lo que no es comprensible que a uno se le denieguen y al otro se le otorguen.

Lo mismo sucede, desde nuestro punto de vista, con el derecho a mantener el nombramiento en julio y agosto cuando el funcionario interino ha trabajado los 10 meses restantes. A idéntico trabajo (tanto cualitativo como cuantitativo) debe percibir el mismo salario que un funcionario de carrera. Y ello aparte de que, en diversos ámbitos de la Administración como el educativo, en julio se realizan labores de planificación y coordinación para el siguiente curso o ejercicio que requieren la participación del funcionario interino para realizar de forma óptima su trabajo una vez llegado septiembre.

Respecto a este último punto, consideramos que los anteriores razonamientos serían válidos si la realidad práctica de los funcionarios interinos fuese la que dibuja el TREBEP. Pero lo son aún más si cabe teniendo en cuenta que la situación real de los interinos es sumamente más precaria e inaceptable que la prevista en la ley, habiéndose convertido en un colectivo funcional que, con carácter general, no hacen frente a necesidades puntuales y urgentes de la Administración, sino que llevan lustros vinculados a la misma realizando un trabajo que, en puridad legal, debió haber sido asignado hace mucho tiempo a funcionarios de carrera. Y todo por el «pecado» de que, gracias a los fraudes empleados por la Administración, su trabajo le resulta mucho más barato que el de un funcionario de carrera.

Por tanto, nos encontramos ante una situación donde la recta aplicación del Derecho positivo y la justicia material convergen de forma especialmente clara. El art. 14 CE, puesto en conexión con el Acuerdo Marco, proscribire la discriminación retributiva. Pero, a la vez, la justicia material

exige un salario y unas condiciones laborales dignas para los funcionarios interinos, siendo inadmisibles que se les exija vivir todo un año con las retribuciones de 10 meses mientras los funcionarios de carrera, por el mismo trabajo, cobran el año completo, y ello en un contexto donde la Administración bloquea a la vez las convocatorias de plazas fijas que el TREBEP exige, y que permitirían a los interinos salir del pozo de precariedad y nombramientos encadenados en que se encuentran.

Es por ello que, como ya hemos expuesto, la última sentencia del TS que ratificó el cese en junio de diversos funcionarios interinos docentes no tiene por qué implicar la automática validez de dicha práctica, ya que en aquel supuesto no se planteó el fraude de ley de cada concreto nombramiento, un fraude que, como ya hemos explicado, sería la clave que justificaría la extensión de nombramiento durante los veranos, al equiparar al funcionario interino con el de carrera a través del concepto de «relación funcional de larga duración» (en el caso del interino, por fraude de ley) y conllevar una discriminación si el interino es cesado en verano para volver a reengancharse en septiembre mientras el funcionario de carrera goza de su nombramiento durante ese periodo estival.

En el fondo, la infinidad de litigios y las consiguientes sentencias que hemos analizado parten de una misma situación ilícita: el uso abusivo de la contratación y los nombramientos temporales con fines espurios, desde ahorrar el pago de los meses de verano a no abonar complementos retributivos. El estricto cumplimiento de lo que marca el TREBEP en lo relativo a las causas legales y duración máxima de tales nombramientos, evitaría el grueso de las decenas de miles de demandas que actualmente los interinos se ven forzados a interponer, y que pueden implicar un enorme coste económico (aparte de en prestigio y credibilidad) para las Administraciones públicas hasta que, por fin, se decidan a cumplir la legalidad.

VII. Bibliografía

CABELLO FERNÁNDEZ, M.D., «Discriminación por razón de sexo en el cese anticipado de funcionaria interina encontrándose esta disfrutando de un permiso por maternidad», en *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 7, 2001.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017.

CAVAS MARTÍNEZ, F., «El empleo temporal irregular en el sector público», en *Anales del Derecho*, Vol. 35, núm. 2, 2017.

- DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M., «Reconocimiento de trienios a funcionarios interinos: el caso Gavieiro y otro», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., «Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1999, de 20 de diciembre. Discriminación indirecta por razón de sexo en al denegación de excedencia a funcionaria interina para el cuidado de su hijo», en *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 4, 2000.
- PUNSET BLANCO, R., «Derechos fundamentales y primacía. Del Derecho Europeo antes y después del Caso Melloni», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Incidencia de la reciente doctrina del TJUE sobre temporalidad en el empleo público», en *Anales del Derecho*, Vol. 35, núm. 2, 2017.
- SUÁREZ CORUJO, B., «El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el tribunal de justicia de la Unión Europea», en *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 61, 2017.



Algunas cuestiones sobre el incidente de nulidad tras la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo: el incidente contra la penúltima resolución judicial

Some issues on the nullity incidental plea after the amendment of the contentious-administrative appeal: the petition for annulment against the second-to-last court ruling

MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA

Universidad de Granada
recuerda@ugr.es

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.10>

LABURPENA: Artikulu honetan aztertzen da zer irizpide dituen Konstituzio Auzitegiak babes-errekurtsoa jarri aurreko betekizun honen aurrean: oinarritzko eskubideak urratzen dituen azken aurreko ebazpen judizialaren aurkako deuseztasun-intzidentea jartzea, ebazpen horri kasazio-errekurtsoa jarri zaionean eta kasazio-errekurtsoa onartu ez denean, errekurtsogileari egotzi ezin zaizkion arrazoiengatik.

HITZ GAKOAK: Deuseztasun-intzidentea. Babes-errekurtsoa. Kasazio-errekurtsoa.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the criteria of the Spanish Constitutional Court in relation to the requirement, prior to the action for infringement of fundamental rights before the Constitutional Court, to lodge the nullity incidental plea against the second-to-last court decision that is detrimental to fundamental rights, when this had been appealed in cassation and dismissed for reasons which cannot be attributed to the appellant.

KEYWORDS: Nullity incidental plea. Action for infringement of fundamental rights at the Constitutional Court. Cassation appeal.

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar los criterios del Tribunal Constitucional en relación con el requisito, previo al recurso de amparo, de interponer el incidente de nulidad contra la penúltima resolución judicial que sea lesiva de derechos fundamentales, cuando ésta ha sido recurrida en casación y el recurso de casación ha sido inadmitido por razones no imputables al recurrente.

PALABRAS CLAVE: Incidente de nulidad. Recurso de amparo. Recurso de casación.

Trabajo recibido el 22 de abril de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Objeto de estudio.—II. La subsidiariedad del recurso de amparo.—III. Los medios de impugnación previstos por las normas procesales. 1. Los recursos ordinarios y extraordinarios. 2. El incidente de nulidad. 2.1. Configuración. 2.2. Utilidad. 2.3. Presupuestos. 2.4. Las dudas sobre la interposición del incidente de nulidad contra la resolución judicial que ha lesionado derechos fundamentales inmediatamente anterior a la última cuando ha sido recurrida en casación y el recurso ha sido inadmitido por causas no imputables al recurrente. 2.4.1. El incidente de nulidad no es preceptivo. 2.4.2. La interposición de incidente no puede perjudicar al recurrente en amparo. 2.5. Las razones del Tribunal Constitucional para cambiar su doctrina.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. Objeto de estudio

El tema de este trabajo toma oportunidad de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 112/2019, de 3 de octubre de 2019 (RTC 2019\112), que versa principalmente sobre si para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo debe o no interponerse el incidente de nulidad de actuaciones(1) contra la penúltima resolución judicial dictada en un procedimiento, que sea lesiva de derechos fundamentales, cuando ésta ha sido recurrida en casación y el recurso ha sido inadmitido por razones no imputables al recurrente. Es decir, como no ha podido revisarse la supuesta infracción de derechos fundamentales a través de dicho recurso de casación al haber sido inadmitido, se plantea si, antes de interponerse el recurso de amparo, debe presentarse el incidente de nulidad contra la resolución lesiva de derechos fundamentales, que no es la que resuelve el recurso, sino la previa. Este es el caso en que se inadmite un recurso de casación contra un auto o sentencia por carecer el asunto de interés casacional, siendo dicho auto o sentencia la resolución lesiva de derechos fundamentales. Se trata en concreto en esa sentencia del su-

(1) Algunos de los estudios más interesantes sobre el incidente de nulidad son: BELADÍEZ ROJO, M., «La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADÍEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, 2015; LOZANO CUTANDA, B. y CORDÓN MORENO, F., «*Overruling* de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)», *Diario La Ley*, 8249; RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2008; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 2015; VILLALBA MUÑOZ, J.M., «El intrincado laberinto del incidente de nulidad y el recurso de amparo», VV.AA., *Anuario contencioso para abogados 2011: los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2010 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2011; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C., «Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018.

puesto en el que con motivo de la interposición de un recurso contencioso-administrativo el Tribunal dicta sentencia de inadmisión (incorrecta) lesionando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se interpone recurso de casación contra dicha sentencia y este es inadmitido por el Tribunal Supremo mediante providencia, por carecer de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. En este caso, la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no la habría causado la providencia de inadmisión del recurso de casación dictada por el Tribunal Supremo —que habría inadmitido correctamente el recurso por no haber concurrido en él los presupuestos para su admisión—, sino la previa sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo que lo inadmitió incorrectamente. La cuestión que se plantearía sería si tendría que interponerse incidente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que inadmitió indebidamente el recurso contencioso-administrativo y lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva, antes de interponer recurso de amparo, o si, por el contrario, se podría interponer directamente el recurso de amparo.

Hasta la citada sentencia del Tribunal Constitucional del día 3 de octubre de 2019, este Tribunal ha venido declarando que, en ese caso particular, tras la inadmisión del recurso de casación el recurrente debía interponer el incidente de nulidad contra la resolución judicial previa que lesionó derechos fundamentales para agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo. Sin embargo, a partir de dicha sentencia, cuyo criterio ha sido ratificado con posterioridad por la STC núm. 121/2019, de 28 de octubre (RTC 2019\121), el Tribunal Constitucional ha considerado que en ese caso particular no será necesario interponer el incidente de nulidad contra la resolución judicial previa que lesionó derechos fundamentales para presentar el recurso de amparo, aunque si se interpusiera dicho incidente el amparo no sería inadmitido.

Las mencionadas sentencias que aquí comentamos tienen relevancia en la práctica forense al menos por dos razones: primera, porque despejan las dudas que se suscitan sobre si es necesario o no interponer el incidente de nulidad en esos supuestos; y, segunda, porque descartan la posibilidad de inadmisión del recurso de amparo por no haber agotado la vía judicial previa al no haber presentado en esos casos el incidente de nulidad.

Pero esas dos sentencias son además interesantes desde el punto de vista doctrinal porque configuran el incidente de nulidad del art. 241 LOPJ como un remedio de carácter potestativo, en esos casos particulares(2).

(2) En cambio, el Tribunal Constitucional sostiene que el incidente de nulidad de actuaciones es preceptivo cuando se pretende recurrir en amparo una resolución judicial que ponga fin a un proceso en el que no se ha podido discutir la lesión del derecho fundamental. Por tanto, el incidente es preceptivo cuando la vulneración de un derecho fundamental se ha producido *ex novo* en la reso-

Conviene hacer un inciso para señalar que, la primera de esas sentencias (la STC núm. 112/2019)(3) además vuelve a plantear el problema de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo contra actos que no agotan la vía administrativa, porque contra ellos no se ha interpuesto recurso de alzada, sucediendo que no fueron notificados correctamente, pues no se indicó el régimen de recursos. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional(4), la Administración no puede beneficiarse de los defectos de sus actuaciones, como son las notificaciones defectuosas que carecen de la indicación del régimen de recursos o los actos presuntos, perjudicando en paralelo al administrado.

Pero dicho esto, veamos con más detalle cuál es la vieja y la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, respecto a la interposición del incidente de nulidad contra la penúltima resolución judicial lesiva de derechos fundamentales cuando se inadmite el recurso de casación contra la misma por motivos no imputables al recurrente, y cuáles son sus consecuencias prácticas. Previamente realizaremos algunas breves consideraciones sobre la subsidiariedad del recurso de amparo y sobre los medios de impugnación previstos en la legislación procesal, que pueden ayudar a entender mejor lo que aquí se trata.

lución que ponga fin al proceso, sin que se haya podido debatir con anterioridad dicha infracción. Esto es lo que sucede con las infracciones procesales de la sentencia (art. 24 CE), aunque también cabe que la lesión sea de carácter sustantivo (SSTC 2010/2002; 27/2006 y 142/2008). Sin embargo, el incidente no debe presentarse si la resolución en cuestión ha tenido por objeto la lesión de un derecho fundamental (STC 216/2013).

(3) «(...) b) En el caso que ahora se analiza el órgano judicial inadmitió el recurso contencioso-administrativo por considerar que el acto impugnado, al no agotar la vía administrativa —este acto era recurrible en alzada ante el consejero de Sanidad y Política Social—, no era susceptible de impugnación, por lo que apreció la causa de inadmisión prevista en el art. 69.c) LJCA. (...) La Sala de lo Contencioso-Administrativo entendió que la inadmisión del recurso debía acordarse “con independencia de su pretendida falta de notificación en forma a la demandante” afirmando expresamente que sobre esta “cuestión no proced[ía] efectuar pronunciamiento alguno”. Esta forma de razonar no puede considerarse acorde con las exigencias que impone el art. 24.1 CE. La sentencia recurrida, al acordar la inadmisión del recurso sin examinar si, como alegaba la recurrente, el acto impugnado no habría sido debidamente notificado ha efectuado una aplicación rigorista de la causa de inadmisión prevista en el art. 69 c) LJCA. (...)».

(4) STC, Sala Segunda, núm. 14/2006 de 16 enero: «(...) no puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales». Igualmente, entre otras, STC, Sala Primera, núm. 72/2008, de 23 de junio. Sobre los efectos de las notificaciones defectuosas, entre otras, *vid.* STC, Sala Primera, núm. 158/2000, de 12 de junio: «Pues bien, como este Tribunal ha manifestado reiteradamente, no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (SSTC 204/1987, de 21 Dic., FJ 4, y 193/1992, de 16 Nov., FJ 4) y perjudicando paralelamente al particular afectado por el acto administrativo, que no quedó ilustrado de la vía a seguir frente a una resolución que estimaba gravosa como consecuencia de la falta de diligencia o del error de la Administración al realizar una notificación insuficiente sin cumplir los estrictos requisitos que el art. 58.2 LPC recoge (al respecto y por referencia al art. 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, STC 25/1982, de 19 May., FJ 4)».

II. La subsidiariedad del recurso de amparo

Como es sabido el recurso de amparo se ha configurado en nuestro sistema de recursos como un mecanismo de carácter subsidiario respecto de los medios de impugnación que están previstos en la legislación procesal. La finalidad de la subsidiariedad del recurso de amparo es dar oportunidad a los órganos judiciales de tutelar los derechos fundamentales concernidos (5).

Por ello si se interpone recurso de amparo sin haber agotado previamente dichos medios de impugnación ante la jurisdicción ordinaria el recurso será inadmitido.

Cualquier infracción de un derecho fundamental debe ser denunciada en la vía administrativa, si es el caso, y ante la jurisdicción ordinaria, pues son los órganos judiciales los que primeramente deben proteger los derechos fundamentales de las personas a través de los medios de impugnación previstos en la legislación procesal. Solo cuando esos medios de impugnación no cumplen satisfactoriamente su fin, corresponde al Tribunal Constitucional proteger los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. A este respecto, en relación con el recurso de amparo en la modalidad que tiene origen en una infracción de derechos fundamentales provocada por un órgano judicial, el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOT) dispone que «Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial».

Por consiguiente, conviene tener presente cuáles son los medios de impugnación previstos por las normas procesales (recursos y otros remedios) que deben impetrarse antes de interponer el recurso de amparo.

III. Los medios de impugnación previstos por las normas procesales

1. Los recursos ordinarios y extraordinarios

No puede solicitarse la nulidad de una resolución judicial mediante el incidente de nulidad si previamente no se ha intentado su impugnación mediante los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la

(5) SSTC (Pleno), núms. 125/2019, de 31 de octubre (RTC 2019\125) y 30/2019, de 28 de febrero (RTC 2019\30).

ley (6). Si se interpusiera el incidente de forma prematura tendría que ser inadmitido. Y, si posteriormente se interpusieran los recursos ordinarios o extraordinarios, que no se presentaron en plazo, deberían ser igualmente inadmitidos por extemporáneos (7). El incidente de nulidad no supe a los recursos, sino que tiene carácter subsidiario frente a estos (8).

Entre los medios de impugnación previstos por las normas procesales contencioso-administrativas están los recursos ordinarios (reposición, y apelación) y extraordinarios (casación).

La interposición de los recursos de reposición y apelación no plantea mayor problema a efectos del cumplimiento del requisito del agotamiento de los medios de impugnación para la admisibilidad del recurso de amparo, pues ambos recursos ordinarios son admisibles en los supuestos objetivos previstos en la ley.

En el caso del recurso de casación contencioso-administrativo, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la admisibilidad del recurso no solo depende de la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la ley, sino, además, de la apreciación por el Tribunal Supremo de la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (9). Por tanto, el recurrente puede plantearse

(6) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002\3443): «la nulidad de pleno derecho se ha de hacer valer en el plazo y por los recursos al efecto establecidos».

(7) ATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 4 de mayo de 2016 (JUR 2016\105331): «El recurso de queja no puede prosperar porque, en contra de lo argumentado por la parte recurrente, la petición de nulidad de actuaciones no suspende el plazo para interponer los recursos extraordinarios, no sólo porque no lo prevé así el capítulo IX del Título V de Libro I LEC, sino porque expresamente establece el art. 227.1 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) que la nulidad y la pretensión de anulación de actuaciones procesales “se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate”, y el art. 228 LEC sólo prevé el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones que no sean susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario».

(8) ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 9 de octubre de 1998 (RJ 1998\9866): «Es visto, pues, que la parte dejó transcurrir sobradamente el plazo de veinte días desde que de modo inequívoco tuvo conocimiento del defecto causante de la indefensión (artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, por otra parte, no recurrió las resoluciones dictadas cuando aún podía hacerse valer la nulidad por haber tenido conocimiento de la indefensión que alega, incumpliendo con ello, frente a la existencia de un defecto procesal causante de indefensión, la carga de reaccionar con diligencia que la ley impone por suponer el sistema de nulidades una excepción a la invariabilidad de las decisiones judiciales firmes inherente al principio de seguridad jurídica. Por ello, dado que la Ley Orgánica del Poder Judicial subordina a dicho plazo la presentación del escrito promoviendo el incidente de nulidad de actuaciones una vez dictada resolución que ponga fin al proceso, así como al requisito de haber agotado los recursos útiles para hacer valer el defecto denunciado, procede declarar la inadmisibilidad de la pretensión incidental».

(9) *Vid.* RECUERDA GIRELA, M.A., «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el concepto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016; HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, 2016; CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2015.

la duda sobre si debe o no intentar la casación antes de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cuando existen dudas razonables sobre su admisibilidad. Esto sucede ahora con mucha asiduidad, pues nadie, salvo el propio Tribunal Supremo, puede estar seguro de la pertinencia de un recurso de casación.

Pues bien, ante esa duda el Tribunal Constitucional ha entendido que, aunque el recurrente considere que el recurso de casación no tiene ninguna probabilidad de ser admitido, exclusivamente por falta de interés casacional, no por otro motivo que pudiera determinarse objetivamente, debe interponerlo previamente al recurso de amparo para agotar la vía judicial. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha sostenido que «(...) el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo exige haber intentado el recurso de casación cuando su admisibilidad dependa exclusivamente de la apreciación del interés casacional objetivo, que únicamente al Tribunal Supremo corresponde» (ATC 65/2018, de 18 de junio, recurso de amparo 5710-2017).

La razón de ser de dicho pronunciamiento radica en que: el recurso de amparo, como se ha indicado previamente, tiene carácter subsidiario, y por tanto, no puede abrirse el enjuiciamiento constitucional hasta que se hayan agotado todos los mecanismos de impugnación en la jurisdicción ordinaria —no cabe un recurso de amparo *per saltum*—; corresponde al legislador diseñar el sistema de recursos, y ha sido este el que legítimamente ha diseñado como ha considerado oportuno el recurso de casación contencioso-administrativo, el incidente de nulidad y el recurso de amparo, y hay que respetar lo dispuesto en las normas; y, la admisibilidad del recurso de casación no depende de un presupuesto objetivo (como sucedía en el anterior modelo de casación), sino de un juicio complejo y discrecional sobre la concurrencia del interés casacional que corresponde efectuar al Tribunal de casación.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha entendido que «(...) sólo cuando se haya decidido la inadmisión del recurso de casación se podrá afirmar que contra la resolución judicial impugnada no cabe recurso ordinario, ni extraordinario, lo que es claramente novedoso, pues en la regulación precedente la propia resolución definía intrínsecamente su recurribilidad» (ATS 11433/2017, de 11 de diciembre de 2017). Este criterio impone al recurrente, que ha visto vulnerados sus derechos fundamentales y que tiene intención de acudir al Tribunal Constitucional en amparo, la penosa y gravosa carga de tener que interponer el recurso de casación previo al amparo, aunque considere, con razón, que su asunto no tiene interés casacional.

Este criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el diseño legal de nuestros recursos, tiene al menos tres consecuencias negativas: una mayor carga de trabajo para el Tribunal Supremo,

que debe decidir sobre la admisión de muchos asuntos de muy dudosa recurribilidad en casación; un mayor coste para el recurrente, que tiene que hacer frente a los gastos que conlleva el recurso de casación (abogado, procurador y costas) (10); y, una mayor dilación en la resolución del asunto, pues no se podrá interponer el recurso de amparo hasta que se haya pronunciado el Tribunal Supremo sobre la casación.

Al mismo tiempo este criterio desincentiva la interposición del recurso de amparo, pues algunos recurrentes deciden no preparar el recurso de casación cuando aprecian que en su asunto no concurre interés casacional o cuando otras circunstancias lo aconsejan, lo que cierra definitivamente la vía del amparo al no haberse agotado la vía judicial previa.

En cambio, el recurrente no tiene la carga de intentar el recurso de casación antes del amparo si aquel recurso es inadmisibile por otras razones diferentes de la carencia del interés casacional, como sería el caso en que la resolución dictada no fuera recurrible por tratarse de una providencia (formal y materialmente). No obstante, hemos sostenido en otra publicación que las providencias son recurribles en casación cuando revisten esa forma fraudulentamente siendo su contenido el propio de un auto o sentencia y concurre en ellas interés casacional (11).

Puede suceder también que el recurso de casación, siendo procedente, se inadmita por falta de diligencia del recurrente que incumple los requisitos procesales. En ese caso, el recurso de amparo podría ser inadmitido por no haber agotado la vía judicial. En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha considerado en una sentencia reciente que no es posible estimar que la inadmisión del recurso de casación obedece a un defecto procesal manifiesto e incontrovertido atribuible al recurrente cuando la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación al apreciar que el escrito de preparación se interpuso en plazo y cumplía con los requisitos de forma del artículo 89.2 LJ, en tanto que la Sala de admisión del Tribunal Supremo consideró que el escrito de preparación contenía una justificación insuficiente (que no inexistente) de un interés casacional objetivo (STC 8/2020, de 27 de enero). Obviamente, pueden darse otros escenarios, como podría ser que la Sala de instancia no tuviera por preparado el recurso de casación y posteriormente fuera estimado por el Tribunal Supremo el recurso de queja contra esa decisión, y después fuera admitido o inadmitido, aunque, en cualquier caso, lo determinante a efectos del agotamiento de los medios de impugnación será

(10) Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «La condena en costas e inadmisión de la casación», *Diario La Ley*, núm. 9291, 2018.

(11) RECUERDA GIRELA, M.A., «La impugnación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de providencias que debieron revestir forma de auto», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 203, 2020.

que la inadmisión no se deba a un defecto procesal manifiesto e incontrovertido del recurrente. Y no puede considerarse defecto procesal manifiesto la insuficiente justificación del interés casacional, pues el Tribunal Supremo está considerando esa insuficiencia, no en los casos en los que falta la argumentación necesaria en el escrito de preparación, sino cuando no se estima la concurrencia del interés casacional a pesar de lo razonablemente manifestado por el recurrente.

Conviene puntualizar que si el recurso de casación se va a articular exclusivamente sobre la base de que el auto o la sentencia a recurrir han incurrido en una infracción consistente en la incongruencia omisiva (*ex silencio*) provocada por dicha resolución, el recurrente deberá solicitar que la misma se complete por medio del incidente de complemento de sentencia (artículos 267.5 LOPJ (12) y 215.2 LEC (13)) antes de interponer recurso de casación, pues de lo contrario, el recurso de casación será inadmitido. Este es un criterio importante que ha establecido el Tribunal Supremo *ex novo* tras la reforma del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (14).

Los plazos para la interposición del recurso de casación se interrumpirán desde que se solicite el complemento y, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera

(12) Artículo 267.5 LOPJ: «Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla».

(13) Artículo 215.1 LEC: «Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado por el Letrado de la Administración de Justicia de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla».

(14) Dice a este respecto el ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 31 de mayo de 2017 (RJ 2017\2474): «Ciertamente, bajo la disciplina del recurso de casación contencioso-administrativo anterior a la reforma operada por la disposición final 3.^a de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (RCL 2015, 1128) (BOE de 22 de julio), y en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo artículo 88.1.c) LJCA, este Tribunal Supremo no ha exigido que, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, para abordar el análisis de la incongruencia omisiva que pudiera aquejar a la sentencia impugnada con carácter previo se hubiera intentado la subsanación del defecto por aquel cauce. Pero nada impide que, situados bajo la nueva regulación del recurso de casación, esta Sala considere que antes de interponerlo denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada el recurrente ha de intentar la reparación del defecto promoviendo el incidente contemplado en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC. (...) Por todo ello, esta Sala estima que exigir, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, que frente a situaciones de incongruencia omisiva los recurrentes en casación antes de promover el recurso intenten la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundará en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados».

o negase la omisión del pronunciamiento y acordase o denegara remediarla (art. 267.9 LOPJ) (15).

2. El incidente de nulidad (16)

2.1. CONFIGURACIÓN

El incidente de nulidad, al menos sobre el papel, es un mecanismo dentro del sistema de garantías de los derechos fundamentales, excepcional y subsidiario, que permite al propio órgano judicial que ha dictado una resolución, que ha vulnerado derechos fundamentales, contra la que no cabe recurso ordinario ni extraordinario, actuar como garante y reparador de esos derechos. Al ser un mecanismo subsidiario se tendrá que inadmitir si no se ha intentado previamente la nulidad de la resolución judicial por medio de los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley (17).

Está regulado en el artículo 241 LOPJ. Dicho precepto fue modificado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esa modificación consistió en la ampliación de los supuestos en los que cabía interponer el incidente de nulidad para dar más relevancia a los tribunales ordinarios en la corrección de las violaciones de derechos fundamentales (18).

Inicialmente el incidente de nulidad solo estuvo previsto para impugnar resoluciones judiciales viciadas por infracciones procesales por de-

(15) STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 198/2018, de 10 de abril (RJ 2018\1726): «En definitiva, la sentencia (JUR 2017, 72522) impugnada no desconoce lo dispuesto en los arts. 215.5 —inciso segundo— LEC y 267.9 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), ni se opone a la interpretación armónica de ambos preceptos llevada a cabo por esta sala en su auto de pleno de 4 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7250) (recurso de queja núm. 121/2011) para aclarar que la expresión “continuando el cómputo...” debía entenderse como “comenzando el cómputo”, ya que el propio tribunal sentenciador declara expresamente que si la petición de aclaración y complemento se hubiera adecuado a sus fines si habría interrumpido el plazo para interponer el recurso de apelación (fundamento de derecho segundo, párrafo tercero *in fine*). Lo que hace, pues, la sentencia (JUR 2017, 72522) recurrida es apreciar la excepción de fraude procesal, con cita expresa del art. 247.2 LEC, que privaría de efecto interruptor a la petición de aclaración y complemento por responder a una finalidad de “ampliar de manera espuria el plazo de interposición del recurso de apelación” (fundamento de derecho segundo, párrafo tercero)».

(16) Sobre las diferentes posturas en relación con el incidente de nulidad véase, entre otros, CARRASCO DURÁN, M., «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012.

(17) STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 20 de marzo de 2002 (RJ 2002\3443).

(18) En relación con la reforma del incidente *vid.* DOIG DÍAZ, Y., «Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOP», *Diario La Ley*, núm. 6889, de 22 de febrero de 2008.

fectos de forma o por incongruencia. Sin embargo, con la modificación de 2007 se amplió el objeto del incidente de nulidad a las resoluciones judiciales que vulnerasen cualquiera de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 53.2 CE. La razón de ser de esa ampliación del objeto del incidente de nulidad se encontraba en la correlativa limitación de la admisibilidad del recurso de amparo, que se estableció en esa misma reforma, al condicionar la admisibilidad a la concurrencia, en cada caso, de la especial trascendencia constitucional —mecanismo análogo al interés casacional—. Con esa reforma se limitó la admisibilidad del recurso de amparo a los asuntos que el propio Tribunal Constitucional considerase de trascendencia constitucional, y para tratar de compensar esa sustancial reducción de garantías en amparo, se amplió el objeto del incidente de nulidad.

El incidente de nulidad es un mecanismo impugnatorio especial cuyo objeto de cognición es examinar si la resolución contra la que se interpone ha vulnerado o no un derecho fundamental (19).

Este incidente es preceptivo para recurrir en amparo una sentencia que vulnera derechos fundamentales si dicha sentencia infringe *ex novo* derechos fundamentales —es decir, cuando la lesión no ha podido ser discutida en el seno del proceso—, y no es recurrible mediante recurso ordinario o extraordinario (20).

2.2. UTILIDAD

El legislador ilusamente consideró que con la publicación en el *BOE* de esa reforma del incidente de nulidad reforzaría la función de los tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales. Sin embargo, la realidad ha sido bien distinta porque los Tribunales son habitualmente reticentes a reconocer y enmendar sus propios errores por vía del incidente de nulidad, especialmente cuando se trata de errores graves que conllevan lesiones de derechos fundamentales. En línea con la exposición de motivos de la ley que reformó el incidente de nulidad, el Tribunal Constitucional dijo al respecto lo siguiente:

(19) ATC 200/2010, de 21 de diciembre: «(...) no se propone para volver a discutir sobre el tema en litigio a modo de una nueva instancia, sino que se articula por la ley como un mecanismo impugnatorio especial, dotado de un objeto de cognición propio, autónomo y limitado. Lo que se le pide en estos casos al órgano judicial autor de la resolución cuestionada, es que examine y resuelva sobre la vulneración del derecho fundamental que se achaca a esta última (no a ninguna otra resolución), a la luz de los concretos razonamientos contenidos en sostén de la decisión adoptada, y para dar así respuesta en el Auto resolutorio a los motivos de impugnación específicos que haya vertido el afectado en su escrito de solicitud de nulidad».

(20) STC (Pleno) núm. 216/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013\216).

«(...) tras la reforma operada en la regulación del citado incidente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 6/2007, de 24 de mayo (RCL 2007, 1000), éste se incardina en el sistema de garantías de los derechos fundamentales (STC 43/2010, de 26 de julio [RTC 2010, 43]), con la finalidad de agotar la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo, dando ocasión al órgano judicial para reparar las vulneraciones de los derechos que se cometan en resoluciones frente a las que no quepa recurso, sin que de su inadmisión o desestimación se derive, por regla general, vulneración autónoma de los mismos (STC 107/2011, de 20 de junio [RTC 2011, 107], F. 1; ATC 124/2010, de 4 de octubre [RTC 2010, 124 AUTO], F. 2)» (21).

Aunque no conocemos los datos sobre cómo se resuelven todos los incidentes de nulidad que se plantean en nuestros tribunales, la experiencia es ciertamente frustrante. El profesor Padrós en uno de sus trabajos ha extrapolado los datos de los incidentes de nulidad resueltos por el Tribunal Supremo y ha llegado a la conclusión de que la tasa de estimación global es del 7,9%, y si se consideran solo las estimaciones de incidentes contra sentencias la cifra disminuye hasta un 3,3% (22).

Con independencia de las cifras, que no dicen realmente nada sobre si se tendrían que haber estimado o desestimado más incidentes de nulidad, cabría presumir por sentido común un mayor acierto en la resolución de incidentes si estos tuvieran carácter devolutivo, lo cual sería ciertamente deseable. No obstante, el incidente de nulidad ha sido configurado legalmente como un mecanismo no devolutivo —al igual otros recursos—, y esa opción no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque haya sido cuestionada por parte de la doctrina (23).

Habría que plantear una reforma eficaz de este incidente bien suprimiéndolo por inútil, bien residenciando la competencia para su resolución en un órgano distinto del que dictó la resolución judicial viciada.

(21) SSTC núms. 25/2012, de 27 de febrero (RTC 2012\25) y 187/2012, de 29 de octubre (RTC 2012\187).

(22) PADRÓS REIG, C., «La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019.

(23) Su carácter no devolutivo ha sido cuestionado entre otros *vid.* DESDENTADO BONETE, A., «La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Constitucional», en VV.AA., *XII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional. El futuro de la justicia constitucional*, CEPC, Madrid, 2007, págs. 23-29.

2.3. PRESUPUESTOS

El incidente de nulidad procede siempre que concurren las siguientes circunstancias: **(i)** que se haya producido una lesión de un derecho fundamental contemplado en el artículo 53.2 CE (aunque suelen invocarse principalmente los artículos 24 y 14 CE); **(ii)** que la lesión del derecho fundamental no haya podido denunciarse antes de que el Tribunal dicte la resolución que ponga fin al proceso; y, **(iii)** que esa resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Tal y como está configurado el incidente de nulidad es un instrumento que genera inseguridad jurídica(24), pues no siempre está claro si procede o no su interposición, ni cuáles serán las consecuencias procesales de su utilización por las partes.

Si el incidente de nulidad se interpone de manera claramente improcedente el Tribunal Constitucional considera que el recurrente ha alargado indebidamente la vía judicial mediante una acción de la que no disponía y, por tanto, el recurso de amparo se inadmite por extemporáneo (entre otras, SSTC 72/1991, de 8 de abril; 78/2000, de 27 de marzo; 185/2004, de 2 de noviembre; y, 323/2006, de 20 de noviembre). Esto es así porque el Tribunal Constitucional tiene dicho que el incidente de nulidad no interrumpe el plazo de interposición del recurso de amparo si se ha presentado cuando era manifiestamente improcedente. Por el contrario, si el incidente de nulidad no se interpone siendo preceptivo, el recurso de amparo será inadmitido por no haberse agotado los medios de impugnación ante la jurisdicción ordinaria (SSTC 98/2016, de 4 de mayo y 73/2008, de 23 de junio). Y si, ante la duda de manera preventiva se interpone simultáneamente el incidente de nulidad y el recurso de amparo este último será inadmitido por prematuro dado que esta solución no es aceptada por el Tribunal Constitucional (SSTC 73/2008, de 23 de junio(25); 353/2006, de 18 de diciembre; 38/2019, de 26 de marzo).

(24) GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C., *op. cit.*

(25) «El recurso de amparo, tramitado bajo el núm. 7681-2005, fue inadmitido por la Sala Segunda de este Tribunal mediante STC 73/2008, de 23 de junio (RTC 2008, 73), de conformidad con lo establecido en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC (RCL 1979, 2383), por ser prematuro, al haber sido interpuesto cuando aún estaba abierta la vía judicial como consecuencia de la presentación por el recurrente de un incidente de nulidad contra la Sentencia objeto del recurso de amparo (extremo no advertido en la demanda de amparo)».

2.4. LAS DUDAS SOBRE LA INTERPOSICIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE HA LESIONADO DERECHOS FUNDAMENTALES INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA ÚLTIMA CUANDO AQUELLA HA SIDO RECURRIDA EN CASACIÓN Y EL RECURSO HA SIDO INADMITIDO POR CAUSAS NO IMPUTABLES AL RECURRENTE

2.4.1. *El incidente no es preceptivo*

Sobre la carga de interponer el incidente de nulidad el Tribunal Constitucional ha venido declarando que cuando la lesión de derechos fundamentales se imputa a una primera resolución (como puede ser un auto o sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que inadmite indebidamente un recurso contencioso-administrativo), y posteriormente, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación interpuesto contra dicha resolución por carecer de interés casacional, es necesario, previo a la interposición del recurso de amparo, presentar el incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución del órgano judicial de instancia (el Tribunal Superior de Justicia en el ejemplo anterior) que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos para poder acudir al amparo.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha venido inadmitiendo el recurso de amparo contra la resolución de inadmisión del recurso de casación cuando previamente no se había impetrado el incidente de nulidad contra la resolución de instancia vulneradora de derechos fundamentales. Como muestra de ello podemos citar el ATC 135/2017, de 10 de octubre (RTC 2017\135 Auto) por el que se desestimó el recurso de súplica interpuesto contra la providencia del Tribunal Constitucional por la que se acordó inadmitir a trámite el recurso de amparo al no haberse interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones contra la resolución judicial a la que se imputó la lesión de derechos fundamentales. En ese este caso, se interpuso recurso de amparo contra el auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación que se interpuso contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, generadora de lesión de derechos fundamentales y que fue desestimatoria del recurso de suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social, dictada en autos de despido. El Tribunal Constitucional consideró que como la STSJ de la Comunidad Valenciana lesionó derechos fundamentales, tras la inadmisión del recurso de casación que se interpuso contra dicha sentencia, y previamente a la interposición del recurso de amparo, el recurrente debió interponer el incidente de nulidad contra esa sentencia del TSJ, pues a través de este mecanismo podría haber resultado paliada la lesión por la jurisdicción ordinaria. Por tanto, en ese caso, como el recurrente no impetró la nulidad de la sentencia del TSJ, habiendo podido hacerlo, el recurso de amparo fue inadmitido.

La razón de ser de este criterio radica en que el recurso de amparo es subsidiario y que, por tanto, no puede ser admitido si no se han agotado todos los medios de impugnación previstos en la legislación ordinaria, aunque ello implique raras y dudosas piruetas procesales como tener que impugnar mediante el incidente de nulidad una resolución judicial frente a la que ya se ha interpuesto recurso de casación que ha sido inadmitido por causa no imputable al recurrente. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha venido aplicando con normalidad este criterio lo que ha provocado, hasta ahora, la inadmisión de numerosos recursos de amparo (entre otras resoluciones, SSTC 39/2003, de 27 de febrero, 140/2006, de 8 de mayo, 265/2006, de 11 de septiembre, 169/2013, de 7 de octubre, y 95/2018, de 17 de septiembre (26), y AATC 176/2003, de 2 de junio, 211/2005, de 12 de mayo, y 135/2017, de 10 de octubre).

Como refuerzo argumentativo de este criterio el Tribunal Constitucional ha dicho reiteradamente que la exigencia de agotar la vía judicial mediante el incidente de nulidad «(...) lejos de constituir una formalidad vacía, supone un elemento esencial para respetar la subsidiariedad del recurso de amparo y, en última instancia, para garantizar la correcta articulación entre este Tribunal y los órganos integrantes del Poder Judicial», que son los que deben, primeramente, reparar las posibles lesiones de derechos a las personas.

Sin embargo, como se ha indicado al inicio de este artículo el Tribunal Constitucional ha modificado ese criterio en las sentencias 112/2019, de 3 de octubre, y 121/2019, de 28 de octubre, y ha dicho que «(...) no es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones a efectos de agotar la vía judicial previa al recurso de amparo en aquellos supuestos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior, y dicha vulneración ha quedado imprejuizada porque el ulterior recurso interpuesto contra la misma ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte».

Por tanto, a partir de esos dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y si se mantiene el criterio, no será necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa al

(26) La profesora Silvia del Saz ha afirmado en relación con la sentencia citada lo siguiente: «(...) dice ser de aplicación de doctrina, en la que se afirma, clara y rotundamente que cuando exista una vulneración de un derecho fundamental que tiene acceso a la casación, tras la inadmisión del recurso es necesario volver hacia atrás y plantear ante el órgano judicial causante de la lesión el incidente de nulidad, tesis a la que se ha apuntado rápidamente el Tribunal Supremo desde que, en su auto de 11 de diciembre, vino a interpretar que cuando se trata de derechos del 24.1, una vez intentado el recurso de casación e inadmitido por falta de interés objetivo casacional, hay que plantear el incidente de nulidad de actuaciones para que sea el órgano que habría lesionado el art. 24.1 el que proceda a corregirlo», en DEL SAZ, S., «Ni un momento más sin replantear el incidente de nulidad de actuaciones», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 953/2019.

recurso de amparo en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se impute a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esa vulneración haya quedado imprejuzgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considere lesiva de derechos fundamentales haya sido inadmitida por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Así, por ejemplo, si una sentencia de un TSJ lesiona derechos fundamentales, se interpone recurso de casación contra dicha sentencia y es inadmitido por carecer de interés casacional, no será necesario, tras la inadmisión de la casación, interponer incidente de nulidad contra la sentencia del TSJ.

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional ha considerado que el incidente de nulidad contra una resolución judicial que lesiona derechos fundamentales no es preceptivo cuando el recurso de casación contra dicha resolución ha sido inadmitido por causas que no sean imputables al recurrente.

2.4.2. *La interposición del incidente no puede perjudicar al recurrente en amparo*

En las sentencias 112/2019, de 3 de octubre, y 121/2019, de 28 de octubre, el Tribunal Constitucional ha dicho, como se ha señalado, que no es necesario interponer incidente de nulidad en aquellos supuestos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior, y dicha vulneración ha quedado imprejuzgada porque el ulterior recurso interpuesto contra la misma ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte.

A la vista de dicho criterio conviene plantearse si en ese caso, aun no siendo necesario el incidente de nulidad (porque no es preceptivo), podría el interesado interponer dicho incidente y si ello podría conllevar la inadmisión del recurso de amparo. La respuesta la ha dado el propio Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

«En estos supuestos, la frustración del recurso, al no ser consecuencia de la defectuosa actuación procesal de la parte, no puede conllevar que el recurrente no pueda obtener la tutela de los derechos fundamentales que hizo valer a través del recurso intentado y por ello en estos casos, una vez inadmitido el recurso —siempre que su interposición no pueda calificarse de manifiestamente improcedente—, puede solicitar la tutela de los referidos derechos instando un incidente de nuli-

dad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales».

En definitiva, en estos casos, aunque el incidente de nulidad no es preceptivo el recurrente puede interponerlo, pues el Tribunal Constitucional lo ha configurado como un recurso de carácter potestativo. Lo cierto es que el Tribunal no podía llegar a otra conclusión distinta, pues no sería admisible una interpretación del artículo 241 LOTC que tuviera como efecto la supresión del incidente de nulidad que ha sido previsto por el legislador.

Por tanto, atendiendo a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional habrá que tener en cuenta en esos casos que el incidente de nulidad no es preceptivo, y que cabe la interposición de dicho incidente sin que pueda, por ello, inadmitirse el recurso de amparo.

2.5. LAS RAZONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA MODIFICAR SU DOCTRINA

Para modificar su doctrina el Tribunal Constitucional ha aducido las siguientes razones: **(i)** en las normas que regulan el incidente de nulidad no está clara su necesidad en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se impute a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración haya quedado imprejudgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considere lesiva de derechos fundamentales haya sido inadmitida por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Así pues, el Tribunal Constitucional ha dicho que el requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo ha de ser interpretado de manera flexible y finalista (27), y no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso (28) sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente (29). Estos son unos criterios reiterados por el Tribunal Constitucional desde hace mu-

(27) SSTC 133/2001, de 13 de junio (RTC 2001, 133); 190/2001, de 1 de octubre (RTC 2001, 190), y 164/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003, 164); 144/2007, de 18 de junio (RTC 2007, 144) y 18/2009, de 26 de enero (RTC 2009,18).

(28) SSTC 137/2006, de 8 de mayo (RTC 2006,137); 152/2006, de 22 de mayo (RTC 2006,152), y 62/2007, de 27 de marzo (RTC 2007, 62).

(29) SSTC 57/2003, de 24 de marzo (RTC 2003,57); 249/2006, de 24 de julio (RTC 2006,249); 75/2007, de 16 de abril (RTC 2007,75) y 76/2007, de 16 de abril (RTC 2007,76); STC 144/2007, de 18 de junio y 89/2011, de 6 de junio (RTC 2011,89).

chos años. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha dicho de forma novedosa que de la normativa procesal que regula el incidente de nulidad (art. 241.1 LOPJ) no cabe deducir de manera clara que proceda su interposición, en supuestos como el que ahora se examina, en los que el recurso ordinario o extraordinario que se haya interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se inadmita por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Por ello, el Tribunal Constitucional ha declarado que en esos supuestos la interposición del incidente de nulidad no puede considerarse necesaria para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo; y, se ha dicho por el Tribunal Constitucional que en ese caso concreto se ha respetado el carácter subsidiario del recurso de amparo dado que frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales se interpuso el recurso casación que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener esa tutela y este se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma que establece la normativa.

IV. Conclusiones

En las sentencias 112/2019, de 3 de octubre, y 121/2019, de 28 de octubre, el Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 241.1 LOPJ en relación con su doctrina sobre la interpretación flexible del requisito de agotar la vía judicial previa para la interposición del recurso de amparo, y ha modificado su criterio anterior. En dichas sentencias el Tribunal Constitucional ha considerado que el incidente de nulidad contra resoluciones que lesionen derechos fundamentales no tiene carácter preceptivo cuando contra dichas resoluciones se interpuso recurso de casación y éste fue inadmitido por razones que no sean imputables al recurrente. Pero al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que en esos mismos casos el recurrente puede interponer incidente de nulidad y que, si lo hiciera, no podrá inadmitirse el recurso de amparo.

Esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional alivia la carga del recurrente que tiene interés en interponer el recurso de amparo, sin privarle de su derecho a presentar dicho incidente. En ese sentido, evitará la inadmisión de recursos de amparo por razones que no tienen justificación alguna, como ha sucedido hasta ahora, pues no es razonable que se inadmita un amparo por no haber interpuesto el incidente de nulidad contra la sentencia que lesionó presuntamente derechos fundamentales, cuando el recurrente interpuso recurso de casación y este fue inadmitido por carecer de interés casacional.

Además, la caracterización que ha hecho el Tribunal Constitucional del incidente de nulidad en esos casos como potestativo resta credibilidad a la eficacia de este incidente. Por lo demás, la exigencia del Tribunal Constitucional de intentar el recurso de casación contra sentencias que a todas luces carecen de interés casacional, para que sea admisible el recurso de amparo, es un escollo sin sentido que debe ser remediado cuanto antes por el legislador, al tiempo que se plantea una necesaria reforma legislativa del incidente de nulidad para que sea un mecanismo eficaz.

V. Bibliografía

- BELADÍEZ ROJO, M., «La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ», en ARROYO JIMÉNEZ, L., BELADÍEZ ROJO, M., ORTEGA CARBALLO, C., y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *El juez del derecho administrativo. Libro homenaje a Javier Delgado Barrio*, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2015.
- CARRASCO DURÁN, M., «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012.
- DEL SAZ, S., «Ni un momento más sin replantear el incidente de nulidad de actuaciones», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 953/2019.
- DESDENTADO BONETE, A., «La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Constitucional», en VV.AA., *XII Jornadas de la Asociación de letrados del Tribunal Constitucional. El futuro de la justicia constitucional*, CEPC, Madrid, 2007.
- DOIG DÍAZ, Y., «Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOP», *Diario La Ley*, núm. 6889, de 22 de febrero de 2008.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., «La condena en costas e inadmisión de la casación», *Diario La Ley*, núm. 9291, 2018.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y MONTESINOS PADILLA, C., «Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018.
- LOZANO CUTANDA, B. y CORDÓN MORENO, F., «Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)», *Diario La Ley*, 8249.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, 2016.
- PADRÓS REIG, C., «La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019.

RECUERDA GIRELA, M.A., «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el concepto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 94, 2016.

—, «La impugnación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de providencias que debieron revestir forma de auto», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 203, 2020.

RICHARD GONZÁLEZ, M., *Tratamiento procesal de la nulidad de actuaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2015.

VILLALBA MUÑOZ, J.M., «El intrincado laberinto del incidente de nulidad y el recurso de amparo», VV.AA., *Anuario contencioso para abogados 2011: los casos más relevantes sobre litigación y arbitraje en 2010 de los grandes despachos*, La Ley, Madrid, 2011.



Los jueces nacionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito de las sentencias Colindres Schonenberg, Villaseñor Velarde y otros, y Rico

The national judges before the Inter-american Court of Human Rights. A commentary on the judgments Colindres Schonenberg, Villaseñor Velarde *et al.*, and Rico

ARMANDO SALAS CRUZ

Universidad Complutense de Madrid

isonomiazul@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7765-5329>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.11>

LABURPENA: 2019an, Giza Eskubideen Gorte Interamerikarrak hiru epai eman zituen, eta horien izendatzaile komuna epaile nazionala eta haren funtzioa eta independentzia babesten duten eskubide konbentzionalak izan ziren. Honako arazo hauei heltzen diete: hauteskunde-magistratu bat kargugabetzea lege-eskumenik gabeko organo batek (*Colindres Schonenberg* kasua), epaile baten funtzioari buruzko kanpoko presioak eta mehatxuak (*Villaseñor Velarde eta beste batzuk* kasua) eta faktore politikoaren planteamendua epaile azpi-nazional bat kargutik kentzea erabaki zuen epaitze-epaimahaian (*Rico* kasua). Desberdintasunak egon arren, arazoa bera da: epaile nazionalek gero eta maizago jo behar izaten dute jurisdikzio interamerikarrera beren burua defendatzeko, eta horrek, aldi berean, arreta jartzen du eta eztabaida handiak sortzen ditu San Joseko Gortean. Iruzkin honetan, epai horien ezaugarri nagusiak azaltzen dira, eta haien edukiari buruz hausnartzen da.

HITZ GAKOAK: Giza Eskubideen Gorte Interamerikarra. Independentzia judiziala. Diziplinazko prozedura. Epaileak kargugabetzea. Kanpoko presioak.

ABSTRACT: During 2019, the Inter-American Court of Human Rights issued three judgments whose common denominator is the national judge and the conventional rights that protect their functions and independence. They deal with different problems, as for example, the recall of a electoral judge by a body with no legal competence (*Colindres Schonenberg* case), the external pressures and threats upon the functions of a judge (*Villaseñor Velarde et al.* case) and the question of the political factor during the jury for prosecution that decided the recall of a subnational judge (*Rico* case). In spite of their differences, it can be perceived the same guiding thread as to how national judges more often need

to have recourse to the inter-American jurisdiction to defend themselves and this has eventually drawn attention and triggered important discussions within the San Jose Court. This comment article sets out the main features of those judgements and it reflects on their content.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights. Judicial independence. Disciplinary procedure. Recall of judges. External pressures.

RESUMEN: Durante 2019 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió tres sentencias cuyo denominador común son la figura del juez nacional y los derechos convencionales que protegen su función e independencia. Abordan problemáticas distintas, a saber, la destitución de un magistrado electoral por un órgano sin competencia legal (caso *Colindres Schonenberg*), las presiones y amenazas externas sobre la función de una jueza (caso *Villaseñor Velarde y otros*) y el planteamiento del factor político en el Jurado de Enjuiciamiento que decidió el cese de un juez subnacional (caso *Rico*). A pesar de sus diferencias, se alcanza a percibir un mismo hilo conductor en cuanto a que los jueces nacionales cada vez con mayor frecuencia tienen la necesidad de acudir a la jurisdicción interamericana para defenderse y esto, a su vez, ocupa la atención y genera discusiones importantes en el seno de la Corte de San José. En este comentario se exponen los rasgos principales de las referidas sentencias y se reflexiona a propósito de su contenido.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, independencia judicial, procedimiento disciplinario, destitución de jueces, presiones externas.

Trabajo recibido el 5 de mayo de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Destitución por «deslealtad partidista».—III. Presiones externas susceptibles de afectar la función judicial y su independencia.—IV. El Jurado de Enjuiciamiento: la aparente intervención indebida del factor político en el proceso de destitución.—V. ¿Defensora regional de la independencia judicial?—VI. Conclusión.—VII. Bibliografía.

I. Introducción

El célebre pintor alemán Otto Dix es uno de los muy pocos de su generación que dedicó parte de su trabajo a reflexionar acerca del significado de los jueces en la Alemania nacionalsocialista (1). Tuvo un interés particular por retratar el papel que la mayoría de los funcionarios judiciales decidió asumir en esa época: más que otra cosa, de verdugos instrumentales y censores ideológicos en todos los aspectos de la vida. El rasgo constante para identificarlos era la toga roja distintiva de la magistratura alemana (2). Su visión muestra seres deformes, ambiciosos, aristocráticos y desconectados de los sectores más precarios de la sociedad alemana. No eran virtuosos, ni buscaban la igualdad y la justicia. Esta posición crítica que asumió Dix desde el arte, sintetiza bien la necesidad de una judicatura independiente, en este ejemplo, de la política y del gobierno, para ser un eficaz contrapeso en la protección de los derechos de todos.

El hecho de que la figura del juez sea señalada permanentemente con el dedo —o el pincel— deriva, en parte, de que se le ha otorgado el poder de resolver los conflictos de los demás y controlar la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos. Problemas jurídicos de todo tipo y alcance. Y, en esa medida, su función principal es la de dar una solución válida (decisión) desde el imperio de la Ley (3). Es al único amo al que el juez debe obediencia. Pero, como es bien conocido, el dinero, la violencia o la influencia política son desviaciones que buscan presionar o coac-

(1) Las bibliotecas del Instituto Goethe cuentan con amplios catálogos acerca de su obra en general; entre otros, BECK, Rainer, *Otto Dix: 1891-1969. Zeit, Leben, Werk*, Constanza, Stadler, 1993 y HERZOGENRATH, Wulf y SCHMIDT, Johann-Karl, *Dix. Otto Dix zum 100. Geburtstag 1891-1991*, Stuttgart, G. Hatje, Galería Estatal de Stuttgart, 1991.

(2) En la actualidad se conserva el tradicional tono rojo para las togas que visten los magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán. Haas refiere que a los magistrados se les denomina popularmente como las «togas rojas de Karlsruhe», HAAS, Evelyn, «La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad», *Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, 2004, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000100008>

(3) Sobre la incidencia del principio democrático en la sujeción del juez a la ley, al identificarse la ley con la voluntad de los ciudadanos, véase el artículo del antiguo juez del Tribunal de Estrasburgo LÓPEZ GUERRA, Luis, «El papel del juez en una sociedad democrática», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 18, 2018, págs. 2-3, <https://doi.org/10.17561/rej.n18.a5>

cionar al funcionario judicial para que su fallo beneficie a sujetos determinados.

Así, el juez tiene una tarea muy difícil. Además de las dificultades propias e inherentes en los trámites de los asuntos, estudio y elaboración de las resoluciones que darán respuesta a las controversias jurídicas(4), así como de las habilidades de gestión que se requieren en el trabajo eficiente de la célula jurisdiccional de la que es titular, en Latinoamérica la tarea del juzgador implica con frecuencia una actividad de alto riesgo debido a que se convierte en blanco de amenazas, intimidaciones y hostigamientos que pueden llegar a convertirse en agresiones graves hacia su persona.

Ahora bien, sin obviar que en años anteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o CorteIDH) ha construido una jurisprudencia relevante en materia de la función judicial y su independencia(5), y que es la que sirve de base a las sentencias objeto del presente trabajo, en ninguna de esas ocasiones el tribunal regional se había permitido, en un mismo año, abordar tantos conflictos en los que el juez nacional se ve envuelto. En efecto, en los casos *Colindres Schonenberg, Villaseñor Velarde y otros*, y *Rico*, la Corte Interamericana parece poner énfasis en que la función judicial en nuestro continente to-

(4) Las viejas lecciones de Cardozo, si bien desde la tradición del derecho estadounidense, muestran las complicaciones que tiene el juez al interpretar la ley: «La ocupación sería de un juez empieza cuando los colores no concuerdan, cuando las referencias del fichero fallan, cuando no hay un precedente decisivo. Es entonces cuando tiene que actualizar el derecho para los litigantes que se hallan ante él. Y al actualizarlo para ellos, lo irá actualizando para los demás», CARDOZO, Benjamin N. [1921], *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponssa, Granada, Comares, 2004, pág. 13.

(5) El bloque de sentencias, sin ánimo de exhaustividad, es el siguiente: *Tribunal Constitucional vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001; *Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. *Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008; *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009; *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 1 de julio de 2011; *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 23 de agosto de 2013; *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 28 de agosto de 2013 y *López Lone y otros vs. Honduras* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de octubre de 2015. Un recorrido sucinto por los asuntos referidos, con excepción del último, se encuentra en el *Voto parcialmente disidente* (párrs. 27-61) que el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor emitió en el caso *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*, luego publicado como FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder (sobre el caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador)», en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. III, págs. 228-238, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/12.pdf>. Asimismo, véase la sistematización de los criterios interamericanos en esta materia hecha por CEJIL, *Compendio de estándares internacionales para la protección de la independencia judicial*, San José (Costa Rica), CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), 2019, https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio_de_estandares_judiciales_online.pdf

davía puede verse avasallada por prácticas de intervención indebida de los órganos políticos y también por las presiones de agentes externos. La cuestión de relevancia es que los embates y amenazas surgen por igual en diferentes latitudes de la región en que ejerce jurisdicción.

Este trabajo tiene, por tanto, el propósito de exponer las características de esas tres sentencias interamericanas, aunque sin dejar de verlas desde una perspectiva temática, las que estudiadas en conjunto permiten advertir el crecimiento paulatino entre los jueces nacionales de la idea de que la jurisdicción interamericana no solo es el intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o CADH), sino que además puede ser su último recurso para hacer valer sus derechos e independencia.

II. Destitución por «deslealtad partidista»

Es frecuente que la designación de los más altos cargos del poder judicial se ponga en manos del Parlamento. En síntesis, la elección es debatida y politizada por las fracciones parlamentarias respectivas de los partidos políticos. Se trata de una designación política. Por esa razón, al final del día, algunos pueden llegar a cuestionar no sin cierta malicia: ¿Los altos magistrados deben algún tipo de lealtad al partido político que los impulsó en el procedimiento parlamentario de designación? ¿Es decir, sus actuaciones y decisiones pueden estar condicionadas por las directrices partidistas debido al hecho de que quien designa las altas magistraturas es el Parlamento? Lo sucedido en el presente caso muestra que en algunos países la función judicial se condiciona desde el inicio: si estás con nosotros, es tuyo el cargo. Y si osas luego ser desleal, serás destituido de inmediato.

El caso *Colindres Schonenberg*, resuelto de manera unánime en los primeros días de febrero de 2019 (6), resultó un caso sin demasiadas complicaciones para la Corte de San José. Las faltas del Estado salvadoreño, al remover al señor Eduardo Benjamín Colindres Schonenberg, cuando este ejercía el cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, fueron bastante notorias: el procedimiento de cese llevado a cabo por la Asamblea Legislativa no cumplió con todas las garantías del debido proceso legal, al haberse realizado por un órgano incompetente y mediante un procedimiento que no estaba establecido legalmente (art. 8.1 CADH), hubo fallas en la revisión judicial por parte de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo que impactó en la efectivi-

(6) SCorteIDH, *Colindres Schonenberg vs. El Salvador* (fondo, reparaciones y costas), de 4 de febrero de 2019.

dad del recurso judicial interpuesto (art. 25.1 CADH) y, con lo anterior, se afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad del señor Colindres Schonenberg (art. 23.1.c CADH). Así, al mismo tiempo, el asunto toca un tema relevante en la construcción de una mejor protección de la esfera jurídica de los jueces: las destituciones siempre deben obedecer a razones fijas, claras y objetivas. Sin estas, los otros poderes públicos tienen espacio suficiente para excederse y vulnerar la independencia judicial.

La Corte Interamericana, en el núcleo de la controversia, examina tres aristas problemáticas para los estándares de la Convención Americana (7): i) la falta de competencia del órgano político para realizar la remoción, ii) el procedimiento no estaba previamente establecido en norma alguna y iii) tampoco había definición de los supuestos de destitución antes de la finalización del período para el que había sido elegido, más allá de la comisión de un delito oficial o común. Además, en el ámbito interno, la postura que tomó la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al conocer de las diversas acciones de amparo interpuestas por el magistrado destituido, fue la que permitió a la Asamblea Legislativa culminar de manera definitiva con la destitución del magistrado electoral en cuestión, precisamente porque en la interpretación del tribunal constitucional salvadoreño dicho órgano legislativo era el competente para decidir respecto de las destituciones de los magistrados del Tribunal Supremo Electoral.

En ese sentido, es un asunto en el que puede observarse con cierta claridad el impulso en el que puede caer el órgano legislativo cuando ni la Constitución ni las leyes existentes establecen previamente los supuestos y el procedimiento al que se deben ceñir las destituciones de los integrantes de altos tribunales. Todavía más cuando el órgano político se sabe dueño de la designación de las magistraturas.

Como ocurre regularmente en las designaciones de altos cargos judiciales por los órganos legislativos, la carga política es un factor que no deja de estar presente e intenta dejar su marca en los elegidos. En algunos países, como ocurre en esta ocasión en El Salvador, persiste con intensidad el reparto de cuotas al momento de elegir a los magistrados electorales. Y los partidos políticos, a través de sus respectivos grupos

(7) Para una perspectiva panorámica del contenido y evolución jurisprudencial de las garantías judiciales reconocidas en el art. 8.1 CADH, en especial de su conexión con un juez independiente e imparcial, IBÁÑEZ RIVAS, Juana M., «Artículo 8. Garantías judiciales», en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Cristine (eds.) y URIBE GRANADOS, G. Patricia (coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2.ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, págs. 275-281. De modo específico, DELGADO ÁVILA, Daniel, «El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, págs. 306-323, <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2011.11>

parlamentarios, buscan con perspicacia que los perfiles de los candidatos elegidos sean acordes con sus posturas ideológicas o por lo menos alguien en que se pueda confiar. Entonces, cuando ese individuo llega a la magistratura y rompe con el círculo previsto, porque simplemente entiende que la función judicial goza de una independencia que no puede verse afectada por el interés partidista, tiene que ser removido de inmediato, por su «deslealtad» al partido político que lo puso en el cargo.

Bien, fue esa supuesta «deslealtad política» la que llevó a los diputados del Partido Demócrata Cristiano (PDC) a presentar la solicitud formal de destitución del magistrado Colindres Schonenberg ante la Asamblea Legislativa, a los dos años de su designación ocurrida el 11 de agosto de 1994 (cuando la duración legal era de cinco años). Aunque, cabe precisar, los diputados del PDC disfrazaron dicho motivo por las razones de falta de instrucción y capacidad del señor Colindres Schonenberg para desempeñar el cargo.

El Pleno de la Asamblea Legislativa, el 22 de noviembre de 1996, decidió destituirlo. Es lo que la Corte Interamericana denomina «primera destitución». Tal decisión fue impugnada ante la Sala de lo Constitucional. Dicho tribunal encontró, mediante sentencia de 4 de noviembre de 1997, que el órgano legislativo había cometido una violación al derecho de audiencia durante el procedimiento debido a que no se le había dado oportunidad al señor Colindres Schonenberg de defenderse (conocer las acusaciones, ser escuchado en audiencia y aportar elementos probatorios). Esto fue suficiente para que la Sala de lo Constitucional fallara a su favor, ordenara su restitución y se le pagaran los sueldos que dejó de percibir. Ulteriormente, en juicio civil, el Estado fue condenado al pago del daño moral ocasionado.

Sin embargo, en esa misma sentencia de amparo, la Sala de lo Constitucional —a través de interpretación— establecerá una posición favorable en cuanto a la validez de la competencia de la Asamblea Legislativa para decidir sobre las destituciones de los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, a pesar de no existir norma específica.

Bajo el resguardo de ese criterio, en un segundo intento, subsanando el yerro procedimental en el que había incurrido en la ocasión anterior, la Asamblea Legislativa llevó adelante la destitución del señor Colindres Schonenberg. Esto es lo que la Corte Interamericana llama «segunda destitución». El destituido, de nueva cuenta, interpuso dos acciones de amparo, pero en esta ocasión fueron desestimadas por la Sala de lo Constitucional.

Aunque la Corte Interamericana distingue entre la «primera destitución» y la «segunda destitución», con el fin de precisar los momentos en que ocurre la responsabilidad internacional, en realidad es una misma secuencia que terminó en la destitución del magistrado Colindres Scho-

nenberg, con el trasfondo alegado desde el principio, esto es, su deslealtad política. Es decir, no hubo cambio alguno ni en los fundamentos ni en el contexto que la animaban. La diferencia trascendente es que en el segundo intento de destitución se cumplió con la falta procesal que detectó en su momento la Sala de lo Constitucional.

El nudo de la cuestión, desde la perspectiva del control judicial, es que el criterio de la Sala de lo Constitucional, al interpretar la Constitución salvadoreña, se mostró endeble frente a las exigencias mínimas de la Convención Americana. Para la debida destitución de un juez se requiere al menos de un procedimiento con base constitucional o legal, así como de un órgano competente y las causales específicas. Sin estos elementos básicos, la destitución no sería acorde con la Convención Americana.

Por último, respecto del aludido juicio civil por los daños ocasionados con motivo de la «primera destitución», se alegó la demora prolongada en que incurrió el Estado de El Salvador hasta el momento en que efectivamente se pudo ejecutar la sentencia con el pago de la indemnización al señor Colindres Schonenberg. La Corte Interamericana entendió que la duración total, que fue de 15 años, no encontraba razón ni en la complejidad del asunto, en virtud de que la controversia civil era solo el valor de los daños y perjuicios, ni como consecuencia de retardos en la actividad procesal de la parte actora, por lo que se había violentado el plazo razonable prescrito en el artículo 8.1 CADH.

III. Presiones externas susceptibles de afectar la función judicial y su independencia

Las amenazas a jueces no es algo nuevo. Pero, sin duda, el contexto social es el que determina el grado de riesgo al que pueden estar expuestos al desempeñar su tarea(8). No es lo mismo, si se mira de manera comparada, ser juez en Colombia que en Panamá, a pesar de ser vecinos. Y lo mismo sucede a nivel territorial interno o por la especialización jurisdiccional. En suma, lo que plantea el caso es una cuestión metodológica: ¿cómo saber que una amenaza es grave de manera evidente y puede afectar el trabajo independiente de la función judicial? Un juez que está acostumbrado a vivir en la zozobra observa de manera distinta la gravedad de ciertos hechos que para otro serían escandalosos.

(8) Desde la óptica del derecho a un juez independiente e imparcial contemplado en el art. 8.1 CADH, véase DELGADO ÁVILA, Daniel, «El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, págs. 310-312, quien refiere diversos casos en los que ha sobresalido la necesidad de preservar la seguridad personal de los jueces ante contextos generalizados de violencia y amenazas.

Al día siguiente del caso visto con anterioridad, la Corte Interamericana emitió la sentencia en el caso *Villaseñor Velarde y otros*(9) relativo a la situación de intimidación sufrida por la jueza María Eugenia Villaseñor Velarde durante un largo período de su carrera, consistente en un conjunto de hechos de distinta naturaleza, entre los que se señalaron aquellos que podían implicar un carácter grave: amenazas en diversas ocasiones (incluso de muerte contra ella y sus familiares, así como de secuestro de su hija), daños intencionales a su automóvil (destrucción de llanta y ruptura de cerradura de la puerta), intentos de acceder a su domicilio, retención y golpiza a su escolta de seguridad con el fin de indagar sobre la actividad de la jueza Villaseñor Velarde en causas judiciales, y actos de vigilancia. Fue una resolución en ambos sentidos: condenatoria para el Estado de Guatemala con relación a la víctima principal, pero no así para sus familiares, de quienes se había alegado el verse también afectados con los acontecimientos del caso.

La señora Villaseñor Velarde, con una extensa trayectoria de jueza en el poder judicial guatemalteco, en la que incluso fue señalada como posible integrante de la Corte Suprema de Justicia, alegó que en el período que va de 1994 hasta 2013 tanto ella como algunos de sus familiares (dos hermanos y su hija) sufrieron actos de amenaza e intimidación, con origen en los casos que le tocó tramitar o resolver en su momento. Asimismo, señaló que en ninguna de las múltiples denuncias que interpuso se llevó a cabo una investigación adecuada que esclareciera los hechos e identificara a los responsables. Ni tampoco el Estado guatemalteco le había brindado las medidas de protección adecuadas y necesarias. Además, fue objeto de difamación. Es decir, en esa etapa su actividad judicial estuvo bajo la sombra de presiones externas.

En esta ocasión el tribunal interamericano tuvo que hacer un notable esfuerzo de revisión y organización del acervo probatorio aportado por las partes para fijar con precisión la falta en la que había incurrido el Estado de Guatemala al incumplir con su «deber de investigar», uno de los componentes de la garantía contra presiones externas que protege la independencia judicial. El punto clave, en mi opinión, en el que se apoyará la argumentación de la Corte Interamericana será el patrón que pudo advertir en el conjunto de hechos intimidatorios y que lo reflejan ya como una conclusión: existía reiteración y continuidad intimidatoria o concatenada de hechos(10). Esto es lo que permite poner en entredicho las actuaciones del Estado guatemalteco ante una situación de este tipo (reiterada y concatenada) que enfrentaba una de sus juezas.

(9) SCorteIDH, *Villaseñor Velarde y otros vs. Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), de 5 de febrero de 2019.

(10) *Ibidem*, párr. 90.

Lo anterior, además, se enmarcó en el contexto general de violencia e inseguridad en el que tuvieron que desempeñarse los jueces y juezas de Guatemala en el mismo período de los hechos del caso (1990-2012), caracterizado por los frecuentes «actos de intimidación o agresión, incluso homicidios, relacionados con su función, comprometiéndose la vigencia de la independencia judicial, sin que hubiera una respuesta efectiva del Estado para garantizar sus derechos» (11). El patrón intimidatorio particular dirigido a la jueza Villaseñor Velarde era consistente dentro de la situación general.

Precisamente las cuestiones de la fijación correcta de los hechos que podían dar lugar a la condena, así como de la claridad de su gravedad, fue el centro del desacuerdo que manifestó el voto concurrente de Sierra Porto (12). Ahora bien, al margen del debate, es una resolución importante en la trayectoria de la jurisprudencia interamericana porque ahonda en el sector de las presiones externas sobre la independencia judicial (13), a partir de una serie de actos intimidatorios (hostigamiento, amenazas, agresión) que colocaron a la señora Villaseñor Velarde en una situación de riesgo.

En parte debido al amplio período en que habían ocurrido (19 años), y otro tanto por la cantidad y diversidad de actos de los que estaba compuesto el conjunto de hechos intimidatorios del caso, la Corte Interamericana tiene la necesidad de acotar en ese universo los que realmente podían dar lugar al establecimiento de la responsabilidad del Estado de Guatemala por faltar a su deber de investigar las denuncias presentadas por la jueza Villaseñor Velarde respecto de la situación de riesgo en la que se encontraba. En ese sentido, el tribunal interamericano descarta la mayoría de los actos referidos por los peticionarios.

(11) *Ibidem*, párr. 32.

(12) Para él solo podía atribuirse responsabilidad al Estado de Guatemala por la falta que cometió al no investigar el hecho ocurrido el 29 de agosto de 1994, en tanto ese era el único que cumplía con las exigencias necesarias: fue debidamente acreditado, era evidente su carácter intimidatorio y tenía relación con la actividad judicial de la señora Villaseñor Velarde. En ese sentido, es distinta su perspectiva en cuanto a la intensidad o graduación del carácter intimidatorio de los hechos. *Cfr. Voto concurrente* del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párrs. 30 y 35.

(13) Es bien conocida en la doctrina de la independencia judicial la distinción dicotómica del origen de la presión o intervención: interna-externa (presión interna/presión externa, agente interno/agente externo). Es decir, las intervenciones indebidas en la independencia judicial no solo pueden venir del exterior, sino también puede verse afectada internamente, desde la organización judicial. Véase, entre otros, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2015, págs. 141 y ss. y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, discurso de recepción leído el 23 de mayo de 2017, <https://www.racmyp.es/docs/academicos/665/discurso/d92.pdf>, págs. 119-120. Acerca del tipo de interferencia interna, es de interés las anotaciones sobre un caso reciente de otra jueza guatemalteca en ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «El precio de ser (mujer) juez independiente en Guatemala», *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 96, diciembre de 2019, págs. 111-114.

Las alegaciones básicamente pueden sintetizarse de la forma siguiente: i) en las acciones de intimidación participaron agentes estatales, por lo que el Estado incumplió con el deber de respetar sus derechos humanos; ii) a pesar de encontrarse en una situación de riesgo, el Estado no adoptó las medidas de seguridad necesarias para protegerla; iii) el Estado no llevó a cabo las investigaciones correspondientes y iv) su reputación se vio afectada por acusaciones que no fueron probadas.

Respecto del primer punto la Corte Interamericana entendió que no podía atribuirle al Estado demandado responsabilidad por la vulneración del deber de respetar los derechos humanos de la jueza Villaseñor Velarde, pues en el caso no había base suficiente con la que se pudiera determinar con claridad la participación de agentes estatales en las acciones de hostigamiento, intimidación y agresión.

En cuanto al segundo punto, de igual manera, la Corte de San José estimó que Guatemala había brindado y sostenido durante un largo período de 18 años medidas de seguridad en beneficio de la jueza Villaseñor Velarde, y si bien hubo algunas falencias relativas a insuficiencia de equipamiento, gastos de alimentación e interrupciones breves en el servicio brindado por los agentes de seguridad asignados, estas se estimaron que no eran de tal entidad para entender que el Estado guatemalteco había vulnerado el derecho de integridad personal de la jueza Villaseñor Velarde.

Es en la tercera de las alegaciones donde la Corte Interamericana encuentra razones suficientes para condenar al Estado de Guatemala por incumplir el deber de investigar, al menos, ciertos hechos intimidatorios vinculados con la situación de riesgo en la que se encontraba la jueza Villaseñor Velarde al desempeñar su función, lo que había generado una situación de incertidumbre y angustia que afectó su integridad personal (art. 5 CADH), en relación con su independencia judicial. Además, por la falta de actuaciones efectivas para investigar los hechos, se menoscabaron sus derechos a las garantías judiciales y protección judicial.

En ese sentido, Guatemala fundamentalmente no investigó las amenazas directas en contra de la jueza Villaseñor Velarde, incluyendo la amenaza o intento de secuestro de su hija, ocurridas antes de septiembre de 1994, así como el hecho que aconteció el 29 de agosto de 1994, en el que uno de sus escoltas fue retenido, golpeado, drogado e interrogado sobre las actividades de la jueza. También hubo falta de investigación o respuesta estatal respecto de la denuncia anterior al 28 de julio de 1994 y cuyo expediente fue extraviado, las dos denuncias de febrero 1997 (reacciones ante un fallo en el que intervino la jueza Villaseñor Velarde) y la investigación ordenada el 14 de noviembre de 2001 (amenazas de militares). Asimismo, encontró que, después de 12 años, la investigación de los hechos denunciados en julio de 2005 (faltantes de flores y anotaciones en

el mausoleo familiar, amenazas e intento de identificar al personal de seguridad) no había concluido todavía en 2017 y, además, las acciones investigativas fueron escasas y sin eficacia.

Por su parte, respecto de la alegación de vulneración al derecho a la protección de la honra y la dignidad (art. 11 CADH), la Corte Interamericana concluyó, por un lado, que si bien no había sido publicado el informe que comprobó que la jueza Villaseñor Valverde no intervino en causa judicial alguna relacionada al señor Ríos Montt (motivo de acusación de corrupción), la respuesta que dio en su momento la Corte Suprema de Justicia había sido correcta en cuanto le hizo saber que ella tenía el derecho constitucional de respuesta y además sus representantes no habían explicado por qué esa respuesta era insatisfactoria o por qué, pese a tal derecho constitucional, resultaba imprescindible la publicidad del informe; por el otro, el tema de la debida diligencia en la investigación estatal de la denuncia en contra de la jueza Villaseñor Velarde de estar involucrada con la delincuencia organizada, el tribunal interamericano había ya señalado no tener los elementos suficientes para determinar lo conducente. En suma, el Estado guatemalteco no incidió indebidamente en el ejercicio de ese derecho.

Por último, para la sección de la sentencia dedicada a las violaciones de los derechos de integridad personal, y protección a la honra y de la dignidad, de los familiares de la señora Villaseñor Velarde, la Corte Interamericana retomará y tendrá en cuenta las dos conclusiones claves a las que había llegado: primero, la responsabilidad del Estado guatemalteco se había circunscrito exclusivamente en la falta de investigación de hechos específicos denunciados por la víctima, lo que estaba directamente conectado con su actividad como jueza, y segundo, no pudo establecerse la intervención directa de agentes estatales en los hechos del caso. Con esas dos razones a cuestas, en consecuencia, la Corte Interamericana entenderá que en el supuesto de los familiares de la jueza no se cumplían las condiciones establecidas en su jurisprudencia para poder trasladarles de igual modo el carácter de víctimas, pues justo las circunstancias fácticas en las que sostenían su sufrimiento no eran directamente atribuibles al Estado ni se relacionaban con la falta de investigación.

De ese modo, en la sentencia resaltan, entre otras cosas, los principales deberes convencionales que los Estados parte tienen cuando alguno de sus jueces es objeto de presiones externas que lo hacen ubicarse en una situación de riesgo, esto es, tienen el deber de garantizar el ejercicio de la función judicial (deber de garantía); protegerlos con medidas eficaces y adecuadas (deber de prestar seguridad); así como investigar los hechos (deber de realizar investigaciones).

Finalmente, bajo esta óptica, es importante resaltar que las condiciones de seguridad pública cambian según se miren los contextos de cada

uno de los países de la región, no son las mismas, sin embargo, si puede decirse que las amenazas y los ataques contra la labor de los jueces permanecen en nuestro entorno con cierta singularidad. De ninguna manera puede considerarse una situación exclusiva de Guatemala. La actividad judicial en muchas de las ocasiones se ejerce en contextos de riesgo o de inseguridad, pero lo más trascendente es que frente a ese tipo de panorama el Estado no puede dejar de garantizar —con acciones de investigación y medidas específicas de protección— el desempeño de los jueces, conforme a la garantía contra presiones externas.

IV. El Jurado de Enjuiciamiento: la aparente intervención indebida del factor político en el proceso de destitución

Tratándose de la disciplina judicial son recurrentes las ideas endogámicas. Los jueces deben ser juzgados, cuando cometen alguna falta disciplinaria, por su propio grupo. La incorporación de miembros ajenos a la institución en el proceso de destitución se mira con desconfianza. Más cuando se trata de miembros del poder político. Pero ese temor es producto de la historia, donde efectivamente hubo muchas ocasiones donde el interés político prevaleció frente a la razón jurídica. Ahora, en nuestros días, algunos modelos intentan introducir la mirada externa en la disciplina de los jueces, pero ajustando su intervención conforme a estrictas reglas jurídicas. Es una influencia limitada que ayuda a darle mejor legitimidad al proceso.

En el caso *Rico* (14), a diferencia de los dos anteriores, la decisión de la Corte Interamericana fue favorable para el Estado demandado. De modo unánime encontró que el Estado de Argentina no era responsable por las alegadas vulneraciones de diversos derechos convencionales (garantías judiciales, protección judicial, principio de legalidad y derecho a permanecer en el cargo) en el procedimiento disciplinario del señor Eduardo Rico, juez provincial en ese momento, desarrollado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires (en adelante Jurado de Enjuiciamiento), el cual había culminado con la imposición de las sanciones de cese e inhabilitación para ocupar otro cargo judicial.

Para llegar a esa conclusión el estudio que realiza la sentencia está centrado en definir la *forma* y el *fondo* del Jurado de Enjuiciamiento y así poder determinar los alegatos de las partes que pesaban en contra de ese órgano: no era un juez independiente, ni imparcial, su fallo respondía al criterio de discrecionalidad política y no tenía la motivación necesaria,

(14) SCortelDH, *Rico vs. Argentina* (excepción preliminar y fondo), de 2 de septiembre de 2019.

afectó el derecho de defensa del enjuiciado, además el fallo era irrecurrible, las causales por las que fue sancionado eran genéricas y, todo lo anterior, violentaba el derecho a permanecer en el cargo.

Con dichos planteamientos, aunado a la tradición y uso del derecho argentino de considerar al Jurado de Enjuiciamiento con un carácter político(15), es que el caso *Rico* en realidad estaba propuesto de tal manera que el objetivo era cuestionar la utilización e injerencia del juicio político para destituir jueces nacionales(16). La posición crítica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión Interamericana o CIDH) frente al uso de dicha figura jurídica en el sistema de la Convención Americana, debido a que desde su visión conlleva ciertos riesgos para el ejercicio independiente de la función judicial, se ha mostrado con más ahínco en los últimos años. Fue precisamente dicho órgano interamericano quien en 2017 solicitó a la Corte de San José se pronunciara de manera abstracta, a través de su función consultiva, sobre la armonía en el contexto de la Convención Americana del juicio político contra los presidentes democrática y constitucionalmente electos(17), sin embargo, dicha petición fue rechazada, al estimar el tribunal interamericano que la mejor forma de abordar la problemática era desde la casuística contenciosa, es decir, analizarse cada conflicto según sus peculiaridades fácticas(18), con apoyo en su jurisprudencia previa en donde no encontró que el juicio político como mecanismo de destitución fuese *per se* contrario a la Convención Americana(19).

Así, para la Comisión Interamericana el caso *Rico* representaba una buena oportunidad, ahora desde el ámbito contencioso, para que la Corte Interamericana fuera más allá de las garantías del debido proceso que deben caber en todo procedimiento disciplinario y se pronunciara respecto de los aspectos conflictivos que implican la intervención del órgano legislativo en la imposición de la máxima sanción disciplinaria en contra

(15) *Cfr. Ibidem*, párrafos 35, 48, 59 y 92.

(16) Véase la presentación del caso y las observaciones finales formuladas por la Comisión Interamericana en la audiencia pública del caso *Rico vs. Argentina*, de 28 de agosto de 2018, disponible en la «Galería multimedia», 59.º período extraordinario de sesiones, <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.cfm>

(17) CIDH, *Escrito de solicitud de opinión consultiva sobre «Democracia y derechos humanos en contextos de juicios políticos»*, de 17 de octubre de 2017.

(18) CortelDH, *Resolución de 29 de mayo de 2018*, párr. 18.

(19) Sobre los aspectos teóricos del juicio político, su utilización para remover jueces y el tratamiento dado en la jurisprudencia interamericana, véanse FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder (sobre el caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador)», *op. cit.*, págs. 242-250; y HERRERA GARCÍA, Alfonso, «¿Juzgar a los juzgadores? Estándares interamericanos del juicio político contra jueces», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 47, enero-junio 2019, págs. 214-220, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/47/10%20ALFONSO%20HERRERA.pdf>

de los jueces. Empero, todo el asunto se vino abajo cuando la Corte Interamericana advirtió que, en una lectura detenida del diseño institucional del procedimiento de destitución de jueces establecido en las normas constitucionales y legales argentinas, la destitución del juez Rico ni había respondido a la discrecionalidad política, ni en la integración del Jurado de Enjuiciamiento prevalecía el factor político.

Ahora bien, antes de continuar con los pormenores del asunto, el Estado argentino esgrimió una excepción preliminar consistente en el no agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos. La Corte Interamericana, al respecto, estimó que en efecto era procedente la excepción preliminar exclusivamente en lo relativo a las impugnaciones de inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación para ocupar otro cargo judicial impuesta al juez Rico (art. 45 de la Ley 8085 «Normas de procedimiento para el Enjuiciamiento de Magistrados») y la irrecurribilidad del fallo del Jurado de Enjuiciamiento, en virtud de que no hizo los alegatos correspondientes al interponer los recursos «extraordinario de nulidad» y «extraordinario federal», requisito indispensable para que los órganos nacionales de control estuvieran en condiciones de pronunciarse al respecto.

En cambio, en cuanto al argumento de Argentina en el que alegó que el señor Rico no había acreditado una lesión al debido proceso al interponer el «recurso extraordinario federal», como uno de los dos requisitos indispensables de admisibilidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entendió que esa objeción, para ser resuelta, redundaría en responder a una de las cuestiones de fondo planteadas dentro del caso, por lo que la desestimó.

Dicho lo anterior, en términos breves, el señor Eduardo Rico se desempeñaba como juez del Tribunal de Trabajo No. 6 del Departamento Judicial de San Isidro en la Provincia de Buenos Aires, cuando el 1 de junio 1999 el Colegio de Abogados de San Isidro presentó una denuncia en su contra ante el Consejo de la Magistratura Provincial por la comisión de faltas contempladas en la Ley 8085. Llevaba tres años en el cargo desde su reincorporación en 1996 al poder judicial de la Provincia de Buenos Aires. La denuncia en cuestión se debió a las malas relaciones y enfrentamientos que tuvo con ciertos litigantes pertenecientes al Colegio de Abogados de San Isidro (20), y formalmente su contenido consistió en el señalamiento de un cúmulo de hechos o actos realizados por el juez Rico contrarios a su función judicial (21).

(20) Según la declaración que rindió el señor Rico en la audiencia pública del caso *Rico vs. Argentina*, de 28 de agosto de 2018.

(21) Fueron los siguientes: 1. Negarse a suscribir el acuerdo por el que se formalizaba el cambio de Presidencia del Tribunal con motivo del cumplimiento del período anual dispuesto legalmente; 2. Ordenar la reserva de todos los expedientes en los que interviniera como letrado el Dr. G.R.,

En el procedimiento ante el Jurado de Enjuiciamiento, esas conductas fueron probadas y se encuadraron en las causales de infracción establecidas en el art. 21 incisos e), f) y k) de la Ley 8085(22), por lo que dicho Jurado decidió su destitución, así como su inhabilitación para ocupar otro cargo judicial, mediante sentencia de 15 de junio de 2000.

Será en los tres sucesivos recursos (extraordinario de nulidad, extraordinario federal y queja) interpuestos por el señor Rico en contra de tal decisión donde se advertirá su inconformidad con la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de Enjuiciamiento debido a su composición, la imposibilidad de que su fallo fuera revisado, la discrecionalidad con la que decidía y el que no le fueran recibidas determinadas pruebas de descargo que había presentado, todo lo cual violentaba las garantías del debido proceso. Todos esos argumentos, sin embargo, fueron desestimados a su vez por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia.

En el bloque de las violaciones a las garantías judiciales (art. 8.1 CADH), la Corte Interamericana se pronunciará en lo particular respecto de cada una de ellas, que es donde mayormente se concentra el núcleo del caso. En cuanto a la independencia del Jurado de Enjuiciamiento y su forma de decidir, entenderá, por una parte, que en la composición de dicho órgano los integrantes provenientes del poder legislativo eran minoría y para ser elegibles se exigía que fueran abogados y cumplieran con los requisitos para ser miembros de la Suprema Corte Provincial, y por la otra, que las funciones del Jurado de Enjuiciamiento no se ejercían de manera subjetiva ni con base en discrecionalidad política, pues existían criterios previos, claros y objetivos contenidos en la ley y la Constitución de la Provincia, los mismos que limitaban su actividad y reforzaban el control ejercido.

Sobre la falta de imparcialidad dirá en principio que los parámetros que previamente había establecido en su jurisprudencia al respecto eran también aplicables a los miembros de un jurado, por tanto, al Jurado de

hasta en tanto se expidieran los médicos psiquiatras acerca de las facultades y/o ilícitos cometidos por el referido profesional; 3. Negarse a jurar promesa de lealtad a la bandera bonaerense ante el Presidente del Tribunal; 4. Negarse a emitir su voto en causas mediando obligación legal; 5. Tratar en forma inapropiada a los empleados del Tribunal y a los letrados; 6. Obstaculizar la celebración de las audiencias; 7. Solicitar a sus pares por vía de recusación, que se abstuvieran de intervenir en aquellas causas en las que él hubiera sido recusado, y 8) Dejar vencer los términos procesales para el dictado de sentencias y emitir sus pronunciamientos después que se efectuaban las solicitudes de pronto despacho, SCorteIDH, *Rico vs. Argentina* (excepción preliminar y fondo), de 2 de septiembre de 2019, nota al pie 26.

(22) «e) incompetencia o negligencia reiteradamente demostrada en el ejercicio de sus funciones»; «f) el incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo» y «k) dejar transcurrir los términos legales reiteradamente, sin pronunciarse en las cuestiones sometidas a su decisión o dictamen».

Enjuiciamiento en el caso. En ese sentido, observó que de los elementos probatorios que obraban en el expediente no era posible afirmar que alguno de los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento tuviere un interés directo o una posición previa respecto del señor Rico, tampoco se había demostrado alguna afectación en el proceso de destitución por parte del miembro señalado en particular (*G.D.S.M.*) en razón de los cargos que ostentaba, y, por último, el señor Rico no presentó documento alguno en el cual se hiciera constar la presentación de una recusación conforme a lo establecido en la ley de la materia.

Respecto del cuestionamiento de la forma de motivación del fallo, la Corte Interamericana siguió de cerca su experiencia previa relativa a los juicios por jurados y su naturaleza, en los que aunque el veredicto del jurado siempre tiene motivación, típicamente no se expresa o exterioriza. Lo esencial —dirá— en un sistema de decisión por íntima convicción, es que siempre del conjunto de actuaciones realizadas en el procedimiento, la persona interesada pueda entender las razones de la decisión. Así, encontró entre otros puntos que la decisión del Jurado de Enjuiciamiento contenía los fundamentos de hecho y de derecho de cada uno de los jurados a cada una de las 16 preguntas proporcionadas en los cuestionarios y, asimismo, se había hecho el ejercicio de integración sustancial de esas respuestas. Por lo que no podía llegar a la conclusión de que la decisión del Jurado de Enjuiciamiento fuese arbitraria o no tuviese la motivación necesaria e inherente a la naturaleza de este tipo de procesos.

De igual forma, en cuanto a la vulneración del derecho de defensa del señor Rico, entendió que las actuaciones del Jurado de Enjuiciamiento concernientes a la ampliación del plazo del procedimiento y la admisión de pruebas de las partes se habían apegado a la normativa aplicable.

Por su parte, en el tema de la transgresión al derecho a la protección judicial (art. 25.1 CADH), debido a que las partes no habían presentado los alegatos o pruebas inherentes, el tribunal interamericano consideró que no debía pronunciarse en abstracto sobre la idoneidad de los recursos extraordinario nulidad, extraordinario federal y de queja para recurrir decisiones del Jurado de Enjuiciamiento. Por tanto, se limitó al análisis de las decisiones relacionadas con el caso particular, en donde se incluyó el punto de la irrecurribilidad del fallo. Concluyó que las razones que habían sostenido en su momento la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación para declarar improcedentes los recursos interpuestos por el señor Rico, no resultaban manifiestamente arbitrarias o irrazonables. Así, al haberse declarado inadmisibles, la Corte Interamericana no podía pronunciarse sobre la efectividad de esos recursos.

Para finalizar quedaban la violación al principio de legalidad (art. 9 CADH) vinculada al carácter genérico de las causales de responsabili-

dad, y la intromisión indebida en el ejercicio del derecho político de permanecer en el cargo (art. 23.1.c CADH). En cuanto a la primera, siguiendo su jurisprudencia relativa al alcance del principio de legalidad en materia disciplinaria, estimó que las tres causales disciplinarias con las que fue sancionado el señor Rico contaban con la suficiente claridad para evitar discrecionalidad indebida o arbitrariedad en la decisión. Respecto de la segunda, razonó que el argumento se había formulado como una derivación de la vulneración a los otros derechos alegados (garantías judiciales, protección judicial, principio de legalidad). Es decir, no se refería a una violación autónoma. Por lo tanto, las conclusiones a las que había llegado en el análisis previo eran aplicables también en este punto: el Estado argentino no cometió ninguna falta.

Un último señalamiento. A pesar de que el caso no involucra estrictamente el uso del juicio político para destituir a un juez, en los términos en que ya se había conceptualizado con anterioridad en el caso *Tribunal Constitucional*(23), la Corte Interamericana efectúa una consideración significativa que parece zanjar por el momento la situación del mecanismo de juicio político al ser utilizado para destituir jueces de todos los niveles en el contexto de la Convención Americana: «Los juicios políticos en los que se discute la remoción de miembros del Poder Judicial no son contrarios a la Convención *per se*, siempre y cuando en el marco de aquellos, se cumplan las garantías del artículo 8 y existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia» (24).

V. ¿Defensora regional de la independencia judicial?

A nivel interno, como se ha podido observar en los casos señalados antes, crece entre los jueces nacionales la percepción de la Corte Interamericana como una férrea defensora de los derechos convencionales que protegen la función judicial, de su estabilidad e independencia. Los criterios establecidos a lo largo de su jurisprudencia han impedido la expansión de los excesos cometidos en detrimento de esa función pública. El tribunal interamericano ha reiterado en varias ocasiones: la independen-

(23) SCorteIDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), de 31 de enero de 2001, párr. 63: «[...] se trata de una forma de control que ejerce el Poder Legislativo con respecto a los funcionarios superiores tanto del Poder Ejecutivo como de otros órganos estatales cuya finalidad es someter a funcionarios y funcionarias de alta jerarquía a examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular».

(24) SCorteIDH, *Rico vs. Argentina* (excepción preliminar y fondo), de 2 de septiembre de 2019, párr. 57.

cia es esencial para el ejercicio de la función judicial (25) y ahí es donde radica el objetivo de protección, esto es, «[...] en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación» (26).

Entonces, en esquemas donde el poder judicial se muestra frágil, a la Corte Interamericana le interesa reparar en la construcción de mejores condiciones de defensa, tanto sustancial como procesalmente, para los jueces. La etapa en la que se han visto más desprotegidos es cuando se pretende su salida por cualquier tipo de razón. Es importante recordar que la mayoría de los casos están relacionados con destituciones de jueces, desde *Apitz Barbera y otros* hasta *Rico*. En esa medida, no resulta demasiado atrevido señalar que la Corte Interamericana se ha posicionado en la región como uno de los principales órganos de defensa de la independencia judicial. Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad (o complementariedad, como le gusta a la CortelDH llamarlo ahora), que irradia a todo el sistema interamericano de derechos humanos, los mecanismos nacionales de cese de jueces son definitivos siempre y cuando miren los derechos convencionales (estándares interamericanos) que protegen la función judicial.

De las lecciones posibles que podrían extraerse del examen en clave comparada entre lo sucedido en los casos *Colindres Schonenberg* y *Rico*, llama enseguida la atención la premisa de que la regulación del procedimiento de destitución de jueces nacionales —con todas las diferencias que puede haber entre los países de la región— debe contener ciertos requisitos mínimos e indispensables para estar en sintonía con los estándares de la Convención Americana: órgano competente y desarrollo del procedimiento establecidos en la ley; deben existir previamente causales de responsabilidad fijas, claras y objetivas (lo que permitirá verificar la actualización de las conductas concretas); y los recursos judiciales indispensables para controvertir, por ejemplo, falencias procesales.

La falta de esos requisitos, por su parte, es lo que permite en menor o mayor medida dejar abierta la puerta para que principalmente los órganos políticos cuenten con un amplio margen de actuación para impulsar destituciones arbitrarias de jueces, como la del magistrado Colindres

(25) SSCortelDH, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 30 de junio de 2009, párr. 67 y *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 1 de julio de 2011, párrafo 97.

(26) SSCortelDH, *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 5 de agosto de 2008, párrafo 55, y *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), de 23 de agosto de 2013, párrafo 144.

Schonenberg, quien ya no era del agrado del partido político que impulsó su llegada al cargo. En cambio, a pesar de que el ordenamiento jurídico argentino tiene señas particulares, como la participación de integrantes de extracción política en la integración del Jurado de Enjuiciamiento, todo el procedimiento del juez Rico se sujetó a reglas jurídicas precisas en su desarrollo. Lo anterior no quiere decir que la *forma* (el procedimiento) es lo único que interesa a la Convención Americana, pero sí es el primer paso indispensable para garantizar los derechos de los jueces.

No está de más decir que el principal sufrimiento del juez nacional que se enfrenta a una remoción arbitraria es saber que detrás de la acusación formal se ocultan razones ilegítimas. Al ser arbitraria, produce un daño profundo en la esfera moral del individuo removido. A partir de que se sabe que un juez está sujeto a un procedimiento de destitución, sin importar demasiado la razón de fondo, comienza una caída paulatina y sostenida hacia la desconfianza. Su labor puede quedar marcada por el resto de sus días. Como único remedio, que podría disolver esa difícil carga, está la revisión por un órgano judicial superior, esto es, la posibilidad de cuestionar la decisión de destitución conforme a los parámetros del debido proceso.

Por otro lado, el tema de las presiones externas y la afectación en el ejercicio independiente de la función judicial, en términos jurisprudenciales, abre la discusión en cuanto a la relación entre la gravedad de esas presiones y el efecto que puede producir en las actuaciones de los jueces. Es decir, la correspondencia o graduación de la gravedad del riesgo dependerá del contexto en el que se encuentra el juez en cuestión.

VI. Conclusión

La lectura conjunta de los tres casos expuestos en líneas anteriores muestra que la función judicial en nuestra región todavía es frágil ante las presiones y venganzas del poder político, quien puede llevar adelante remociones de integrantes de altos tribunales a pesar de ni siquiera existir la competencia y el procedimiento reglado en el ordenamiento jurídico. Asimismo, la actividad de los jueces también no está exenta de amenazas o intimidaciones durante largos períodos de tiempo, en los que puede quedar mermada su integridad personal. El problema está en que el elemento de riesgo permanece desde antaño como una característica inherente de la actividad jurisdiccional, por lo menos en ciertos lugares específicos. Es decir, parece ilusorio querer ver el quehacer jurisdiccional libre en todo momento de amenazas de agentes externos. La cuestión, entonces, es que los riesgos no deben pasar cierto nivel de gravedad, que lleve incluso a verse en peligro la vida de los jueces.

VII. Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «El precio de ser (mujer) juez independiente en Guatemala», *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 96, diciembre de 2019, págs. 111-114.
- , *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, prólogo de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 2015.
- BECK, Rainer, *Otto Dix: 1891-1969. Zeit, Leben, Werk*, Constanza, Stadler, 1993.
- CARDOZO, Benjamin N. [1921], *La naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponsa, Granada, Comares, 2004.
- CEJIL, *Compendio de estándares internacionales para la protección de la independencia judicial*, San José (Costa Rica), CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional), 2019, https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio_de_estandares_judiciales_online.pdf
- DELGADO ÁVILA, Daniel, «El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, págs. 305-329, <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2011.11>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Juicio político a jueces, independencia judicial y desvío de poder (sobre el caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador)», en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. III, págs. 217-276, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3824/12.pdf>
- HAAS, Evelyn, «La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad», *Ius et Praxis*, año 10, núm. 1, 2004, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122004000100008>
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, «¿Juzgar a los juzgadores? Estándares interamericanos del juicio político contra jueces», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 47, enero-junio 2019, págs. 209-224, <https://www.ijf.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/revista/47/10%20ALFONSO%20HERRERA.pdf>
- HERZOGENRATH, Wulf y SCHMIDT, Johann-Karl, *Dix. Otto Dix zum 100. Geburtstag 1891-1991*, Stuttgart, G. Hatje, Galería Estatal de Stuttgart, 1991.
- IBÁÑEZ RIVAS, Juana M., «Artículo 8. Garantías judiciales», en STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Cristine (eds.) y URIBE GRANADOS, G. Patricia (coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2.ª ed., Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, págs. 256-322.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, «El papel del juez en una sociedad democrática», *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 18, 2018, <https://doi.org/10.17561/rej.n18.a5>

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, discurso de recepción leído el 23 de mayo de 2017, <https://www.racmyp.es/docs/academicos/665/discurso/d92.pdf>

Notas



Estado de alarma y COVID-19: el régimen administrativo sancionador en la Comunidad Autónoma de Euskadi

State of alarm and COVID-19: the administrative system of penalties in the Autonomous Community of the Basque Country

NOEMÍ ANGULO GARZARO

Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco
n-angulogarzaro@euskadi.eus

JOSÉ IGNACIO TEJERO YUSTOS

Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco
joseignacio.tejero@gmail.com

AMAYA ANGULO GARZARO

Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi
amaya.angulogarzaro@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.12>

LABURPENA: COVID-19k eragindako osasun publikoko larrialdi-egoera pandemiara igotzeak markatutako egoera batean, Espainiako Estatuak alarma-egoera deklaratzera erabaki zuen. Lehenik eta behin, alarma-egoera salbuespen-maila egokia den aztertuko dugu, Espainiako sistemak hautatu duen konfigurazioaren arabera —berezilea, gradualista izan beharrean—.

Jarraian aipatzen den osasun publikoko larrialdi-egoera pandemiara igotzearen ondorioz, berariaz aipatuko ditugu ezarritako zirkulazio-muga urratzean gerta daitezkeen administrazio-arloko arau-hausteak. Horrela, aztertu nahi dugu zein den zigor-gaitzespena kokatzeko araudi sektorial egokiena, eta zein den espedientea has-teko, izapidetzeko eta ebazteko agintaritzaren eskuduna.

Azkenik, labur-labur aipatuko dugu terminoak eteteak eta epeak geldiarazteak zer eragin duen dagokion zehapen-espediente administratiboaren izapidetzean.

HITZ GAKOAK: COVID-19. Koronavirusa. EAE. Administrazio-prozedura zeha-tzailea. Alarma-egoera.

ABSTRACT: In a scenario where the public health emergency situation caused by COVID-19 was considered to be pandemic, Spain decided to declare a state of alarm. First, we are going to study whether the state of alarm is the appropriate level of exceptionality, in the light of the configuration adopted by the Spanish system – a differentiating, rather than staggered one.

Next, we will make specific reference to the illicit acts of an administrative nature that may occur by violating the movement limitation imposed. Thus, we intend to analyze which the most appropriate sector-specific regulation to frame the punitive reproach and who the competent authority for the initiation, processing and resolution of the file should be.

Lastly, we will make a brief reference to the impact of the suspension of terms and the interruption of limitation periods regarding the corresponding sanctioning administrative proceedings.

KEYWORDS: COVID-19. Coronavirus. Autonomous Community of the Basque Country. Administrative sanction file. State of alarm.

RESUMEN: En un escenario marcado por la elevación a pandemia de la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, el Estado español decidió declarar el estado de alarma. De modo preliminar vamos a estudiar si el estado de alarma es el nivel de excepcionalidad adecuado, a la luz de la configuración por la que ha optado el sistema español —diferenciadora, en lugar de gradualista—.

A continuación, haremos específica referencia a los ilícitos de naturaleza administrativa en que se puede incurrir al vulnerar la limitación de circulación impuesta. Así, pretendemos analizar cuál es la normativa sectorial más adecuada para encuadrar el reproche punitivo, y cuál es la autoridad competente para la incoación, tramitación y resolución del expediente.

Por último, haremos una breve referencia a la incidencia que tiene la suspensión de términos e interrupción de plazos sobre la tramitación del expediente administrativo sancionador correspondiente.

PALABRAS CLAVE: COVID-19. Coronavirus. CAE. Procedimiento administrativo sancionador. Estado de alarma.

Trabajo recibido el 8 de abril de 2020
Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. Sobre el estado de alarma: del estado excepcional en tiempos de pandemia.—III. La ley sectorial aplicable: incidencia en la competencia para incoar, tramitar y resolver. 1. La Ley de Seguridad Ciudadana: la idónea. 2. La Ley de Salud Pública: la necesaria, si la conducta afecta —además— la salud. 3. La Ley de Protección Civil: la inevitable, si la conducta supone —además— una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad.—IV. El procedimiento administrativo sancionador en la Ley de Seguridad Ciudadana durante el estado de alarma. 1. Sobre el plazo para incoar, tramitar y resolver: ni suspendido, ni interrumpido. A. La suspensión del procedimiento y sus excepciones: en concreto, el estrecho vínculo con los hechos justificativos del estado de alarma. B. El procedimiento abreviado: la posibilidad de solicitar aplazamiento o fraccionamiento de la deuda y conservar la reducción del importe de la multa. C. La instrucción del procedimiento: el ejercicio de derechos y obligaciones por parte del administrado durante el estado de alarma. 2. Sobre el plazo para recurrir: interrumpido.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.—VII. Referencias normativas. 1. Ámbito internacional. 2. Ámbito nacional. 3. Ámbito autonómico

I. Introducción

El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informó a la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) de la existencia de un grupo de 27 casos (de ellos, 7 graves) de neumonía de etiología desconocida, con una exposición común a un mercado mayorista de marisco, pescado y animales vivos de Wuhan (1).

(1) DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD PÚBLICA, CALIDAD E INNOVACIÓN, «Información Científica-Técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19», 26 de marzo de 2020, versión 2, en *Ministerio de Sanidad*, https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200326_ITCoronavirus.pdf (última consulta: 01.04.2020), pág. 1.

Esta comunicación por parte de Wuhan se hizo de conformidad con la obligación contenida en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), puesto que, conforme a este acuerdo internacional: «Adopted by 194 states, the Regulations essentially impose a universal duty on all states to prevent the spread of disease domestically and internationally and to respond to infectious outbreaks», en DOPPLICK, R., «Swine Flu: Legal Obligations and Consequences When the World Health Organization Declares a 'Public Health Emergency of International Concern'», 30 de abril de 2009, en *Inside Justice*, http://www.insidejustice.com/intl/2009/04/30/swine_flu_who_pheic/ (última consulta: 01.04.2020).

Así, los Estados Miembros de la OMS tienen 24 horas para informar a la OMS de posibles riesgos para la salud pública si, sobre la base del siguiente algoritmo de decisión, se responden afirmativamente dos de las cuatro preguntas siguientes: ¿Es grave el impacto del evento en la salud pública?; ¿El evento es inusual o inesperado?; ¿Existe un riesgo significativo de propagación internacional?; ¿Existe un riesgo significativo para los viajes internacionales o las restricciones comerciales? Véase artículo 6.1 del Reglamento Sanitario Internacional y, por referencias, el Anexo 2 «Instrumento de decisión para la evaluación y notificación de eventos que pueden constituir una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional» del Reglamento Sanitario Internacional.

El Director de la OMS, por recomendación del Comité de Emergencias establecido en el Reglamento Sanitario Internacional (2005), declaró el 31 de enero de 2020 que el brote de nuevo coronavirus 2019 (en adelante, COVID-19, con referencia a la denominación que recibe el cuadro clínico asociado al virus; atendiendo al agente causante de la enfermedad —un virus de la familia *coronaviridae*—, éste se ha denominado como SARS-CoV-2) en la República Popular de China era una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) (2). El objetivo principal de declarar una ESPII era garantizar la seguridad sanitaria poniendo todo el sistema mundial en alerta para, en primer lugar, vigilar el evento y evaluar rápidamente el riesgo, y, en segundo lugar, favorecer la comunicación de la información necesaria para la toma de decisiones y la coordinación eficaz de las actividades de respuesta (3).

La OMS, el 11 de marzo de 2020, elevó a pandemia la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, dado que se trataba de una enfermedad epidémica que se extendía en varios países del mundo de manera simultánea (4). Como consecuencia, la OMS solicitó a todos los países: activar y ampliar los mecanismos de respuesta a emergencias; comunicar a las personas los riesgos y cómo pueden protegerse; y encontrar, aislar, probar y tratar cada caso de COVID-19 y rastrear a las personas con las que haya estado en contacto (5).

(2) DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD PÚBLICA, CALIDAD E INNOVACIÓN, «Valoración de la declaración del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)», 31 de enero de 2020, en *Ministerio de Sanidad*, https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Valoracion_declaracion_emergencia_OMS_2019_nCoV.pdf (última consulta: 01.04.2020), págs. 1-2: «Una ESPII se define en el RSI (2005) como “un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y podría exigir una respuesta internacional coordinada”. Esta definición implica que la situación es: (1) grave, inusual o inesperada; (2) tiene implicaciones para la salud pública que van más allá de las fronteras del Estado afectado; y (3) puede necesitar una acción internacional inmediata».

Desde la entrada en vigor del Reglamento Sanitario Internacional —15 de junio de 2007 para los Estados indicados en el Apéndice 1, salvo para EEUU, que entró el 18 de julio de 2007; para India, que entró el 8 de agosto de 2007; y para Montenegro, que entró el 5 de febrero de 2008— hasta el 2020, sólo se habían declarado 5 ESPII: la gripe pandémica A (H1N1), el 25 de abril de 2009; la diseminación internacional del poliovirus salvaje, el 5 de mayo de 2014; la epidemia por el virus ébola en África Occidental, el 8 de agosto de 2014; los casos de malformaciones congénitas y otros trastornos neurológicos en relación con el virus del zika, el 1 de febrero de 2016; y la epidemia por el virus ébola en la República del Congo, el 18 de octubre de 2019.

(3) *Supra*, pág. 3.

(4) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «WHO characterizes COVID-19 as pandemic», 11 de marzo de 2020, en *OMS*, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (última consulta: 01.04.2020). En aquellos momentos, hasta ese 11 de marzo de 2020 se habían reportado 118.000 casos de infectados en 114 países y 4.291 fallecidos.

(5) *Supra*: «I remind all countries that we are calling on you to activate and scale up your emergency response mechanisms; communicate with your people about the risks and how they can

En este escenario, el Estado español decidió decretar el estado de alarma: RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que ha tenido sucesivas prórrogas (en adelante, RD 463/2020) (6).

En el presente estudio pretendemos analizar aspectos exclusivamente relacionados con los ilícitos de naturaleza administrativa: determinadas conductas, por su entidad y por las circunstancias concurrentes —no habiéndose perfeccionado los extremos necesarios para aplicar el tipo penal— no son constitutivas de delito y, por ende, no son objeto de reproche penal. Esto nos exigirá referirnos, si bien brevemente, a la tipificación contenida en el Código penal para los delitos de resistencia o desobediencia grave a la autoridad (artículo 556), pero, en cualquier caso, nuestro objeto de estudio se centrará en los aspectos que consideramos que, por lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador, han sido clave en el estado de alarma.

II. Sobre el estado de alarma: del estado excepcional en tiempos de pandemia

El artículo 116.2 CE dispone lo siguiente (7):

El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo

protect themselves – this is everybody’s business; find, isolate, test and treat every case and trace every contact; ready your hospitals; protect and train your health workers. And let’s all look out for each other, because we need each other».

(6) RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 67, de 14 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692> (última consulta: 02.04.2020); RD 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 86, de 28 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4155.pdf> (última consulta: 03.04.2020); RD 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 101, de 11 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4413> (última consulta: 01.06.2020); RD 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 115, de 25 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4652> (última consulta: 01.06.2020); RD 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 129, de 9 de mayo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4902> (última consulta: 01.06.2020).

(7) Constitución española, Constitución española, *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (última consulta: 07.04.2020).

máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

En efecto, cuando concurren circunstancias extraordinarias que hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes, procederá declarar los estados de alarma, excepción o sitio (8). La declaración de uno de esos estados excepcionales obedece a la necesidad del Estado de protegerse y comporta un fortalecimiento del poder de dirección del ejecutivo, así como una alteración de la organización de poderes y una posible suspensión de derechos individuales (9). En el caso concreto del estado de alarma, el ejercicio de algunos derechos puede ser sometido a determinadas limitaciones, pero no puede suspenderse: es decir, mientras que la limitación supone restringir de alguna forma las posibilidades de actuación que un derecho ofrece a su titular, la suspensión impide el ejercicio del derecho en cualquiera de sus modalidades, por lo que no sólo limita o restringe, sino que prohíbe (10).

(8) Artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774> (última consulta: 03.04.2020).

A este respecto, con referencia a la situación pandémica, el prof. ÁLVAREZ GARCÍA recuerda que el principio de proporcionalidad (y, en concreto, el subprincipio de intervención menos lesiva) impide el recurso al estado de alarma «si fuese evidente que, con otros medios jurídicos ofrecidos por la legislación ordinaria específicamente sanitaria o de otra índole (pienso en la legislación sobre protección civil o de seguridad nacional), se pudiese hacer frente de manera efectiva a la situación de crisis»; en definitiva, «los supuestos fácticos descritos [en la regulación legal del estado de alarma] deben venir cualificados por una gravedad tal que haga que razonablemente sólo puedan ser superadas las situaciones de peligro mediante el recurso a este estado excepcional», véase ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núm. 86-87 [págs. 6-21], pág. 11.

(9) ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011 [págs. 305-334], pág. 317. Así, el prof. COTINO HUESO puntualiza que «no se trata de una derogación, pues el Derecho ordinario sigue vigente, pero no se aplica en lo que sea contrario al Derecho de necesidad», COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87 [págs. 88-101], pág. 90.

(10) ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», *op. cit.*, pág. 334.

Conforme al prof. COTINO HUESO: «la suspensión supone una desconstitucionalización, una habilitación al regulador para la supresión temporal de la vigencia de la norma. Si se produce, decae el régimen de garantías ordinario de los derechos fundamentales que garantiza la Constitución. En consecuencia, el régimen del derecho suspendido pasa a ser el que se establezca por la legislación de excepción y la normativa oportuna. [...] No cabe la suspensión de derechos en el estado de alarma (art. 55. 1.º CE). Sin embargo, también bajo el estado de alarma hay un desplazamiento de la legalidad ordinaria», véase COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales...», *op. cit.*, págs. 92-93.

El COVID-19 ha provocado una situación de emergencia sanitaria que está suponiendo alteraciones graves de la normalidad, por lo que el Gobierno central ha considerado que se cumplen los supuestos de hecho descritos en los epígrafes b) y d) del artículo 4 de LO 4/1981 y, sobre esa base, ha declarado el estado de alarma (11):

Artículo 4. El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad. [...] b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

El estado de alarma es una situación de anomalía social que implica la existencia de unas alteraciones importantes en la colectividad, pero que no tienen trascendencia para poner en peligro la vida del Estado, mientras que los estados de excepción y sitio son situaciones de anomalía estatal, que afectan a la vida y seguridad del Estado; por lo tanto, siendo situaciones cualitativamente distintas entre sí —de un lado, el estado de alarma, y de otro, el de excepción y el de sitio—, sería incorrecto considerar que la evolución de la pandemia puede llevar a una pacífica transición de un nivel a otro de excepcionalidad, siendo la alarma el más leve y el sitio el más grave: el estado de alarma nace de circunstancias naturales o materiales, mientras que el de excepción y el de sitio son de naturaleza eminentemente política (12).

Parece razonable concluir que mientras la amenaza al orden constitucional del Estado persista, la graduación por la que se ha optado —estado de alarma— permanecerá inalterada, puesto que el declarante del

(11) Compilando las voces críticas con la declaración del estado de alarma —en concreto, disconformes con su adecuación jurídica para limitar de forma casi total la libertad de circulación—, véase NOGUERIA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87 [págs. 22-31], pág. 28.

(12) Véase SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Crónica Parlamentaria», en *REDC*, núm. 18, pág. 270, citado en ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», *op. cit.*, pág. 330. A este respecto, los profesores ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ-DÍEZ concluyen que «parece incontrovertible que durante la lucha contra las epidemias [la limitación de la libertad de circulación de las personas] puede ser necesaria. Lo que habrá que repensar en el futuro es si, de verdad, existe alguna línea de separación entre una limitación de movimientos como un confinamiento de las dimensiones que estamos viviendo estos días y la suspensión de la libertad de circulación», en ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ-DÍEZ, «Coronavirus y Derecho (XX): Las diferencias entre los estados constitucionales de alarma y de excepción», de 22 de abril de 2020, en *Foro Ciencias Sociales y Jurídicas*, pág. 7.

estado excepcional —el Gobierno central— ya realizó en el momento de la declaración un test de proporcionalidad y, sobre la base de las circunstancias concretas de esta situación —que, recordemos, es una emergencia sanitaria, de naturaleza no política, no producida por decisiones o actuaciones con motivación política—, determinó que esa era la graduación adecuada(13). En definitiva, dado que el legislador ha optado por configurar los tres posibles estados como tres institutos diferentes, en cuanto que cada uno de ellos está pensado para un tipo de emergencia distinto, no se puede pasar de uno a otro en orden de graduación, sino que cada uno de ellos tiene su régimen de declaración(14).

Conforme al artículo 7 del RD 463/2020, la libertad de circulación se restringe de manera que únicamente se permite la circulación por las vías o espacios de uso público de manera individualizada para ciertas actividades: «a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios; c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial; d) Retorno al lugar de residencia habitual; e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables; f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros; g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad; h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza».

Ciertamente el artículo 11 de LO 4/1981 hace referencia a la posibilidad, en estado de alarma, de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos», por lo que permitir la circulación

(13) En efecto, como recuerda el prof. ARNALDO ALCUBILLA, «el derecho a la salud, o mejor el derecho a la protección de la salud que, como derecho individual se sustenta no solamente en la auto-defensa o autoprotección sino que está ínsitamente ligado a un deber prestacional por parte de los poderes públicos, es el primero de todos los derechos en cuanto que es el sustento del derecho a la vida y a la integridad física»; aunque, con referencia a su colusión con otros derechos fundamentales, como el de reunión, matiza: «En ningún caso y bajo ninguna circunstancia cabría justificar el sacrificio del derecho a la salud, pero el sacrificio del derecho de reunión y manifestación no puede justificarse sobre la base de vagos temores, riesgos genéricos o hipótesis basadas en posibles excesos o faltas de responsabilidad individual», ARNALDO ALCUBILLA, E., «*Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio*», en *Diario La Ley*, núm. 9637, 21 de mayo de 2020.

(14) Como explica la Prof. ABA CATOIRA, haciendo referencia al Prof. PÉREZ ROYO, si bien la Constitución española no contiene los supuestos en los que cabe declarar cada uno de los estados excepcionales y, por lo tanto, ha correspondido al legislador acometer esa tarea, el constituyente tenía dos opciones: (a) la gradualista y (b) la diferenciadora. Conforme a la opción (a) gradualista, se contempla una emergencia única en la que los tres estados —de más o menos intensidad— serán los escalones sucesivos en la respuesta a la emergencia; mientras que conforme a la opción (b) diferenciadora, se prevé la declaración de tres posibles estados configurados como tres institutos diferentes, en cuanto que cada uno de ellos estará pensado para un tipo de emergencia distinto, por lo que no se pasa de uno a otro en orden de graduación sino que cada uno de ellos tiene su régimen de declaración, véase ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 325-326.

únicamente en ciertos supuestos tasados puede ser percibido como una supresión —más propia de un estado de excepción— que va más allá de la mera restricción (15).

La Constitución española, en su artículo 55.1, prevé qué derechos pueden ser suspendidos en estado de excepción o estado de sitio: «los derechos reconocidos en los artículos 17 [libertad personal], 18, apartados 2 [inviolabilidad del domicilio] y 3 [secreto de comunicaciones], artículos 19 [libertad de residencia y circulación], 20, apartados 1, a) y d), y 5 [libertad de expresión], artículos 21 [libertad de reunión], 28, apartado 2 [derecho a la huelga], y artículo 37, apartado 2 [adopción de medidas de conflicto colectivo], podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución». Y, continúa el artículo 55.1 CE, «se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción», por lo que se limita a la declaración del estado de sitio la suspensión del derecho a ser informado inmediatamente, y de modo que sea comprensible, de los derechos y razones de la detención.

En efecto, el artículo 13.2.a) de LO 4/1981 limita restrictivamente a esa enumeración constitucional de derechos la solicitud de suspensión:

Artículo trece. [...] Dos. A los anteriores efectos, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener los siguientes extremos:

- a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado uno del artículo cincuenta y cinco de la Constitución.

Por lo tanto, cualquier otra afectación de un derecho no contenido en esa enumeración, si conlleva su suspensión, está proscrita (16).

(15) Por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial de la restricción, el RD 463/2020 declara el estado de alarma, *ex* artículo 2, en todo el territorio nacional.

(16) Se ha argumentado que, con respecto al estado de excepción, el artículo 20 de LO 4/1981 fija ciertos límites y garantías que modulan la suspensión de los derechos que en el estado de excepción son susceptibles de ser suspendidos. En concreto, comparando esos límites con el alcance de la suspensión de la libertad de circulación prevista en el artículo 7 del RD 463/2020 podría pensarse que han sido excedidos, pues en el estado de excepción se prevé el establecimiento de un régimen de comunicación previa de todo desplazamiento fuera del lugar de residencia habitual (artículo 20.3 de la LO 4/1981), sin embargo, LEIVA ESCUDERO explica que, en verdad, esa medida de comunicación previa supone la implantación de un régimen más restrictivo, puesto que significa un régimen de control previo del movimiento; en concreto, LEIVA ESCUDERO subraya que «Si el motivo del desplazamiento no se ajusta a las causas del art. 7 del Decreto 463/2020 dicho desplazamiento será ilícito y podrá generar consecuencias sancionadoras, pero no hay un control administrativo previo

Como hemos visto, la elección del grado de estado excepcional obedece a una perspectiva diferenciadora, no a una gradualista, por lo que cada uno de esos estados está pensado para un tipo de emergencia distinto. En este caso, la pandemia aparece expresamente entre los supuestos que darán lugar a la declaración del estado de alarma, por lo que el Gobierno central no está en disposición de poder optar por otro grado de estado excepcional, teniendo, además, que constreñir su acción a las limitaciones propias de este nivel de excepcionalidad: en estado de alarma no se pueden suspender derechos, hasta el punto de que «la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en [la LO 4/1981] producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes» (artículo 55.2 CE).

El Gobierno central, sobre la base de que los acontecimientos le han llevado a tener que adoptar medidas que podrían percibirse como más propias de un grado superior de excepcionalidad —del estado de excepción—, no puede modular la graduación del estado excepcional. Como decíamos, el estado de excepción, en su configuración actual, es una institución distinta del estado de alarma, prevista para «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad o cualquier otro aspecto del orden público resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para establecerlo y mantenerlo» (artículo 13 de LO 4/1981). En consecuencia, el Gobierno central debe abstenerse de extralimitarse en las facultades que la declaración del estado de alarma le confiere: la situación y circunstancias concurrentes permiten la declaración de un determinado estado excepcional —en este caso, el de alarma— y, una vez identificado el grado, las medidas disponibles serán las que correspondan a ese nivel de excepcionalidad —no se permite la suspensión de derechos—, sin que pueda operarse una fácil transición a un grado excepcional superior por el mero hecho de que sea necesario adoptar medidas que excederían las adoptables en un estado de alarma⁽¹⁷⁾. El paso a un estado de excepción habría de traer obligatoria

ni una prohibición expresa de la autoridad *ex ante* (la cual, en caso de incumplimiento, podría agravar las consecuencias sancionadoras)», en LEIVA ESCUDERO, G., «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus COVID-19», en *Diario La Ley*, núm. 9636, 20 de mayo de 2020.

(17) La declaración del estado alarma, empero, ha afectado la libertad de circulación y de residencia (artículo 19 CE), el derecho de reunión y manifestación (artículo 21 CE), la libertad de culto (artículo 16 CE) e, incluso, como pone de relieve el prof. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, el derecho de sufragio (artículo 23 CE), puesto que se suspendieron las elecciones autonómicas gallegas y vascas. Para un análisis sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el RD 463/2020, así como de los instrumentos normativos aprobados durante el estado de alarma, véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas

causa de que se cumpliera el supuesto de hecho descrito en el artículo 13 de LO 4/1981, no de que el abanico de medidas disponibles sea insuficiente.

El primer estado de alarma desde la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 fue el declarado el 4 de diciembre de 2010, por RD1673/2010, ante el abandono masivo de los controladores aéreos de sus puestos en las torres de control (18).

El Tribunal Constitucional, con ocasión de esa declaración de estado de alarma del 4 de diciembre de 2010, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza normativa de la decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma, reconociendo el valor de ley tanto del RD que declara el estado de alarma como el del RD que lo prorroga (19):

«[...] Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma.

Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se pro-

constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», en *Diario La Ley*, núm. 9634, 18 de mayo de 2020, quien, además de en el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, también sitúa el foco en el muy abultado número de Reales Decretos-leyes y en las Órdenes Ministeriales, que en algunos supuestos han incidido en textos legales. Ejemplo de ello es, como apunta el prof. COTINO HUESO, la modificación operada por el RDL 6/2020, de 10 de marzo, que ha reformado el artículo 4 de la LO 3/1986, de 14 de abril: si bien «puede decirse que el precepto reformado no era materialmente orgánico y se daba una congelación de rango [...] sólo el TC puede declarar que una ley orgánica no lo es materialmente», véase COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales...», *op. cit.*, pág. 89.

(18) Véase, sobre la génesis del problema que derivó en la huelga de controladores de 2010 y la consiguiente declaración del estado de alarma por parte del Gobierno central, ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», *op. cit.*, págs. 313-315.

RD 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, *BOE* núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-18683> (última consulta: 03.04.2020); estado de alarma éste que fue prorrogado por RD 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, *BOE* núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19462> (última consulta: 03.04.2020).

(19) Sentencia 83/2016, del Tribunal Constitucional, de 28 de abril, ECLI:ES:TC:2016:83, *BOE* núm. 131, de 31 de mayo de 2016, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24935> (última consulta: 03.04.2020), FJ 10.

rroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización *ad extra* de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos, bien haciendo suyos los propuestos por el Gobierno en la solicitud de prórroga, bien estableciéndolos directamente. Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización».

A pesar de esa posición en la pirámide normativa, dado que el artículo 10.1 de LO 4/1981 establece que «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes» —reproducido con identidad mimética en el artículo 20 del RD 463/2020—, habrá de recurrirse a la legislación sectorial aplicable en cada caso para determinar el reproche punitivo de los incumplimientos(20).

III. La ley sectorial aplicable: incidencia en la competencia para incoar, tramitar y resolver

En el presente estudio vamos a centrarnos en la vulneración prototípica del estado de alarma: no respetar injustificadamente el confinamiento(21).

(20) LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», en *Revista publicada por Gómez-Acebo y Pombo*, marzo de 2020, pág. 3. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/analisis-de-urgencia-de-las-medidas-administrativas-del-estado-de-alarma-2/> (última consulta: 03.04.2020).

Con referencia expresa al recurso a la constitucionalidad de la declaración del estado de alarma, LEIVA ESCUDERO recuerda que: «las medidas se adoptan mediante un Decreto que no es un Decreto de rango reglamentario sino un acto con fuerza de ley. [...] Se puede decir que el Decreto de declaración determina el tránsito a un régimen jurídico excepcional, el cual viene fijado en dicho Decreto, y que supone que las leyes únicamente resultan aplicables en la medida en que no hayan sido o deban entenderse suspendidas, modificadas o excepcionadas por el régimen fijado en el Decreto. Supone pues una auténtica alteración del ordenamiento jurídico y del sistema de fuentes», véase LEIVA ESCUDERO, G., «Constitucionalidad de las restricciones...», *op. cit.*

(21) Conforme al Informe de la Abogacía General del Estado relativo a una consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma, de 2 de abril de 2020,

Es indudable la necesidad de una remisión como la contenida en la LO 4/1981 y reproducida en el RD 463/2020: «el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes». Ello permite que, atendiendo a la gravedad de la conducta, ésta sea constitutiva de un ilícito penal o lo sea de un ilícito administrativo, sin que sea el propio texto de declaración del estado excepcional el que, de un lado, valore la naturaleza —penal o administrativa— del reproche que ha de merecer la conducta, y, de otro, compile todos los extremos que las normas sancionadoras sectoriales contienen a los efectos de evaluar —y, en su caso, modular— la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (22).

Con relación a los ilícitos penales, todos ellos están tipificados en el Código penal; mientras que, con relación a los ilícitos administrativos, la normativa sectorial que puede aplicarse para determinar el reproche punitivo es más variada: la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LSC); la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (en adelante, LPC); y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante, LGSP) (23). De-

pág. 6: «la tipificación de cada concreta infracción exigirá una labor casuística de examen y valoración de los hechos denunciados, de la que dependerá la posterior operación de calificación jurídica o subsunción de los hechos en una u otra infracción de las legalmente tipificadas, siendo la posible casuística [...] muy diversa». Por ello, subraya que «a los efectos de favorecer esa labor de tipificación resulta necesario, como premisa previa, que los agentes de la autoridad [...] documenten sus denuncias y atestados con la mayor precisión y grado de detalle posible, pues dichas denuncias constituyen, además, el medio principal de prueba en los procedimientos sancionadores respectivos», pág. 5.

(22) Esta inexistencia de un régimen sancionador específico excepcional conlleva la necesidad de acudir al ordenamiento jurídico ordinario y «al no establecer concretas sanciones al incumplimiento de los mandatos y prohibiciones previstos [...] remite ese juicio a la propia Administración que debe ejecutar el Real Decreto [...], son ellos los que están habilitados para seleccionar discrecionalmente qué infracción se comete —dentro de las previstas por las leyes sectoriales del derecho ordinario de emergencia— y qué sanción le corresponde», véase AMOEDO-SOUTO, C.A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87 [págs. 66-76], pág. 71.

(23) Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442> (última consulta: 07.04.2020); Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2015, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7730-consolidado.pdf> (última consulta: 05.04.2020); Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, *BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623> (última consulta: 05.04.2020).

El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente pueden ser constitutivos de delitos de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia, tipificados de forma específica en los artículos 550 a 556 del Código penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (última consulta: 05.04.2020).

pendiendo de qué norma apliquemos, variará la autoridad competente para instruir el procedimiento y para resolverlo (24).

Como anunciábamos, vamos a centrarnos únicamente en la conducta que, a la luz de la gran cantidad de juicios que están teniendo ya lugar, es objeto de la práctica totalidad de las denuncias por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado —salir a la calle por una causa no justificada, con todas sus variantes: negativa a identificarse, agresión a la autoridad...— (25). Y, en concreto, vamos a analizar la competencia para la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores por conductas cometidas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, CAE).

(24) Informe de la Abogacía General del Estado, de 2 de abril de 2020, pág. 5: «Las infracciones que se consideran pueden tener encuadre en distintos bloques normativos, lo que, *ratione materiae*, determina la competencia de una u otra Administración territorial».

Sobre la sucesión de pareceres jurídicos y pronunciamientos por medio de informes y comunicaciones, la prof. LOZANO CUTANDA resume lo acontecido en los siguientes términos: «Sin embargo, la cuestión no es sencilla y ha dado lugar a que se mantengan criterios discrepantes por varias Abogacías del Estado. Para poner fin a la controversia, la Abogacía General del Estado emitió un informe, fechado el 2 de abril de 2020, en el que se pronunció sobre “tipificación y a la determinación de la competencia administrativa para tramitar y resolver los procedimientos sancionadores que se incoan por incumplimientos de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma”. Pero, a su vez, el Ministerio del Interior ha contradicho las conclusiones de este informe, en un aspecto tan relevante como es la tipificación de las conductas, en su comunicación a los delegados del Gobierno “sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del art. 36.6 de la Ley Orgánica, de 30 de marzo, de protección de seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción” (fechado el 14 de abril)», véase LOZANO CUTANDA, B., «¿Qué se puede sancionar en el incumplimiento del estado de alarma?», en *Diario La Ley*, núm. 9636, 20 de mayo de 2020.

(25) Por todas, y sin ánimo de ser exhaustivos, pues, por razones de espacio nos es imposible recopilarlas todas, al ser muy numeroso el número de sentencias dictadas: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vilagarcía de Arousa, de 27 de marzo de 2020, ECLI:ES:JPII:2020:3, por la que se condena a una pena de 100 días de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por un delito de desobediencia grave, penado y previsto en el artículo 556.1 del Código penal; Sentencia 41/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Carballo, de 24 de marzo de 2020, ECLI:ES:JPII:2020:4, por la que se condena a una pena de cuatro meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros por un delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad, penado y previsto en el artículo 556.1 del Código penal; Sentencia 42/2020 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Carballo, de 29 de marzo de 2020, ECLI:ES:JPII:2020:5, por la que se condena a una pena de cuatro meses de multa con una cuota diaria de tres euros por un delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad, penado y previsto en el artículo 556 del Código penal; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Granadilla de Abona, de 30 de marzo de 2020, ECLI:ES:JPII:2020:6, por la que se condena a las penas de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por un delito de desobediencia grave, penado y previsto en el artículo 556 del Código penal; Sentencia 12/2020, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Corcubión, de 1 de abril de 2020, ECLI:ES:JPII:2020:7, por la que se condena a una pena de ocho meses de multa con cuota diaria de seis euros por un delito de desobediencia grave a agentes de la autoridad, penado y previsto en el artículo 556 del Código penal.

1. La Ley de Seguridad Ciudadana: la idónea

El RD 463/2020 habilita, en su artículo 4.3, a los Ministros designados como autoridades competentes delegadas para dictar las órdenes que, en la esfera de su específica actuación sean necesarias para la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares. El Ministerio de Interior —autoridad competente delegada en su área de responsabilidad, *ex* artículo 4.1.b) del RD 463/2020— ha hecho uso de esa habilitación y ha dictado una Orden cuyo objeto es, con relación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, impartir directrices para adecuar al ámbito competencial del Ministerio de Interior las medidas contenidas en el RD 463/2020 (punto primero, 2.a); y, con relación tanto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como a los Cuerpos de Policía Autonómicos, las Policías Locales y el personal y empresas de seguridad privada, garantizar una acción concertada de todas ellas (punto primero, 2.b).

En esta Orden, el Ministerio de Interior ha hecho mención expresa al artículo 36.6 LSC (punto quinto: régimen sancionador) (26):

«4. Igualmente, el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, considera como infracción grave, la desobediencia o la resistencia a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación».

Por lo tanto, cuando por su entidad los ilícitos no son constitutivos de infracción penal —artículos 550 a 556 del Código penal: delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia—, la norma adecuada para la sanción de estas desobediencias leves es la LSC.

El artículo 36.6 LSC establece que:

«La desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean

(26) Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE*, núm. 68, de 15 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3694> (última consulta: 05.04.2020)

constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la negación de facilitar datos o aportación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación».

Esta infracción está calificada como grave y comporta una multa de entre 601 y 30.000 euros.

De las conductas tipificadas en ese precepto —1) desobediencia; 2) resistencia; 3) negativa a identificarse; 4) negación a facilitar datos; (5) aportación de datos falsos o inexactos—, la que puede plantear más cuestiones es la primera: ¿sólo por salir injustificadamente a la calle se estaría infringiendo ese precepto?

Hemos de recordar que el RD 463/2020 tiene, como ha declarado el Tribunal Constitucional, rango de ley. Lo en él contenido es lo que ordena la autoridad competente, que, conforme al artículo 4.1 de ese texto normativo, es el Gobierno central:

«A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno».

Así, la inobservancia de la obligación de no circular —salvo que concurra alguna de las causas que justificarían la deambulación— (artículo 7 del RD 463/2020) ha de ser entendida como una desobediencia a la autoridad (27).

El tipo sitúa al mismo nivel la desobediencia (a) a la autoridad y (b) a los agentes de esa autoridad, por lo que, visto el rango normativo del RD, y la claridad de la formulación de la limitación —«las personas únicamente podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las siguientes actividades»—, una vulneración de esa restricción a la circulación supondría desobedecer a la autoridad en el sentido del artículo 36.6 LSC. La advertencia por parte de los agentes simplemente sería una reiteración de esa orden preexistente que emana de la autoridad y está contenida en el artículo 7.1 del RD 463/2020 (28). No es

(27) Sino podría llegar a frustrarse la finalidad de la norma, que, de naturaleza excepcional, tiene por objeto «propiciar el máximo aislamiento social de la población y, con ello, evitar las cadenas de contagio del coronavirus», dado que «hasta donde sabemos, es la profilaxis higiénica y el distanciamiento respecto de las personas lo que impide o cuando menos mitiga la cadena de contagios [...]. Parece razonable, pues, extender sobre el Real Decreto 463/2020 una presunción general de validez fundada en el principio de precaución sanitaria, hoy reconocido por el artículo 3.d) de la Ley 33/2011, general de Salud Pública», véase AMOEDO-SOUTO, C.A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso...», *op. cit.*, pág. 69.

(28) De otro modo se vaciaría de contenido la referencia «a la autoridad» —equiparable a «sus agentes en el ejercicio de sus funciones», pues así lo ha querido el legislador, ya que ambos grupos nominales están separados por la conjunción disyuntiva «o»— del artículo 36.6 LSC.

necesaria una amonestación previa de los agentes para que la conducta sea susceptible de reproche punitivo (29).

Por lo que respecta a la competencia para incoar, tramitar y resolver, si bien el artículo 4 del RD 463/2020 declara autoridad competente al Gobierno central a los efectos del estado de alarma, ello no es incompatible con la permanencia de las competencias de gestión ordinaria en manos de las Administraciones autonómicas. De modo análogo, la posibilidad que recoge el artículo 5.1 de que los cuerpos de policía de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales queden bajo las órdenes directas del Ministerio de Interior a los efectos del RD 463/2020, se limita a lo necesario para la protección de las personas, bienes y lugares, y no supone el establecimiento de una dependencia de esos cuerpos del Ministerio del Interior, por lo que la competencia de las autoridades de que dependen esos cuerpos policiales se mantiene inalterada (30).

(29) En contra, la Abogacía General del Estado, en su Informe de 2 de abril de 2020, considera que: «El artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2015 tipifica una infracción administrativa derivada no de la mera contravención de una norma jurídica [...], sino del desconocimiento del principio de autoridad, que entraña un reproche o desvalor adicional. Cuando quien actúa investido legalmente de la condición de autoridad no es obedecido por un particular, esa conducta merece un reproche adicional al que conlleva el previo incumplimiento de la normativa vigente [...] la desobediencia precisa necesariamente de un requerimiento expreso e individualizado [...]. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento». Sin embargo, esa postura, defendida por el Tribunal Supremo, es predicable para los ilícitos de naturaleza penal, puesto que «el delito de desobediencia solo podrá entenderse cometido cuando exista un previo requerimiento personal, hecho nominalmente a la persona concreta que supuestamente desobedece, para que modifique su comportamiento» porque «solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa», véase, por todas, Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Vitoria-UPAD Penal, de 11 de mayo de 2020, ECLI:ES:JP:2020:16, FFjj. 2 y 3, y jurisprudencia en ella citada.

Sin embargo, en primer lugar, el reproche administrativo no presenta esa nota característica propia de la desobediencia en el ámbito penal; y, en segundo lugar, no podemos hablar de que el mandato contenido en el RD 463/2020 sea, precisamente, abstracto: el mandato por el que se limitaba la libre deambulacion por las vías públicas era de público conocimiento y su alcance había recibido la más amplia difusión. El carácter personal del requerimiento adquiere relevancia con relación a la comisión de un delito de desobediencia —que, en tanto que reproche de naturaleza penal, obliga a la apreciación de ciertos matices—, pero no para la comisión de la conducta ilícita —de naturaleza administrativa— del artículo 36.6 LSC. En conclusión, en este estado excepcional, un incumplimiento de la limitación de libre circulación sería administrativamente reprochable puesto que es constitutivo de una infracción: desobediencia del artículo 36.6 LSC.

(30) Así, el artículo 5.3 del RD 463/2020 hace una expresa referencia a los cuerpos propios de las Comunidades Autónomas (Ertzaintza, Mossos d'Esquadra, Policía Foral de Navarra y Cuerpo General de la Policía Canaria) para, dada la inexistencia de dependencia, aclarar que serán las Comisiones de Seguimiento y Coordinación previstas en las respectivas Juntas de Seguridad las que establezcan los mecanismos necesarios para asegurar el cumplimiento de las órdenes directas del Ministro del Interior y el correcto ejercicio de las concurrentes facultades de los agentes de la autoridad.

En esta misma línea, la antecitada Orden INT/226/2020 aclara que «los Directores Generales de la Policía y de la Guardia Civil, así como las Autoridades de las que dependen los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales estarán sujetos a las órdenes del Ministro del Interior y a las que, bajo su autoridad, emanen de las Autoridades y órganos direc-

En cualquier caso, la apriorística idoneidad de la LSC para sancionar el supuesto prototípico de incumplimiento del confinamiento no obsta para que pueda apreciarse que, en determinadas circunstancias, es necesario recurrir a otras normas sectoriales, por contener éstas una tipificación más amplia para dar cabida represiva a ese tipo de supuestos específicos. Esto ocurre, por ejemplo, en los supuestos en los que, además de no respetar el confinamiento, el infractor lleva a cabo una práctica que es apta para comportar un daño efectivo y cierto para la salud, o lo es para poner en muy grave riesgo la seguridad de las personas o bienes.

2. La Ley de Salud Pública: la necesaria, si la conducta afecta —además— la salud

Por lo que respecta a una conducta en la que haya concurrido un riesgo de dañar la salud, como punto de partida debemos subrayar que el principio *non bis in idem* proscribire la imposición de dos sanciones a un mismo sujeto por un mismo hecho y sobre la base del mismo fundamento⁽³¹⁾. Precisamente, en el artículo 56.3 LGSP aparece positivizado en los siguientes términos:

«No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento».

tivos de este Departamento en sus respectivos ámbitos de competencia, y tomarán las oportunas disposiciones operativas y organizativas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y la cobertura de los servicios que para los mismos deriven del cumplimiento del citado real decreto o de las órdenes que reciban de las Autoridades y órganos competentes en los términos previstos en el mismo y en la Ley Orgánica 4/1981» (punto primero, 5). Por lo tanto, la dependencia de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas permanece inalterada: la jefatura y superior dirección de la Ertzaintza corresponde al Departamento de Seguridad, bajo el mando supremo del Gobierno, que lo ejerce a través del Lehendakari (artículo 5.2 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, BOPV núm. 155, de 11 de agosto de 1992, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199202163_vigentea.pdf (última consulta: 05.04.2020)), sin perjuicio de las órdenes que el Ministro del Interior dé al Departamento de Seguridad con el fin de garantizar las actuaciones necesarias para el cumplimiento del RD 463/2020.

En la CAE, la competencia para incoar y tramitar los expedientes relativos al régimen sancionador previsto en materia de seguridad ciudadana corresponde a la Dirección de Coordinación de Seguridad (artículo 19.3.c) del Decreto 83/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Seguridad), y la resolución (si la sanción es multa hasta 30.000 euros) corresponde al Director de la Ertzaintza (artículo 18.h) del Decreto 83/2017); si la sanción fuera multa superior a 30.000 euros, correspondería al Viceconsejero de Seguridad (artículo 14.3.f) del Decreto 83/2017).

(31) A este respecto, el Informe de 2 de abril de 2020, de la Abogacía General del Estado recuerda que «la concreta calificación o tipificación del hecho denunciado se traducirá, en muchas ocasiones, en una cuestión de concurrencia o colisión de normas que habrá de resolverse aplicando reglas o principios que deciden estas cuestiones en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tomadas básicamente del Derecho penal, cuales son los criterios de consunción y subsidiariedad, y *non bis in idem*, criterios que deberán considerarse por los órganos instructores y por los competentes para dictar la resolución que proceda», pág. 11.

En el artículo 57.2 LGSP encontramos el siguiente tipo:

«a) Son infracciones muy graves: [...] 2.º El incumplimiento, de forma reiterada, de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, o el incumplimiento de un requerimiento de esta, si este comporta daños graves para la salud».

O, en su graduación grave (artículo 57.2):

«b) Son infracciones graves: [...] 3.º El incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, si comporta daños para la salud, cuando no sea constitutivo de infracción muy grave».

Con relación a las sanciones, las infracciones muy graves llevan aparejada una multa de 60.001 hasta 600.000 euros, mientras que las infracciones graves pueden dar lugar a la imposición de una multa de 3.001 hasta 60.000 euros (artículo 58.1 LGSP).

Por último, la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores corresponderá a la Administración competente por razón del territorio y la materia (artículo 61.1 LGSP). A este respecto, es importante recordar que el RD 463/2020 no ha comportado la asunción por parte del Gobierno central de las competencias que corresponden a las Administraciones autonómicas(32). En concreto, el artículo 6 del RD 463/2020 preceptúa que:

«Cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en

(32) En el ámbito de la CAE, las infracciones cometidas en este territorio conllevarán que sea el Departamento de Salud el competente para la incoación, tramitación y resolución del procedimiento sancionador, ya que es el competente en materia de salud pública. Véase el artículo 12.1.b) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, *BOPV* núm. 226, de 28 de noviembre de 2016, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2016/11/1605038a.pdf> (última consulta: 05.04.2020). Las actuaciones previas, la propuesta de incoación y, una vez incoados, la instrucción y tramitación de expedientes sancionadores por infracciones sanitarias corresponderán a las Delegaciones Territoriales del Departamento de Salud, de conformidad con el artículo 16.4.g) del Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, *BOPV* núm. 76, de 21 de abril de 2017, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/04/1701966a.pdf> (última consulta: 07.04.2020). La resolución de sanciones tipificadas como muy graves corresponderá a la persona titular de la Viceconsejería de Salud, de conformidad con el artículo 5.2.I), en relación con el artículo 8, de ese mismo Decreto 80/2017; y la de las tipificadas como graves corresponderá a la persona titular de la Dirección de Salud Pública y Adicciones, de conformidad con el artículo 9.1.w) de ese mismo Decreto 80/2017.

el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5».

Los elementos característicos de ambos tipos son, de un lado, el incumplimiento de las instrucciones recibidas de la autoridad competente, y, de otro lado, la afectación de la salud. Una afectación grave comportará una tipificación muy grave, mientras que una menor afectación comportará una tipificación grave. Por lo tanto, han de verificarse ambos extremos para que pueda ser de aplicación esta norma sectorial: incumplir el confinamiento, de un lado, y generar un riesgo para la salud, de otro.

3. La Ley de Protección Civil: la inevitable, si la conducta supone —además— una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad

Por lo que respecta las provisiones contenidas en la LPC, el artículo 45 de esa norma legal dispone lo siguiente:

«3. Constituyen infracciones muy graves: [...] b) En las emergencias declaradas, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, cuando suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes

4. Constituyen infracciones graves: [...] b) En las emergencias declaradas, el incumplimiento de las órdenes, prohibiciones, instrucciones o requerimientos efectuados por los titulares de los órganos competentes o los miembros de los servicios de intervención y asistencia, así como de los deberes de colaboración a los servicios de vigilancia y protección de las empresas públicas o privadas, cuando no suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes».

Las infracciones muy graves se sancionarán con una multa de 30.001 a 600.000 euros, mientras que las infracciones graves se sancionarán con una multa de 1.501 a 30.000 euros.

El tipo exige como presupuesto que la emergencia haya sido declarada. El artículo 1 del RD 463/2020 recoge que el estado de alarma se declara con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, que, como recogíamos en el primer apartado del presente estudio, fue declarada pandemia por la OMS el 11 de marzo de 2020 (33).

La conducta típica del artículo 45.3.b) —infracción muy grave—, para que sea considerada muy grave, debe haber supuesto una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o bienes. Sin embargo, esta exigencia de especial peligrosidad o trascendencia no existe en el caso de las conductas tipificadas como graves. Ello conlleva que la tipificación contenida en el artículo 45.4 LPC y la contenida en el artículo 36.6 LSC sea excesivamente semejante. Indudablemente, una

(33) En la CAE, el 13 de marzo se declaró la emergencia sanitaria con motivo de la pandemia por coronavirus. Así, el artículo 29.e) del texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, *BOPV* núm. 84, de 5 de mayo de 2017, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/05/1702220a.pdf> (última consulta: 05.04.2020) dispone que el Plan de Protección Civil de Euskadi «Establece el marco organizativo general de la protección civil de la Comunidad Autónoma vasca para hacer frente a todo tipo de emergencias que por su naturaleza o extensión o la necesidad de coordinar más de una administración requieran una dirección autonómica».

Así las cosas, con fecha 13 de marzo de 2020 el Viceconsejero de Salud adoptó una resolución por la que declaraba lo siguiente «que derivada de la situación epidemiológica descrita y de la experiencia previa internacional así como de las recomendaciones dictadas por la Organización Mundial de la Salud, la afectación epidemiológica y la afectación observada en el Sistema Sanitario de Euskadi obliga a considerar que Euskadi se encuentra ante una emergencia de salud pública y en este contexto de emergencia es necesario adoptar las medidas extraordinarias y urgentes que ayuden a la contención en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi de la expansión del virus COVID-19, comúnmente conocido como coronavirus» (véase parte expansiva de la Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud); como consecuencia la Consejera de Salud solicitó a la Consejera de Seguridad la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi —Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud, por la que solicita de la Consejera de Seguridad la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, *Larrialdiei aurregiteko bidea-Labi* ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2020/03/2001576a.shtml> (última consulta: 05.04.2020)—; la Consejera de Seguridad dictó una Orden que permitía activar el Plan de Protección Civil de Euskadi —Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Seguridad, por la que se procede a la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, *Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi*, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2020/03/2001575a.shtml> (última consulta: 05.04.2020)—; y el Lehendakari aprobó un Decreto que permitió asumir las funciones de alta dirección y coordinación de protección civil —Decreto 6/2020, de 13 de marzo, del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, *Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi*, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2020/03/2001574a.pdf> (última consulta: 05.04.2020)—.

Sin embargo, por lo que respecta al ámbito estatal, la Abogacía del Estado, en su Informe de 2 de abril de 2020, resalta que «el concepto de declaración de estado de alarma de la Ley Orgánica 4/1981 no coincide, desde un punto de vista técnico-jurídico, con la declaración de emergencia acordada en el ámbito de la protección civil», pág. 10.

conducta que, además de consistir en la desobediencia de la orden de la autoridad, suponga una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o los bienes, será susceptible de recibir el reproche contenido en el artículo 45.3 LPC —infracción muy grave—. Sin embargo, si la conducta no ha supuesto esa especial peligrosidad y se ha limitado a la desobediencia de la autoridad, parece razonable, a la luz de los siguientes motivos, encauzar su sanción a través de un procedimiento administrativo sancionador de la LSC.

En primer lugar, el propio Ministerio de Interior, en su Orden INT/226/2020, ha situado a la LSC en una posición de primacía con respecto a cualquier otro texto normativo sectorial, pues le ha hecho mención expresa en su quinto punto, relativo al régimen sancionador, obviando cualquier otra norma sectorial; lo que no conlleva la automática inaplicación de esas otras normas —LGSP y LPC—, pero sí supone la confirmación de que el tipo contenido en el artículo 36.6 LSC es el apriorísticamente adecuado para las conductas consistentes en desatender las limitaciones impuestas por el RD 463/2020.

En segundo lugar, relacionado con la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, dado el ámbito nacional del Sistema de Protección Civil, cuando se trate de infracciones graves (artículo 45.4.b) LPC), será competente para resolver el titular de la Dirección General de Protección Civil y Emergencias (artículo 48.b) LPC), y, cuando se trate de infracciones muy graves (artículo 45.3.b) LPC), será competente para resolver el titular del Ministerio de Interior (artículo 48.c) LPC). Por lo tanto, razones de oportunidad pueden subyacer en la opción de encauzar las denuncias interpuestas por los agentes de la autoridad a través del régimen sancionador de la LSC, puesto que, habida cuenta del elevadísimo número de ellas, una remisión sistemática a la Dirección General de Protección Civil y Emergencias podría significar su innecesario colapso. Si bien cuando la conducta pueda ser constitutiva de una infracción muy grave la denuncia habrá de ser necesariamente remitida al Ministerio de Interior —por ser su titular el competente para resolver el procedimiento— este envío no es necesario en los supuestos en los que la conducta no haya supuesto una especial peligrosidad o trascendencia para la seguridad de las personas o bienes, por ser jurídicamente reprobables conforme a lo contenido en el tipo del artículo 36.6 LSC.

IV. El procedimiento administrativo sancionador en la Ley de Seguridad Ciudadana durante el estado de alarma

La disposición adicional tercera del RD 463/2020, bajo el epígrafe «Suspensión de plazos administrativos», establece lo siguiente:

«1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto, o en su caso, las prórrogas del mismo.

2. La Suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[...]

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, desde la entrada en vigor del presente real decreto, las entidades del sector público podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios».

La Abogacía General del Estado tuvo ocasión de pronunciarse sobre el sentido de esa provisión y, con fecha 20 de marzo de 2020, emitió informe por el que declaró —sobre la base de la errónea referencia a «interrupción»— que «el sentido de la disposición es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”». Se suspenden, pero no se interrumpen.

A la luz de ese informe, el Consejo de Gobierno de la CAE acordó, en primer lugar, suspender los plazos administrativos, entendiéndose en el sentido de que «los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”» (34). Y, seguidamente, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, la paralización de la actividad administrativa o su retraso injustificado, acordó procurar hacer uso de los mecanismos previstos en los apartados 3 y 4 de la

(34) Acuerdo de Consejo de Gobierno Vasco, en su sesión celebrada el 24 de marzo de 2020, en relación a la aplicación de la suspensión de términos y plazos administrativos en los procedimientos total o parcialmente tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euzkadi y sus Organismos Autónomos, punto 1.º.

disposición adicional tercera del RD 463/2020, con el objetivo de «impulsar de oficio la tramitación de los procedimientos, evacuar los trámites y dictar los actos administrativos que les correspondan, respetando, en todo caso, el derecho de las y los ciudadanos a la suspensión de los plazos de los procedimientos administrativos que les afecten, mientras dure el estado de alarma» (35).

Por ello, en primer lugar, nos referiremos a la incoación, tramitación y resolución de los procedimientos administrativos sancionadores derivados de los incumplimientos de las órdenes contenidas en el RD 463/2020, y, en segundo lugar, haremos mención a la modificación que, bajo la rúbrica «Ampliación del plazo para recurrir», ha introducido la disposición adicional octava del RDL 11/2020, de 31 de marzo.

1. Sobre el plazo para incoar, tramitar y resolver: ni suspendido, ni interrumpido

A. LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y SUS EXCEPCIONES: EN CONCRETO, EL ESTRECHO VÍNCULO CON LOS HECHOS JUSTIFICATIVOS DEL ESTADO DE ALARMA

El apartado 4 de la antecitada disposición establece una serie de excepciones a la regla general dispuesta por el RD 463/2020. Así, siendo la regla general la suspensión, en los tres siguientes supuestos se contempla la continuación del procedimiento: (a) procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma; (b) indispensables para la protección del interés general; o (c) para el funcionamiento de los servicios básicos.

El supuesto que es objeto del presente estudio —una denuncia interpuesta como consecuencia de la violación del confinamiento— sería incardinable en la excepción (a), ya que el procedimiento sancionador que tenga su origen en dicha denuncia está referido a una situación vinculada a los hechos justificativos del estado de alarma; en concreto, a la contención y propagación del virus, de procedimientos sancionadores derivados del incumplimiento de los deberes que impone el Real Decreto 463/20 y demás disposiciones dictadas a su amparo— son, sin mayor esfuerzo argumental, necesarios, cuando no de tramitación urgente», véase GONZÁLEZ LÓPEZ, A., «¿Facultad o deber de levantamiento de la suspensión en los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria

(35) *Supra*, punto 2.º.

(36) A este respecto, GONZÁLEZ LÓPEZ concluye que «ya sean procedimientos de contratación de material médico, de EPIs para el personal sanitario o funcionarios públicos que prestan servicios esenciales, de actos administrativos dictados por las autoridades de salud pública para garantizar la contención y propagación del virus, de procedimientos sancionadores derivados del incumplimiento de los deberes que impone el Real Decreto 463/20 y demás disposiciones dictadas a su amparo— son, sin mayor esfuerzo argumental, necesarios, cuando no de tramitación urgente», véase GONZÁLEZ LÓPEZ, A., «¿Facultad o deber de levantamiento de la suspensión en los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria

«En este marco, las medidas previstas en la presente norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico».

Además, desde el punto de vista disuasorio, el interés público debe prevalecer y, ante el riesgo de extender una equivocada percepción de impunidad, ha de demostrarse que las limitaciones a la circulación no son fortuitas, sino que obedecen a la perentoria necesidad de detener el imparable avance de la enfermedad.

B. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO: LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR APLAZAMIENTO O FRACCIONAMIENTO DE LA DEUDA Y CONSERVAR LA REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

El artículo 54 LSC prevé la posibilidad de que, una vez notificado el acuerdo de incoación para la sanción de infracciones leves o graves —como la que correspondería en este caso—, el interesado pueda, en un plazo de quince días, realizar el pago voluntario con reducción de la sanción de la multa. Si, en ese período efectuase el pago, se seguirá el procedimiento sancionador abreviado, con las siguientes consecuencias: a) la reducción del 50% del importe de la sanción de multa; b) la renuncia a formular alegaciones; y c) la terminación del procedimiento.

Sin embargo, el texto legal ha de interpretarse juntamente con las provisiones sobre el aplazamiento o fraccionamiento de deudas en periodo voluntario: una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento presentada en esos 15 días permitirá disfrutar de esa misma reducción. De hecho, en la actual coyuntura —de más que previsible contracción económica— conocer y, si fuera necesario, hacer uso de esta posibilidad de solicitar un aplazamiento o fraccionamiento de la sanción es de vital importancia.

El Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco regula el aplazamiento y fraccionamiento del pago⁽³⁷⁾. El artículo 22.1 establece que:

ocasionada por el COVID-19?», 26 de marzo de 2020, en *ALEGO-EJALDE*, <https://www.alego-ejale.com/3222/> (última consulta: 03.04.2020).

(37) En su Capítulo II desarrolla lo previsto en el artículo 40.5 del texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, *BOPV* núm. 11, de 19 de enero de 1998, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199800271_vigentea.pdf (última consulta: 06.04.2020); De-

«Podrá aplazarse o fraccionarse el pago de la deuda, tanto en período voluntario como ejecutivo, previa solicitud del obligado, cuando su situación económico-financiera, discrecionalmente apreciada por la Administración, le impida transitoriamente efectuar el pago de sus débitos».

La deuda que surgirá en caso de que se adopte una resolución sancionadora que imponga una sanción pecuniaria al infractor no es exigible hasta que sea ejecutiva, y ésta no lo será hasta que sea firme en vía administrativa(38). Así, por norma general, el período voluntario de deudas no tributarias se inicia a partir de la fecha de notificación al obligado de la resolución ejecutiva que declare la obligación(39). Transcurrido ese plazo de pago —voluntario—, la Administración podrá proceder a la recaudación en período ejecutivo.

Sin embargo, su inejecutoriedad por parte del «acreedor» de la deuda —de la Administración sancionadora— no altera la naturaleza de esa obligación: es un derecho de naturaleza pública de la Hacienda General del País Vasco(40):

Así, podríamos hablar de dos períodos voluntarios de pago: uno, el que se inicia con la notificación del acuerdo de incoación; y otro, el que se inicia con la notificación de la resolución y, de existir una solicitud de fraccionamiento o aplazamiento, el reabierto con la denegación de esa solicitud o el indicado tras la aceptación de esa solicitud.

Por lo tanto, el infractor que, conforme con la multa, renuncie a formular alegaciones, podrá, en ese plazo de 15 días, disfrutar de la reducción del 50% y (a) pagar o (b) solicitar un aplazamiento o fraccionamiento de la deuda(41).

creto 212/1998, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco, *BOPV* núm. 187, de 1 de octubre de 1998, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199804380_vigintea.pdf (última consulta: 06.04.2020).

(38) Conforme al artículo 53.1 LSC: «Una vez firme en vía administrativa, se procederá a la ejecución de la sanción conforme a lo previsto en esta Ley». Ello de conformidad con el artículo 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=201911105&tn=1#a98> (última consulta: 06.04.2020) (en adelante, LPAC), que, en su artículo 98, sobre la ejecutoriedad, establece lo siguiente: «1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: [...] b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición». Por lo tanto, la posible sanción no será ejecutiva hasta que adquiera firmeza en vía administrativa, esto es, hasta que no quepa ningún recurso en vía administrativa.

(39) Artículo 43.2.a) del Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco.

(40) En el sentido del artículo 31.2.a), con referencia al artículo 32.g), del texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

(41) A este respecto, consúltese AAVV, «La reducción del 20% a las sanciones por pago voluntario no es incompatible con la concesión de fraccionamiento o aplazamiento», en *Consultor de los ayun-*

Se excepcionan de este régimen las deudas derivadas de sanciones impuestas por Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma en los que, por ostentar competencias normativas, sea aplicable la Ley 2/1998, de la Potestad Sancionadora Vasca (en adelante, LPSV); en efecto, el artículo 1.1 de la LPSV dice, en cuanto al ámbito de aplicación del texto legal:

«La presente ley se aplicará por todos los entes que ejerzan su potestad sancionadora en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en las materias en las que las instituciones comunes de ésta ostenten competencias normativas, ya sea plenas ya compartidas con el Estado o con los órganos de los territorios históricos».

Esta excepción se debe a que el artículo 15 de ese texto normativo contiene disposiciones relativas al fraccionamiento, la suspensión, la reducción y la sustitución de la sanción (42). Sin embargo, en el ámbito de la seguridad ciudadana, entendida como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana, se ha entendido que el concepto de seguridad ciudadana (artículo 104.1 CE) y el concepto de seguridad pública (artículo 149.1.29.^a CE) son interpretables — con matices— como sinónimos (43). El artículo 149.1.29.^a CE preceptúa que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica». Por lo tanto, al no ostentar la CAE competencias normativas —ni plenas, ni compartidas—, la LPSV no es aplicable, y, en consecuencia, el régimen dispuesto en el Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco, sí.

tamientos, núm. 13, 2017, págs. 1670-1673, en el que, haciendo referencia específica a las deudas tributarias, reproduce la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 28 de abril de 2017, que fija el criterio de que “Procede aplicar la reducción del 25% prevista en el art. 188.3 de la Ley General Tributaria en el supuesto de que el ingreso del importe restante de la sanción se realice en el plazo del art. 62.2 de la Ley General Tributaria abierto con la notificación de los acuerdos denegatorios de solicitudes de compensación o de aplazamiento y/o fraccionamiento”, y, a la luz de la referida Resolución concluye lo siguiente: “Pues bien, aplicando la postura interpretativa del TEAC respecto a que el obligado tributario mantiene la reducción del 25% de la sanción en los casos de aplazamiento y fraccionamiento de deudas” entendemos que, en el caso de sanciones administrativas que se rijan por el art. 85 Ley 39/2015, debe mantenerse la reducción del 20% aunque el sancionado haya solicitado aplazamiento o fraccionamiento de pago», pág. 1673.

(42) Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, BOPV núm. 48, de 11 de marzo de 1998, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/1998/03/9801105a.pdf> (última consulta: 06.04.2020).

(43) Preámbulo LSC, punto I.

C. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO: EL EJERCICIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES
POR PARTE DEL ADMINISTRADO DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

Por último, es obligado hacer referencia a las posibilidades a disposición de la persona que ha recibido la notificación el acuerdo de incoación para sea pagar, sea solicitar el aplazamiento o fraccionamiento, sea presentar alegaciones.

Para el ejercicio de la mayoría de las acciones del abanico de posibilidades que se le presentan tras la notificación del acuerdo de incoación (pago, solicitud de fraccionamiento o aplazamiento, o presentación de alegaciones; exceptuando únicamente la opción de no hacer nada), el administrado se ve obligado a abandonar su domicilio, bien sea para acudir presencialmente a una oficina bancaria para abonar el importe de la multa, bien sea para presentar un escrito de alegaciones o para presentar un escrito de solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago (44). Ciertamente es que todas esas gestiones permiten su realización por medios telemáticos, pero la norma no exige al ciudadano ni disponer de los medios adecuados para comunicarse electrónicamente con la Administración, ni, aún disponiendo de ellos, la obligación de comunicarse electrónicamente con la Administración. Por lo tanto, el administrado puede verse compelido —por necesidad, al no disponer de los medios necesarios; o por voluntad, al, disponiendo de ellos, no querer valerse de esos medios para comunicarse con la Administración— a abandonar su confinamiento.

En ambos casos, sea por necesidad o sea por voluntad —pues, reiteramos, la LPAC no obliga a las personas físicas a comunicarse electrónicamente con la Administración—, tanto el traslado a la oficina bancaria que corresponda para efectuar el abono del importe de la multa, como el tras-

(44) Recordemos que, conforme al artículo 14.1 LPAC, las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de los medios electrónicos, por lo que una persona física que sea notificada el acuerdo de incoación no tendrá la obligación de comunicarse con la Administración por medios electrónicos.

En el caso del escrito de alegaciones, el propio acuerdo de incoación indica que habrá de dirigirse al Área de Régimen Jurídico Público de la Dirección de Coordinación de Seguridad y podrá presentarse, además de en esa Dirección, en los registros de cualquier órgano de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local, o en las oficinas de Correos. Dada la coyuntura actual, la atención a la ciudadanía en su modalidad presencial en las tres oficinas del Servicio de Zuzenean en Bilbao, Vitoria-Gasteiz y Donostia-San Sebastián ha sido suprimida mientras subsista la situación de alerta sanitaria, por lo que no se puede acudir a ellas para la presentación de escritos; véase Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Viceconsejera de Relaciones Institucionales del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, por la que se acuerda la supresión temporal del servicio en modo presencial a la ciudadanía a través de las oficinas de atención a la ciudadanía – Zuzenean, https://www.euskadi.eus/contenidos/resolucion_definitiva/res_20200316094721/es_def/adjuntos/EBAZPENA-martxoak-16-cierre-presencial-Zuzenean_sinatua.pdf (última consulta: 07.04.2020). Del mismo modo, son diversas las Administraciones que, al igual que el Servicio de Zuzenean, han optado por suspender su servicio en modo presencial, por lo que tampoco se podrá presentar ante esos registros escrito alguno.

lado a los lugares indicados en el acuerdo de incoación para la presentación de escritos, estará justificado.

A este respecto, con relación al pago, el artículo 7.1.f) prevé expresamente que el desplazamiento a entidades financieras estará permitido durante la vigencia del estado de alarma. Y, con relación a la presentación de escritos, al no preverse este supuesto en ningún otro apartado del artículo 7, hemos de acudir a la cláusula de cierre contenida en el apartado h), que permite «cualquier otra actividad de análoga naturaleza». La naturaleza de la actividad que se pretende es análoga a la situación de necesidad anunciada en el apartado g): en un estado de necesidad existe una colisión entre bienes jurídicos protegidos que exige sacrificar el inferior en favor de la protección del superior o más valioso. En el presente caso la salud pública y seguridad ciudadana que se pretenden proteger mediante la declaración del estado de alarma y la sanción de quien incumpla ese estado —respectivamente—, entran en colisión con los derechos de defensa del administrado, quien, en el seno de un procedimiento sancionador, tiene derecho a ejercitar la defensa que a su derecho mejor convenga, así como a solicitar el fraccionamiento o aplazamiento del pago del importe de una sanción cuya ejecución, dada su situación socio-económica y financiera, le resultaría, de otro modo, imposible.

2. Sobre el plazo para recurrir: interrumpido

Como anunciábamos, tras la aprobación del RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, su disposición adicional octava, bajo el epígrafe «Ampliación del plazo para recurrir», dispuso la interrupción del plazo para interponer recursos en procedimientos que tuvieran por objeto lo que, precisamente, estamos tratando en el presente estudio (45):

«El cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos des-

(45) RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, *BOE* núm. 91, de 1 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208&p=20200404&tn=1#da-8> (última consulta: 06.04.2020). A este respecto, compilando los preceptos aplicables a la suspensión tanto de plazos procesales como de plazos administrativos, y las disposiciones que ordenan sus respectivos alzamientos, véase CARBALLO FIDALGO, O., «COVID-19 y suspensión, cómputo y alzamiento de plazos procesales, administrativos y sustantivos», en *Noticias Jurídicas*, 27 de mayo de 2020.

favorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación».

Por el artículo 9 del RD 537/2020 se dispuso, con efectos desde el 1 de junio de 2020, la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos. Por lo tanto, para que un administrado recurriera la sanción que, en su caso, le fuera impuesta, el *dies a quo* fue el 1 de junio de 2020; mientras que, para el cálculo del *dies ad quem*, hubo de tenerse en cuenta que el tiempo transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso no debía computarse (46).

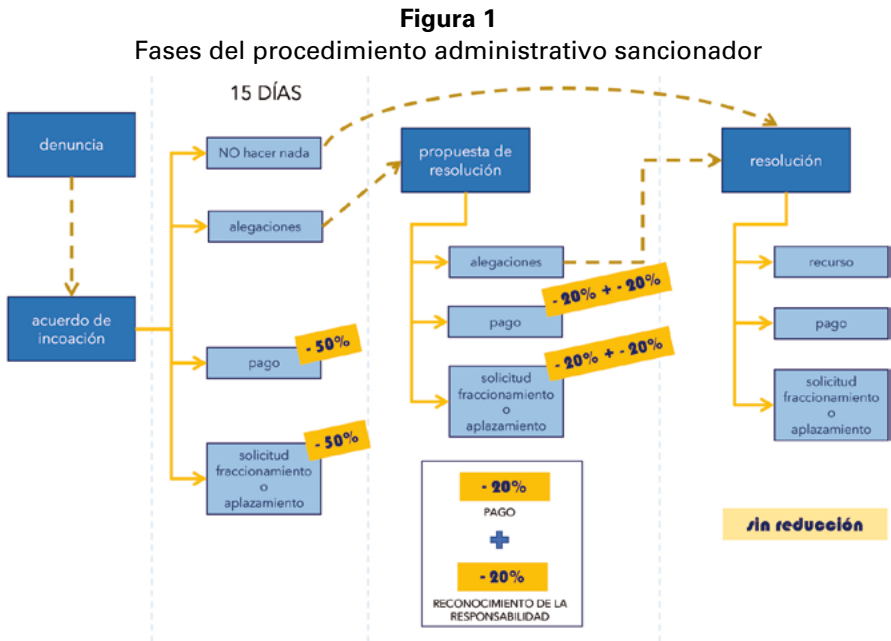
En conclusión, un administrado que desee solicitar el fraccionamiento o aplazamiento del pago, si su única voluntad es esa —que el pago de la deuda le sea fraccionado o aplazado—, y si, además, desea beneficiarse de la reducción del 50% del importe de la sanción, ha de tener en cuenta lo siguiente: la solicitud ha de ser presentada —como decíamos en el epígrafe anterior— en el plazo de quince días desde el día siguiente de la recepción de la notificación del acuerdo de incoación. Transcurrido ese plazo de 15 días, de un lado, perderá la posibilidad de beneficiarse de esa reducción y, de otro, se dictará propuesta de resolución —dando por terminada la fase de instrucción— (47). Una vez notificada la propuesta, solo podrá beneficiarse de las siguientes reducciones: de, al menos, un 20% si, en cualquier momento anterior a la finalización del procedimiento, abona la multa; y de, al menos, otro 20% si reconoce su responsabilidad (48). Ambas reducciones están condicionadas al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción (véase figura 1). Expedita la fase de recurso —por haberse dictado

(46) Ello mismo es predicable para los recursos que se interpongan contra resoluciones sancionadoras que, notificadas con anterioridad a la declaración del estado de alarma, aún estuvieran en tiempo de ser recurridas. Estos actos administrativos trascienden nuestro objeto de estudio, que son precisamente las sanciones impuestas con motivo del quebrantamiento de lo dispuesto en el RD por el que se declara el estado de alarma; en consecuencia, ninguna sanción derivada de un incumplimiento tal puede haber sido notificada previamente a la declaración misma del estado de alarma.

(47) En caso de no haber ni pagado o solicitado el fraccionamiento o aplazamiento del pago, ni alegado, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 64.2.f) LPAC: «en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada».

(48) Artículo 85.3 LPAC.

resolución resolutoria del procedimiento administrativo sancionador—, el procedimiento está finalizado, por lo que no podrá beneficiarse de reducción alguna del importe de la sanción.



Fuente: elaboración propia.

V. Conclusiones

La elevación a pandemia de la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 propició la declaración del estado de alarma por parte del Estado español: el 11 de marzo de 2020 la OMS elevó a pandemia la situación y el 14 de marzo de 2020 el Estado decidió decretar el estado de alarma en todo el territorio español.

En la configuración del sistema de excepcionalidad en el ordenamiento jurídico español se optó por una perspectiva diferenciadora (por oposición a una gradualista), que supone que los estados excepcionales —alarma, excepción y sitio— son tres institutos diferenciados, sin que pueda pasarse de uno a otro atendiendo a su graduación. Por lo tanto, sobre la base de las circunstancias concurrentes que motivaron la declaración del estado excepcional, habiéndose optado por declarar el estado

de alarma, las medidas que establezca el Gobierno central habrán de adecuarse a las limitaciones propias de este estado —por todas, no se pueden suspender derechos, solo limitarlos—.

Con respecto a la naturaleza jurídica del decreto por el que se declara es estado de alarma, así como de sus sucesivas prórrogas, el Tribunal Constitucional, con ocasión del estado de alarma decretado con motivo de la huelga de controladores aéreos de 2010, tuvo ocasión de pronunciarse sobre ello: los decretos tienen rango de ley. Sin embargo, a pesar de ese valor normativo, el RD 463/2020 no contiene el régimen sancionador, sino que, siguiendo lo preceptuado en la LO 4/1981, remite a la normativa sancionadora sectorial.

De entre todas las normas sectoriales que podrían ser de aplicación, la LSC es la adecuada para incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores que tengan por objeto la conducta ilícita prototípica en este estado de alarma: la vulneración injustificada del confinamiento. El Ministerio del Interior mismo, en una Orden, ha hecho mención expresa al artículo 36.6 LSC, reproduciendo la conducta, la calificación y la sanción que en ese artículo se especifican.

No obstante, ciertas conductas —consistentes, además de en no respetar el confinamiento, en vulnerar otros bienes jurídicos protegidos, como la salud o la seguridad de las personas—, pueden exigir recurrir a los regímenes sancionadores de otros textos normativos, como la LGSP o la LPC. La aplicación de un texto u otro condicionará la competencia para la incoación, instrucción y resolución del expediente sancionador.

Por último, con relación específica al procedimiento sancionador de la LSC, la suspensión que, como norma general, ha dispuesto el RD 463/2020, con relación a los términos y plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos, no afecta a los procedimientos que, como consecuencia de las denuncias interpuestas por las fuerzas y cuerpos del estado, hayan de iniciarse. Ello se debe a que el párrafo 4 de la disposición adicional tercera del RD 463/2020 prevé una serie de excepciones a esa regla general de la excepción; entre ellas, se exceptúan los procedimientos administrativos referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos, como es el caso de los incumplimientos de la obligación de confinamiento.

La LSC prevé una reducción de 50% del importe de la multa del que podrá beneficiarse el administrado durante un plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de incoación. Practicada la notificación, el administrado tiene cuatro posibilidades: (1) en quince días, pagar, con una reducción del 50%; (2) en quince días, solicitar el fraccionamiento o aplazamiento de ese pago reducido; (3) presentar alegaciones; o (4) no hacer nada. Si presentase alegaciones, perdería la posibilidad de beneficiarse

de la reducción del 50%, pero podría seguir disfrutando de dos reducciones cumulativas del 20% si, en cualquier momento antes de la resolución, paga (20%) y reconoce su responsabilidad (20% adicional). Por último, si decide no hacer nada, habrá de tener en cuenta que el acuerdo de incoación se tiene por propuesta de resolución y la siguiente notificación que recibiera sería la de la resolución definitiva, por lo que perdería la opción de beneficiarse de reducción alguna.

La no suspensión del plazo para tramitar el procedimiento sancionador conlleva que el administrado haya de ser consciente de las consecuencias que se derivan de optar por una acción u otra: si únicamente desea solicitar un fraccionamiento o aplazamiento, ha de hacerlo en un plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de incoación; si desea presentar alegaciones, ha de hacerlo en ese mismo plazo, porque, si espera, el transcurso de esos quince días tendrá como consecuencia que se siga el procedimiento y sólo le quede la posibilidad de recurrir la resolución definitiva.

VI. Bibliografía

- ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 305-334.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núm. 86-87, págs. 6-21.
- ÁLVAREZ GARCÍA, ARIAS APARICIO y HERNÁNDEZ-DÍEZ, «Coronavirus y Derecho (XX): Las diferencias entre los estados constitucionales de alarma y de excepción», de 22 de abril de 2020, en *Foro Ciencias Sociales y Jurídicas*.
- AMOEDO-SOUTO, C.A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87, págs. 66-76.
- ARNALDO ALCUBILLA, E., «*Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio*», en *Diario La Ley*, núm. 9637, 21 de mayo de 2020.
- AA.VV., «La reducción del 20% a las sanciones por pago voluntario no es incompatible con la concesión de fraccionamiento o aplazamiento», en *Consultor de los ayuntamientos*, núm. 13, 2017, págs. 1670-1673.
- CARBALLO FIDALGO, O., «COVID-19 y suspensión, cómputo y alzamiento de plazos procesales, administrativos y sustantivos», en *Noticias Jurídicas*, 27 de mayo de 2020.
- COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restriccio-

- nes de excepcionalidad ordinaria», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87, págs. 88-101.
- DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD PÚBLICA, CALIDAD E INNOVACIÓN, «Valoración de la declaración del brote de nuevo coronavirus 2019 (n-CoV) una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)», 31 de enero de 2020, en *Ministerio de Sanidad*, https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Valoracion_declaracion_emergencia_OMS_2019_nCoV.pdf
- , «Información Científica-Técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19», 26 de marzo de 2020, versión 2, en *Ministerio de Sanidad*, https://www.mscbs.gob.es/en/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/20200326_ITCoronavirus.pdf
- DOPPLICK, R., «Swine Flu: Legal Obligations and Consequences When the World Health Organization Declares a 'Public Health Emergency of International Concern'», 30 de abril de 2009, en *Inside Justice*, http://www.insidejustice.com/intl/2009/04/30/swine_flu_who_pheic/
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», en *Diario La Ley*, núm. 9634, 18 de mayo de 2020.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, A., «¿Facultad o deber de levantamiento de la suspensión en los supuestos previstos en los apartados 3 y 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19?», 26 de marzo de 2020, en *ALEGO-EJALDE*, <https://www.alego-ejale.com/3222/>
- LEIVA ESCUDERO, G., «Constitucionalidad de las restricciones a la libertad de circulación en el estado de alarma por el coronavirus COVID-19», en *Diario La Ley*, núm. 9636, 20 de mayo de 2020.
- LOZANO CUTANDA, B., «Análisis de urgencia de las medidas administrativas del estado de alarma», en *Revista publicada por Gómez-Acebo y Pombo*, marzo de 2020, pág. 3. Disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/analisis-de-urgencia-de-las-medidas-administrativas-del-estado-de-alarma-2/> (última consulta: 03.04.2020).
- , «¿Qué se puede sancionar en el incumplimiento del estado de alarma?», en *Diario La Ley*, núm. 9636, 20 de mayo de 2020.
- NOGUERIA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Coronavirus y otros problemas, marzo-abril 2020, núms. 86-87, págs. 22-31.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, «WHO characterizes COVID-19 as pandemic», 11 de marzo de 2020, en *OMS*, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Crónica Parlamentaria», en *REDC*, núm. 18, pág. 270, citado en ABA CATOIRA, A., «El Estado de alarma en España» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 305-334.

VII. Referencias normativas

1. Ámbito internacional

Reglamento Sanitario Internacional (2005)

2. Ámbito estatal

Constitución española, *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1981, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, *BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442>

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, *BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, *BOE* n.º 164, de 10 de julio de 2015, <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-7730-consolidado.pdf>

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565&p=20191105&tn=1#a98>

Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, *BOE* núm. 91, de 1 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4208&p=20200404&tn=1#da-8>

Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, *BOE* núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-18683>

Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre,

BOE núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19462>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 67, de 14 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 86, de 28 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/28/pdfs/BOE-A-2020-4155.pdf>

Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 101, de 11 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4413>

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 115, de 25 de abril de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4652>

Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 129, de 9 de mayo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4902>

Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, *BOE* núm. 68, de 15 de marzo de 2020, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3694>

3. **Ámbito autonómico**

Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, *BOPV* núm. 155, de 11 de agosto de 1992, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199202163_vigentea.pdf

Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, *BOPV* núm. 48, de 11 de marzo de 1998, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/1998/03/9801105a.pdf>

Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda Ge-

- neral del País Vasco, *BOPV* núm. 11, de 19 de enero de 1998, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199800271_vigintea.pdf
- Decreto Legislativo 1/2017, de 27 de abril, por el que se aprueba texto refundido de la Ley de Gestión de Emergencias, *BOPV* núm. 84, de 5 de mayo de 2017, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/05/1702220a.pdf>
- Decreto 212/1998, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Hacienda General del País Vasco, *BOPV* núm. 187, de 1 de octubre de 1998, https://www.euskadi.eus/bopv2/datos/textosconsolidados/199804380_vigintea.pdf
- Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, *BOPV* núm. 226, de 28 de noviembre de 2016, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2016/11/1605038a.pdf>
- Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, *BOPV* núm. 76, de 21 de abril de 2017, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/04/1701966a.pdf>
- Decreto 168/2017, de 13 de junio, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Hacienda y Economía, *BOPV* núm. 114, de 16 de junio de 2017, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2017/06/1703014a.pdf>
- Decreto 6/2020, de 13 de marzo, del Lehendakari, por el que avoca para sí la dirección del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020.
- Acuerdo de Consejo de Gobierno Vasco, en su sesión celebrada el 24 de marzo de 2020, en relación a la aplicación de la suspensión de términos y plazos administrativos en los procedimientos total o parcialmente tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos
- Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Salud, por la que solicita de la Consejera de Seguridad la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, larrialdiei aurregiteko bidea-Labi ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020, <https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2020/03/2001576a.shtml>
- Orden de 13 de marzo de 2020, de la Consejera de Seguridad, por la que se procede a la activación formal del Plan de Protección Civil de Euskadi, Larrialdiei Aurregiteko Bidea-Labi, ante la situación generada por la alerta sanitaria derivada de la propagación del COVID-19, *BOPV* núm. 52, de 14 de marzo de 2020.

Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Viceconsejera de Relaciones Institucionales del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, por la que se acuerda la supresión temporal del servicio en modo presencial a la ciudadanía a través de las oficinas de atención a la ciudadanía – Zuzenean, https://www.euskadi.eus/contenidos/resolucion_definitiva/res_20200316094721/es_def/adjuntos/EBAZPENAmartxoak-16-cierre-presencial-Zuzenean_sinatua.pdf



Las sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y las entidades locales más allá de la crisis del COVID-19, con especial referencia a la innovadora experiencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura

The telematic sessions of the governing bodies of the Autonomous Communities and local entities beyond the COVID-19 crisis, with special reference to the innovative experience of the Autonomous Community of Extremadura

JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ MUÑOZ

Junta de Extremadura

jmrodriguez1972@unex.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3108-6903>

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.117.2020.13>

LABURPENA: Estatuko, autonomia-erkidegoetako eta toki-erakundeetako kide anitzeko gobernu-organoen bileretarako baliabide telematikoak erabiltzea ez zegoen legez jasota 2020aren hasieran; are gehiago, konstituzio-doktrina berriak aukera hori salbuespenezko kasuetara mugatu zuen. COVID-19ren krisiarekin, aukera hori arautu beharra sortu da, gehienbat presazko bideak erabiliz, nahiz eta testuinguru garrantzitsuetan dagoeneko oso onartuta egon, hala nola jarduketa judizialetan. Ildo horretan, Estatuko jarduketaz gain, Extremadurako Autonomia Erkidegoaren jarduera aitzindaria nabarmendu nahi dugu. Autonomia-erkidego horrek bere gobernu-organoeekin eta bere lurraldeko toki-erakundeekin jardun zuen Estatuak bere oinarritzko eskumena baliatu aurretik. Gainera, arauketa honek ahalbidetzen dituen berezitasun batzuk nabarmentzen ditugu, hala nola saio iraunkorrak, zalantzarik gabe baliagarriak baitira aurrez aurreko bilerak egitea zaila denean.

GAKO HITZAK: Kide anitzeko gobernu-organok. Extremadurako Autonomia Erkidegoa Baliabide telematikoak. Bideokonferentzia. Toki-administrazioa. Gobernu Kontseilua. Oinarritzko legeria.

ABSTRACT: At the beginning of 2020 not only was the use of telematic means for meetings of the collegiate bodies of State government, Autonomous Communities and local entities not legally contemplated, but the recent constitutional doctrine had limited this possibility to exceptional cases. With the crisis of COVID-19, the need to regulate has all too often arisen by way of urgency,

and this possibility has already been widely accepted in contexts as important as judicial proceedings. In this sense, we highlight as a pioneering action, in addition to the state one, that of the Autonomous Community of Extremadura, which has addressed both that of its own government bodies, and that of the local authorities in its territory, before the State made use of its basic power. We also underscore some singularities that this regulation allows such as permanent sessions, undoubtedly useful in contexts where face-to-face meetings are difficult.

KEYWORDS: Collegiate government bodies. Autonomous Community of Extremadura. Telematic means. Videoconference. Local administration. Government Council. Basic legislation.

RESUMEN: No sólo no se contemplaba a inicios de 2020 legalmente la utilización de medios telemáticos para las reuniones de los órganos colegiados de gobierno del Estado, Comunidades Autónomas y entes locales, sino que la reciente doctrina constitucional, había limitado esta posibilidad a supuestos excepcionales. Con la crisis del COVID-19, ha surgido la necesidad de regular, las más veces por la vía urgencia, esta posibilidad ya ampliamente admitida en contextos tan importantes como las actuaciones judiciales. En este sentido, resaltamos como actuación pionera, además de la estatal, la de la Comunidad autónoma de Extremadura, que ha abordado tanto la de sus propios órganos de gobierno, como la de los entes locales de su territorio, antes de que el Estado hiciera uso de su competencia básica. Destacamos además algunas singularidades que permite esta regulación, como las sesiones permanentes, sin duda útiles en contextos de dificultades de reunión presencial.

PALABRAS CLAVE: Órganos colegiados de gobierno. Comunidad Autónoma de Extremadura. Medios telemáticos. Videoconferencia. Administración local. Consejo de Gobierno. Legislación básica.

Trabajo recibido el 30 de abril de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 22 de junio de 2020

Sumario: I. El punto de partida: de la sobrada suficiencia técnica contrastada, al insuficiente marco jurídico a inicios de 2020. 1. El *prius* necesario: la amplia experiencia en la utilización de medios telemáticos de comunicación a distancia. 2. La situación normativa a principios de 2020. 3. La regulación para los órganos de Gobierno del Estado y las constricciones de la doctrina constitucional.—II. La celebración de sesiones de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas por medios telemáticos. La opción de la Junta de Extremadura.—III. La celebración de sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las entidades locales: de la inicial previsión de las Comunidad Autónoma de Extremadura a la modificación de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. 1. Antecedentes. 2. La respuesta de la Comunidad Autónoma de Extremadura. 3. La modificación de la norma básica estatal en materia local.—IV. Conclusiones más allá de la emergencia provocada por el COVID-19: una versátil y consistente regulación de la utilización de medios telemáticos por los órganos colegiados de gobierno en situaciones de crisis.—V. Bibliografía.

I. El punto de partida: de la sobrada suficiencia técnica contrastada, al insuficiente marco jurídico a inicios de 2020

1. El *prius* necesario: la amplia experiencia en la utilización de medios telemáticos de comunicación a distancia.

Parece completamente adecuado comenzar con la cita de Frosini, cuando afirma que «La Ley se escribe para que sea leída, se lee para entenderse, o sea, para interpretarse, y se interpreta para ser aplicada» (1).

El propósito del presente estudio radica precisamente en profundizar sobre los motivos y la finalidad que llevaron a las Comunidades Autónomas, y muy singularmente a la Comunidad Autónoma de Extremadura, por su perfil innovador con respecto a otras experiencias, a regular la cuestión de la celebración de las sesiones de los órganos colegiados de gobierno, tanto de la propia Comunidad Autónoma, como de los entes locales de la región por medios telemáticos no presenciales.

A estas alturas no cabe duda de que el motivo de arranque de la preocupación, de la necesidad de la regulación descansa sobre la situación de emergencia sanitaria propiciada por la propagación del coronavirus

(1) FROSINI, V.: *Teoría de la interpretación jurídica*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017, págs. 63 y 64.

COVID-19, y que provocó la declaración estatal del Estado de alarma el 13 de marzo de 2020(2).

Toda la normativa dictada y aprobada en esas fechas cabe tildarla sin temor como legislación de emergencia, producto de esas desafortunadas circunstancias, y lógicamente motivada por esa situación.

Pero ya adelantamos que un rasgo peculiar de la normativa extremaña en la materia es que pretende proyectarse más allá del escenario temporal de la pandemia, para asentarse en el ordenamiento jurídico como una posibilidad esgrimible en otros futuros y posibles contextos de crisis debidamente justificados.

Si la justificación de base, como hemos referido, es la ocasionada por la pandemia, la justificación mediata es doble: de un lado, la más que comprobada eficacia y disponibilidad de los medios técnicos que permiten las reuniones no presenciales utilizando medios telemáticos, de otro, la ausencia de regulación alguna al efecto, ni para las Comunidades Autónomas, ni para los entes locales.

Como en tantas ocasiones, los medios técnicos de las actuales tecnologías de la información y las telecomunicaciones avanzan mucho más rápido que nuestras normas políticas y administrativas, por mucho que los operadores jurídicos nos quejemos, en muchas ocasiones con razón, de sufrir una legislación motorizada, en atinada expresión de Carl Schmitt(3).

Actualmente, los medios telemáticos como la videoconferencia por internet, sea bilateral o multilateral, son una realidad intensamente aplicada en otros ámbitos tan sensibles incluso como la Administración de Justicia, con unos resultados, más allá de la anécdota de lo puntual, óptimos, en términos de ahorro de desplazamientos, concentración de actuaciones presenciales y no presenciales con la consiguiente reducción de los plazos, garantía de inmediatez de las actuaciones y pleno respeto a las garantías procesales y de contradicción.

A este respecto, queremos traer a colación precisamente el principio fundamental contenido en la «Guía sobre videoconferencia en los procesos judiciales transfronterizos», del Consejo europeo, de completa adecuación a todos los procesos comunicativos telemáticos a distancia, y que se condensa en la expresión «true-to-life principle», traducible como el principio de «fidelidad a la realidad»(4).

(2) Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, páginas 25390 a 25400.

(3) SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza (2011) [1928], págs. 209-210.

(4) Secretariado General del Consejo Europeo: *Guide on videoconferencing in cross-border proceedings*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2013, págs. 17 y ss. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/publications/guide-videoconferencing-cross-border-proceedings/>

Y es que efectivamente, han de ser exigibles en todo caso, aquellos medios técnicos que permitan la comunicación telemática en un ambiente y con una calidad que permita emular lo más fidedignamente posible, la realidad de una reunión presencial.

Otro recurso de igual calidad y garantía digno de ser reseñado lo constituye el entorno denominado «Reúnete 2.0» (5), el Servicio Común de Reuniones Virtuales de la Red SARA (6) propiciado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y que constituye un servicio de videoconferencia a todas las Administraciones Públicas (7) cuyo objetivo es facilitar el trabajo en equipo evitando desplazamientos, reduciendo el gasto y favoreciendo la disminución de la huella de carbono.

Con esa experiencia contrastada, choca que no se haya previsto con anterioridad la posibilidad de celebrar sesiones de órganos colegiados de gobierno de otras administraciones por medios no presenciales, pero esa era la realidad hasta marzo de 2020.

2. La situación normativa a principios de 2020

Pasemos a recordar ahora el limitado marco jurídico existente antes de las normas que comentaremos en los apartados siguientes, tanto en la Comunidad Autónoma de Extremadura, como en los entes locales.

Recordemos que la Constitución establece en el artículo 147 el mandato a las Comunidades Autónomas para que diseñen sus propias instituciones de autogobierno en sus respectivos estatutos de Autonomía. Fruto de ese mandato, lo constituyen las previsiones al efecto contenidas en el Estatuto de Autonomía de Extremadura aprobado por Ley orgánica

(5) *Vid.* Las especificaciones en <https://administracionelectronica.gob.es/ctt/reunete>

(6) La Red SARA (Sistemas de Aplicaciones y Redes para las Administraciones) es un conjunto de infraestructuras de comunicaciones y servicios básicos que conecta las redes de las Administraciones Públicas Españolas e Instituciones Europeas facilitando el intercambio de información y el acceso a los servicios.

(7) Entre las funcionalidades de las que dispone este servicio encontramos:

- Videocolaboración personal: voz y vídeo multidireccional sobre IP, mensajería instantánea, compartición de archivos y aplicaciones, compartición de pizarra electrónica, control remoto, navegación conjunta, chat, grabación de sesión.
- Webcall para soportes y ayuda en línea en páginas web.
- Conexión de salas tradicionales de videoconferencia: mediante protocolo H.323/SIP.
- Fórmate: plataforma común de e-learning para formación, gestión del conocimiento y desarrollo curricular, orientado a formación formal y no formal.
- Colabora: completa el ciclo de vida de una reunión y/o formación estableciendo grupos de trabajo, redes colaborativas profesionales (Social Learning) mediante compartición de ficheros, blog, tablón, vistas, etc.
- Reproduce: permite el almacenamiento, gestión y reproducción de vídeos bajo demanda mediante streaming.

1/2011, de 28 de enero, partiendo del artículo 9.1.1, que dispone cómo la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva sobre la creación, organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración y la de los entes instrumentales que de ella dependen (8).

El artículo 15.1, por su parte, dispone que la Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes a través de la Asamblea, del Presidente y de la Junta de Extremadura.

El artículo 31.1, siempre de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, indica que la Junta de Extremadura es el órgano colegiado que ejerce las funciones propias del Gobierno de la Comunidad Autónoma, y que la Junta de Extremadura, reunida en *Consejo de Gobierno*, expresión esta no contenida en el Estatuto aunque tradicional en la terminología legal autonómica, está compuesta por el Presidente, los Vicepresidentes, de haberlos, y los Consejeros (artículo 34.1.)

La Ley 1/2002, de 28 de febrero, del gobierno y de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, contiene en sus artículos 24 a 28, la regulación de la convocatoria, *quorum*, régimen de sesiones, régimen de acuerdos y levantamiento de actas de la Junta de Extremadura reunida en Consejo de Gobierno, no contemplando en dichos artículos, aunque desde luego sin impedirlo en ningún momento, la celebración de las sesiones por medios telemáticos a distancia.

Otro tanto cabe decir de las Comisiones Delegadas del Consejo de gobierno y principal órgano de auxilio y preparación del Consejo de Gobierno, la Comisión de Secretarios Generales, regulada a su vez en el artículo 29, siguiente a los anteriores.

Ya se puso de manifiesto en normativa de desarrollo de las previsiones legales anteriores, la necesidad, por agilidad y eficacia, de articular procedimientos para que las sesiones de dichos órganos fueran realizadas, sin perder el carácter de presencial de las sesiones, por medios electrónicos. A tal fin, se dictó el Decreto 188/2010, de 1 de octubre por el que se aprueban las normas de organización y funcionamiento del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y de la Comisión de Secretarios

(8) Esta competencia autonómica en materia de autoorganización ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía (STC 227/1988, fundamento jurídico 24), en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Dicha competencia implica «conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo» (STC 165/1986, fundamento jurídico 6.º), establecer cuales son «los órganos e instituciones» que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, fundamento jurídico 2.º), y son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito (STC 227/1988 y *a sensu contrario* STC 13/1988).

Generales, y se regula la utilización de medios electrónicos en el desarrollo de su actividad.

Pero de nuevo nos encontramos que en el mismo no se recoge previsión alguna de la más que posible, y en algunos casos deseable posibilidad de celebrar sesiones y adoptar acuerdos de dichos órganos a distancia, por medios telemáticos, hoy en día perfectamente seguros y eficientes para estas circunstancias.

Por lo tanto, no sólo en el contexto de la crisis del coronavirus, sino en posteriores necesidades análogas, se justifica más que sobradamente la regulación que se analiza, por la que se pretende, establecer el cauce regulatorio para una ágil respuesta del Consejo de Gobierno, de sus Comisiones Delegadas y de la Comisión de Secretarios generales ante diversas situaciones de crisis que exijan la celebración de sesiones sin la presencia física de sus miembros, a través de medios telemáticos.

Respecto de las sesiones de los órganos de gobierno de las entidades que forman la Administración Local, ocurre otro tanto, con los perfiles que ahora diremos.

En primer lugar, constatemos lo evidente: no existe previsión legal alguna respecto de la posibilidad de celebrar sesiones de dichos órganos de gobierno en la normativa estatal básica en la materia(9). En el ámbito de las entidades que conforman la Administración Local, el artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece el régimen de funcionamiento de los órganos colegiados representativos y de gobierno de las entidades locales, fijando la periodicidad y tipicidad de sus sesiones.

Sin embargo, nada prevé expresamente la legislación básica de régimen local respecto a la celebración de sesiones telemáticas de dichos órganos. El mismo vacío normativo de regulación específica encontramos en el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

A este respecto, no obstante, debemos reseñar lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. En el mismo, se contempla la posibilidad de celebrar sesiones de órganos colegiados administrativos por medios telemáticos.

Aunque con una precisión y detalle mayor, no se trata en puridad de un artículo de nuevo cuño, sino que tiene como precedente la bastante

(9) Situación legislativa que ha sido calificada de «un nuevo olvido del legislador», *cfr.* al respecto, ALAMILLO DOMINGO, I. y VALERO TORRIJOS, J., «La continuidad del gobierno municipal y la administración electrónica como medida de contingencia en la crisis del SARS-CoV-2/ COVID-19», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20 de Marzo de 2020, consultado electrónicamente, LA LEY 3318/2020.

desapercibida disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (10), que como todos sabemos, pergeñaba como procedimiento especial, en confusa dualidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el preterito procedimiento administrativo por medios electrónicos (11).

El actual artículo 17 indica, en su primer apartado, que «en las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias».

Igualmente prevé el precepto, en su apartado tercero, que «Salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos, haciendo constar en la misma el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación cuando sea posible, las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión».

(10) Dicha disposición indica:

«1. Los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y el 27.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. En la Administración General del Estado, lo previsto en el apartado anterior se efectuará de acuerdo con las siguientes especialidades:

- a) Deberá garantizarse la realización efectiva de los principios que la legislación establece respecto de la convocatoria, acceso a la información y comunicación del orden del día, en donde se especificarán los tiempos en los que se organizarán los debates, la formulación y conocimiento de las propuestas y la adopción de acuerdos.
- b) El régimen de constitución y adopción de acuerdos garantizará la participación de los miembros de acuerdo con las disposiciones propias del órgano.
- c) Las actas garantizarán la constancia de las comunicaciones producidas así como el acceso de los miembros al contenido de los acuerdos adoptados».

(11) Ya se criticó por la doctrina dicha dualidad de procedimientos, aspecto este corregido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que en su propia exposición de motivos reconoce que «en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones». Por todos, *cfr.* RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., «Introducción y problemática del procedimiento administrativo electrónico común», *Revista de derecho de Extremadura*, ISSN 1888-5519, núm. 2, 2008, págs. 478-503 (pág. 484).

Respecto a los acuerdos, que serán adoptados por mayoría de votos, prescribe el apartado 5 que «Cuando se asista a distancia, los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia» (12).

Evidentemente, esta previsión legal está diseñada para los órganos administrativos y no políticos o representativos, en la interpretación constitucional que establece el Tribunal Constitucional en su Sentencia 50/1999, de 6 de abril, referida a la aplicación de las bases del procedimiento común a los órganos colegiados de gobierno de las CCAA, y no parece, por tanto, adecuado *prima facie*, aplicar analógicamente la previsión contenida en el artículo 17.

A esta conclusión debe llegarse además por la aclaración que realiza la misma Ley 40/2015, en su Disposición adicional vigesimoprimera, Órganos Colegiados de Gobierno, cuando expresa y taxativamente dispone que «Las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos Colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales».

3. La regulación para los órganos de Gobierno del Estado y las constricciones de la doctrina constitucional

Naturalmente este cuadro quedaría incompleto sin reseñar la primera iniciativa en el tiempo de contar con sesiones de órganos de gobierno por medios telemáticos. Nos referimos naturalmente a la previsión del Gobierno de la Nación, a resultas de la crisis originada por el COVID-19, a escasos días de la reacción autonómica que mas adelante será objeto de análisis.

La misma se contiene en la disposición final 1 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19(13), que añade una Disposición adicional tercera de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que prevé, que en situaciones excepcionales, y cuando la naturaleza de la crisis lo exija, el Presidente del Gobierno podrá decidir mo-

(12) Como oportunamente señala VALERO TORRIJOS, «se trata sin duda de una previsión legal dirigida a fijar con claridad la competencia judicial en orden a una eventual impugnación en sede judicial contencioso-administrativa». *Cfr.* VALERO TORRIJOS, J., «Los órganos administrativos», en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de Procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 2660.

(13) *BOE* núm. 65, de 13/03/2020.

tivamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, siempre que los miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones.

En el segundo inciso de la disposición aclara que, a estos efectos, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias y videoconferencias.

Nos interesa, llegados a este punto, aludir a la exposición de motivos de este primer Decreto-Ley de medidas para paliar los efectos del COVID-19, no solo como justificación de la previsión normativa aprobada, sino por su alusión a la doctrina constitucional que a continuación comentaremos.

Justifica el Preámbulo del real Decreto-Ley que en el contexto de la situación creada como consecuencia de la propagación del coronavirus COVID-19, la disposición final primera modifica la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, a fin de establecer la posibilidad de que el Presidente del Gobierno, en situaciones excepcionales y cuando la naturaleza de la crisis lo exija, decida motivadamente que el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas del Gobierno y la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios puedan celebrar sesiones, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios electrónicos, con las debidas garantías.

Aclara continuación que dicha previsión afecta, exclusivamente, a un aspecto parcial y concreto del régimen de funcionamiento del Gobierno en tanto que órgano colegiado de dirección política, y no a elementos estructurales, esenciales o generales de su organización y funcionamiento (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 4).

Y continúa explicando el expositivo que los términos de la citada modificación son respetuosos con el principio subyacente al artículo 97 de la Constitución, conforme al cual la reunión presencial del Gobierno debe ser la regla general, puesto que, en línea con lo señalado en la reciente STC 45/2019, de 27 de marzo (14) (FJ 6 B), la celebración de sesiones y la adopción de acuerdos a distancia debe reservarse para casos justificados, excepcionales y con las oportunas garantías.

Y es que el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en esa sentencia sobre la celebración no presencial del go-

(14) SENTENCIA 45/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99, de 25 de abril de 2019). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25890>

bierno autonómico, en relación con determinados preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2018, de 8 de mayo de modificación de la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalitat y del Gobierno.

En dicho Fundamento jurídico sexto, la sentencia expone los límites de la constitución y celebración de sesiones no presenciales de órganos de gobierno de las administraciones. Defiende *ab initio* el Alto tribunal, como ya hemos destacado anteriormente «la singularidad del Gobierno como órgano colegiado, lo que excluye que se le puedan trasladar, sin más, las reglas generales sobre uso de medios telemáticos previstas para los órganos colegiados “administrativos”, (...). Habrá actuaciones, como la remisión de la documentación preparatoria, las convocatorias o las actas, en las que el uso de medios telemáticos por el Gobierno no plantee ninguna objeción desde la óptica constitucional. En cambio, para aquellas otras que constituyen el núcleo de su función, como es la forma de celebrar las sesiones, deliberar y adoptar acuerdos, la conclusión no puede ser la misma».

De esta manera, el TC concluye⁽¹⁵⁾, con carácter general, que para los órganos colegiados de Gobierno y representación «El ejercicio de sus funciones, sin temor a interferencias externas, la propia seguridad de sus miembros, la libertad con que deban afrontar su participación en los debates y deliberaciones y el secreto que deben preservar respecto de estas pueden no quedar protegidas en una reunión a distancia con las mismas garantías que en una presencial».

Dicho lo anterior, el TC consiente que, fijada la regla ordinaria de la presencialidad, se celebren sesiones a distancia, supeditando esta posibilidad a la necesidad y excepcionalidad: «la regla que hemos inferido de la naturaleza de este órgano, plasmada en concretos preceptos del bloque de la constitucionalidad, es que *tal forma de constituirse y celebrar sesiones debe ser la excepción, motivada por circunstancias cualificadas y con las oportunas garantías*».

Así las cosas, resulta evidente que esa naturaleza de excepcionalidad debe presidir cualquier regulación, comenzado por la del Gobierno de la nación y siguiendo, como veremos a continuación, con las que abordan la materia para las Comunidades Autónomas y los entes locales.

(15) Con oportuna cita a la muy próxima en el tiempo Sentencia 19/2019, de 12 de febrero (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019).

II. La celebración de sesiones de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas por medios telemáticos. La opción de la Junta de Extremadura

De esta manera, surge la necesidad y la conveniencia, en el contexto de la crisis de 2020, de que la Comunidad Autónoma de Extremadura, aborde la normativa con rango legal que dé cobertura a esta importante y necesaria cuestión.

Y ello se realiza a través de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de entidades locales prevista en el artículo 9.1.3 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, y en el marco de lo previsto en el artículo 53.2 de nuestra norma institucional básica, que prevé que, en el marco de la legislación básica del Estado, la Comunidad Autónoma regulará el régimen jurídico de las entidades locales de Extremadura, teniendo en consideración las diferentes características de las mismas y su diversa capacidad de gestión competencial(16). Así, la norma, aprobada por Decreto-Ley regula la convocatoria, constitución y régimen de las sesiones de los órganos colegiados representativos y de Gobierno de las entidades que forman la administración local de la Comunidad Autónoma de Extremadura por medios telemáticos en situaciones de crisis y la posibilidad de quedar constituidos y celebrar sesiones por esta vía de manera permanente en estos períodos de crisis.

Su regulación se realiza mediante el Decreto 20/2020, de 25 de marzo, por el que se regula la celebración telemática del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y su constitución con carácter extraordinario y permanente durante el período necesario para la gestión de situaciones de crisis(17).

Nótese en primer lugar, que la norma habla en todo momento de medios, sistemas o sesiones «telemáticas», prefiriendo esa expresión a la de «medios electrónicos» utilizada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. No parece incorrecta ni inadecuada la elección, toda vez que sin duda la elección terminológica de la ley básica estatal se arrastra por

(16) La noción de competencia exclusiva, sea en manos del Estado, sea en las de las Comunidades Autónomas, es un concepto en crisis y sometido a continua revisión. Así, la doctrina constitucional ha advertido del «sentido marcadamente equivoco con el que el adjetivo “exclusivo” se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados» (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre). De manera que no es reprochable incluso que la Constitución española hable en una misma materia de competencia exclusiva, y que un Estatuto de Autonomía tilde a esa misma materia igualmente de exclusiva, toda vez que el Tribunal Constitucional ha determinado que «es evidente (...) que la operación jurídica de sumar competencias exclusivas da por resultado su transformación en compartidas» (Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1995, de 5 de octubre).

(17) *DOE* núm. 64, miércoles, 1 de abril de 2020.

inercia del anexo de definiciones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, derogado precisamente por la Ley 39/2015 en su disposición derogatoria única 2.b). En dicho anexo, recordemos, de 2007, se elucidaba que por medios electrónicos había que entender aquel «Mecanismo, instalación, equipo o sistema que permite producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras», sin duda una definición muy superada y entendemos menos explicativa que la propia de la palabra «telemática» ofrecida por el Diccionario de la Real Academia, que se define como «Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión de información computarizada».

En otro orden de cosas, debemos destacar que, aunque a nadie escapa que el detonante de la norma sea la situación de crisis provocada por la pandemia de coronavirus, evidentemente de manera consciente se ha querido desvincular de ese precedente para que su inserción en el ordenamiento lo sea con carácter permanente y no pueda interpretarse como normativa de emergencia, en términos de excepcionalidad, por lo que ni en el título se hace referencia a la situación de crisis que primariamente justifica la norma, ni en su expositivo se vincula la norma a esa particular emergencia sanitaria, sino que en todo momento se hace referencia a «situaciones de crisis, en las que resulta difícil o incluso contraproducente las reuniones presenciales, cuando cobran mayor relieve las reglas que permiten la celebración de sesiones por medios telemáticos, con el fin de obtener la máxima eficiencia y celeridad en la toma de decisiones de órganos colegiados políticos».

Así, afirma dicho expositivo que con esa norma, se pretende «establecer el cauce regulatorio para una ágil respuesta del Consejo de Gobierno, de sus comisiones delegadas y de la Comisión de Secretarios generales ante diversas situaciones de crisis, actuales o futuras, que exijan la celebración de sesiones sin la presencia física de sus miembros, a través de las plataformas de trabajo en grupo de las que ya dispone la Junta de Extremadura y que están siendo utilizadas de manera intensiva en situaciones de teletrabajo».

Por todo ello, en el ejercicio de la facultad de autoorganización prevista en el artículo 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, y según lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a propuesta conjunta de la Presidencia y de la Vicepresidenta Primera y Consejera de Hacienda y Administración Pública, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en reunión celebrada el 25 de marzo de 2020, se aprueba dicha norma.

Nótese una consideración que conviene hacer con respecto a las normas autonómicas referidas a los órganos de gobierno de la región y de los entes locales.

Aunque el Decreto que regula las sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de la Comunidad Autónoma se publicó el día 1 de abril de 2020, y el Decreto-Ley 3/2020, de 25 de marzo, que hace lo propio con las entidades locales se publicó el 27 de marzo, debemos entender que ambas normas surgieron en el mismo momento, habiéndose deliberado ambas normas en el mismo Consejo de Gobierno.

Descendiendo ya a su articulado, el reglamento autonómico permite que el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, cuando así lo acuerde motivadamente el Presidente de la Junta de Extremadura, pueda celebrar sesiones no presenciales, adoptar acuerdos y aprobar actas a distancia por medios telemáticos, en particular, en situaciones nacionales o autonómicas de crisis.

A tal efecto, continúa la norma, la Administración de la Junta de Extremadura asegurará la comunicación por sistemas telemáticos entre los miembros de dicho órgano en tiempo real durante las sesiones, disponiéndose los medios de seguridad necesarios para garantizar el carácter secreto o reservado de sus deliberaciones.

Respecto de los medios que pueden utilizarse para las sesiones telemáticas, el decreto recoge que se consideran medios telemáticos aptos para la celebración a distancia de las sesiones del Consejo de Gobierno, las plataformas digitales de trabajo en grupo incluidas dentro del entorno de aplicaciones «TENTUDÍA» de la Junta de Extremadura, y en particular la aplicación de networking TEAMS (18).

No obstante la mención expresa a dichas plataformas, con buen criterio y pensando sin duda en avances tecnológicos venideros, la disposición final primera del propio Decreto, permite que se puedan habilitar por la Presidencia de la Junta (entendemos que mediante Decreto del Presidente) otros medios telemáticos aptos para la celebración a distancia de las sesiones del Consejo de Gobierno, de la Comisión de Secretarios Generales y, en su caso, de las Comisiones Delegadas; y en particular, otras plataformas digitales de trabajo, de acuerdo con los criterios técnicos que marque la Consejería competente en materia de tecnología de la información y comunicación.

Por su parte, respecto de la Convocatoria y asistencia del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura por medios telemáticos, el Decreto

(18) Aplicación de trabajo en grupo que permite chat, transferencia de archivos, audio y videoconferencia, integrada en la suite Office 365, suscrita y personalizada por la Junta de Extremadura como TENTUDÍA, y perteneciente a Microsoft Corporation, One Microsoft Way, Redmond, WA 98052-7329. Disponible en <https://www.microsoft.com/es-es/microsoft-365/microsoft-teams/group-chat-software>

dispone que las sesiones ordinarias y extraordinarias del Consejo de Gobierno serán convocadas por orden del Presidente de la Junta de Extremadura mediante convocatoria cursada por el titular de la Secretaría General de la Presidencia de la Junta de Extremadura, por los medios oficiales o telemáticos que sean necesarios. Dicha convocatoria se realizará mediante la inserción telemática correspondiente, con expresión del orden del día, fecha y hora de inicio. Igualmente, será remitida por el correo electrónico oficial a los componentes del Consejo de Gobierno, con al menos, cuarenta y ocho horas de antelación a la celebración de la sesión, salvo que por razones de urgencia resulte imposible. En relación con la constitución del órgano y la toma de decisiones, el Decreto distingue dos supuestos:

De un lado, el Consejo de Gobierno por medios telemáticos se considerará válidamente constituido cuando confirmen por medios electrónicos su asistencia el Presidente y al menos la mitad de los titulares de las Consejerías.

De otro, como una suerte de especialidad de la especialidad, y sin perjuicio de lo anterior, por razones de emergencia, se podrá constituir el Consejo de Gobierno en sesión virtual y extraordinaria permanente. A tal efecto, la asistencia al mismo se acreditará mediante la confirmación escrita en la aplicación de trabajo en grupo, de al menos el Presidente y dos terceras partes de los titulares de las Consejerías, de lo que dará fe la Secretaría del Consejo de Gobierno.

Dos precisiones hay que hacer llegados a este punto. En primer lugar, que de conformidad con lo ya previsto en el Decreto 188/2010, de 1 de octubre por el que se aprueban las normas de organización y funcionamiento del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura y de la Comisión de Secretarios Generales, y se regula la utilización de medios electrónicos en el desarrollo de su actividad, a los efectos de acreditación de la identidad de los participantes en las sesiones telemáticas (19), serán válidos los sistemas de firma electrónica siguientes:

- a) Firma basada en certificado electrónico de empleado público.
- b) Firma basada en el Documento Nacional de Identidad electrónico.
- c) Firma basada en los sistemas de firma electrónica emitidos por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (20).

(19) Adviértase que en virtud de lo previsto en el artículo 6 del Decreto objeto de análisis, ese Decreto 188/2010 se constituye en normativa supletoria del ahora comentado.

(20) Como resulta obligado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y en el Reglamento UE núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

De otro lado, respecto de la obligación de comprobar la asistencia e identidad remota de los miembros, con el fin de garantizar el contenido íntegro de las comunicaciones así como la identificación del remitente y destinatario de las mismas, mediante técnicas de autenticación adecuadas, aunque la norma no lo recoja, existen varios métodos para acreditar dicha identidad. Uno simple, que proponemos, sería que el titular de la Secretaría del Consejo de Gobierno extienda un acta de presencia en formato PDF firmado digitalmente y lo ponga a disposición de todos los presentes en la plataforma, en el momento de inicio de la sesión.

Dicha acta de presencia sería firmada digitalmente por todos los asistentes, comenzando por el Presidente, y siguiendo sucesivamente por los titulares de las Consejerías por un orden, pongamos por caso, el alfabético del primer apellido. Cuando el documento estuviera firmado digitalmente por todos los presentes en la sesión, comprobada la existencia de quorum, el Presidente abriría la sesión.

Debemos parar mientes, por otro lado en la novedosa figura de la «sesión permanente». Esta posibilidad incluye a nuestro parecer, la opción de que la sesión, iniciada en un momento determinado, permanezca continuamente abierta en el tiempo, sin límite de duración, hasta que se ponga fin a misma por parte del Presidente, levantando la sesión, aunque la norma no haga referencia a este momento final.

La idea no es desconocida, al menos en el plano teórico. Ya CERRILLO I MARTÍNEZ sostuvo que el principio de unidad de acto no quiebra por «el hecho de que una sesión de un órgano colegiado se desarrolle de forma virtual a lo largo de un amplio período de tiempo (...) siempre y cuando se garantice el desarrollo unitario de la sesión, se mantengan el *quorum* establecido y, al fin y al cabo, se trabaje sobre los asuntos incluidos en el orden del día que rige aquella sesión» (21).

Continúa el Decreto analizado precisando que las decisiones y acuerdos del Consejo de Gobierno por medios telemáticos se adoptarán mediante la oportuna deliberación y sin votación formal.

Con el fin de dotar a la adopción de acuerdos de un suficiente grado de formalidad y fehaciencia, prevé la norma que cuando el Presidente considere concluida la deliberación sobre un asunto del orden del día, expresará el resultado de la misma, mediante la comunicación escrita en la aplicación utilizada, de la fórmula siguiente: «Se aprueba la moción. Que por el Secretariado del Consejo de Gobierno se dé curso y levante acta

(21) Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Órganos colegiados electrónicos», en GAMERO CASADO E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menos, 2008, págs. 523 a 552 (pág. 548).

de la misma». Aunque *a priori* pareciera el formulismo anterior un ritualismo innecesario, parece que la norma trata de ofrecer una garantía clara y concreta de anuencia presidencial en la formación de la voluntad del órgano.

Esto se compadece y armoniza con la naturaleza de la forma de gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura en particular, y con los gobiernos autonómicos en general.

Resulta un lugar común en la doctrina hablar de la preeminencia del Presidente de la Comunidad Autónoma en detrimento de la forma colegial de gobierno, llegándose a hablar de «Gobierno de Canciller», ejerciendo el Presidente una posición dominante, sin llegar a perder el Consejo de Gobierno su condición de órgano colegiado (22).

En el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, esta naturaleza se ve subrayada adicionalmente por el contenido del artículo 25.2 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que prescribe que «Las decisiones y acuerdos del Consejo de Gobierno se adoptarán mediante la oportuna deliberación y sin votación formal. Cuando el Presidente considere concluida la deliberación sobre un asunto del orden del día, expresará el resultado de la misma».

Esta característica, como afirma SORIANO GARCÍA, «sitúa al Presidente por encima de la clásica definición del Gobierno como un colegio en el que se Presidente es un *primus inter pares*. Muy lejos de dicha postura, la institución dispone de fuerza *a se stante* por encima desde luego de los meros poderes de coordinación del equipo de gobierno» (23).

Aclara la norma a renglón seguido que serán válidas las intervenciones escritas, orales o mediante combinación de imagen y sonido, a decisión de los intervinientes, siempre que el medio elegido resulte idóneo para la expresión de la voluntad de los miembros, y añade la cautela de que las deliberaciones emitidas en Consejo de Gobierno por medios telemáticos tendrán carácter reservado y secreto, estando obligados sus componentes a mantener dicho carácter, aun cuando hubieran dejado

(22) Por todos, CORONA FERRERO, J., «El presidente y el gobierno de las Comunidades Autónomas», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, págs. 287-350 (pág. 345).

En el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de la misma opinión, *cf.* LÓPEZ GUERRA, L., «La organización de los poderes públicos autonómicos. La forma de gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *El Derecho de Extremadura. Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Ed. Asamblea de Extremadura, Mérida, 2005, págs. 135-146 (pág. 140).

(23) SORIANO GARCÍA, J.E., «Organización Administrativa», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *El Derecho de Extremadura*, *op. cit.*, págs. 167-175 (pág. 171).

de pertenecer a la Junta de Extremadura. Dicha obligación se extiende, como procede, a las demás autoridades y funcionarios que en ejercicio de sus funciones tengan acceso a los medios telemáticos utilizados.

Asimismo, se explica, que la documentación que se presente a la Junta de Extremadura reunida en Consejo de Gobierno por medios telemáticos tendrá carácter reservado y secreto, salvo que éste decida hacerla pública.

Como no podría ser de otra manera, indica el reglamento comentado que por el secretariado del Consejo de Gobierno se levantará acta de las sesiones no presenciales, y formalizará los certificados de los acuerdos adoptados por el Consejo de Gobierno y de dichas actas de las sesiones en la forma dando curso oficial pasa su ejecución.

A través de la Disposición adicional primera, siempre del referido Decreto autonómico, se regula la convocatoria, constitución y régimen de las sesiones de la Comisión de Secretarios Generales por medios telemáticos en situaciones de crisis. A tal efecto, dicho órgano será convocado por quien desempeñe su Presidencia. La convocatoria, con expresión del orden del día, será remitida por la Secretaría de la Comisión mediante correo electrónico oficial a los miembros de la misma, previéndose además que podrán, asimismo, celebrarse sesiones de la Comisión por medios telemáticos, sin convocatoria previa, con el fin de elevar asuntos al Consejo de Gobierno cuando así lo decida la Presidencia y se confirme la asistencia telemática de las dos terceras partes de sus componentes, incluidas la Abogacía General y la Intervención General. Podrá reunirse, igualmente, por estos mismos medios, con carácter extraordinario, cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejen o lo solicite la mitad más uno de sus componentes, previa convocatoria de la Presidencia.

Se prescribe además que, cuando la especialidad de los asuntos a tratar o la importancia de éstos así lo requiera, y sólo a los efectos de informar, a propuesta del titular de la Consejería competente podrán asistir a las reuniones telemáticas de la Comisión de Secretarios Generales, expresamente convocados por la Presidencia, otras autoridades o funcionarios de la Junta de Extremadura para que informen sobre aquéllos.

Se utilizarán para las sesiones por medios telemáticos las mismas plataformas digitales de trabajo en grupo previstas para la celebración de sesiones telemáticas del Consejo de Gobierno, antes citadas.

Y por último, en la Disposición adicional segunda, se regula análogamente la celebración de Comisiones Delegadas del Consejo de Gobierno por medios telemáticos en situaciones de crisis, con una remisión *in toto*, a lo previsto para el propio Consejo de Gobierno en el Decreto.

III. La celebración de sesiones telemáticas de los órganos de gobierno de las entidades locales: de la inicial previsión de la Comunidad Autónoma de Extremadura a la modificación de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local

1. Antecedentes

Dos antecedentes son dignos de destacar antes de pasar a comentar la iniciativa legislativa autonómica extremeña en materia de régimen local y la respuesta mimética estatal que siguió.

De un lado, ante la necesidad de articular el procedimiento telemático en los órganos de gobierno de los entes locales, por parte de la dirección general de régimen jurídico autonómico y local de la Secretaría de Estado de Política Territorial dependiente del Ministerio de política territorial y función pública, se dictó el 21 de marzo de 2020 la «Nota informativa sobre la posibilidad de que los órganos representativos locales y de gobierno (plenos, juntas de gobierno, comisiones de pleno), así como otros órganos colegiados locales (como juntas de contratación) puedan reunirse de manera telemática y adoptar acuerdos durante el estado de alarma» (24).

En dicho informe, ante la falta de previsión expresa legal, y con la apoyatura básica de la aplicación analógica del meritado artículo 17 de la Ley 40/2015, se concluye que por «las Entidades Locales que no han adoptado medidas al respecto y que, no cuentan con previsiones *ad hoc* en su Reglamento Orgánico: Se adopte, por los Órganos de Gobierno, iniciativa de acuerdo o moción —a consensuar previamente con los Portavoces de los Grupos representados en el Pleno— para sometimiento al mismo de propuesta sobre inclusión de modificación, o revisión de previsiones normativas en el Reglamento Orgánico de la Entidad Local, relativas a aplicaciones destinadas a la preparación de las sesiones de los Órganos colegiados, para el desarrollo de las sesiones, con especial referencia a la posibilidad de voto electrónico (urna electrónica) en caso de no presencia justificada de alguno o algunos integrantes en el lugar de celebración de la sesión del órgano colegiado; aplicaciones para la documentación de los actos de los Órganos colegiados; etc.».

Si nos fijamos, se trata de una magra recomendación que dista mucho de suponer un anclaje sólido para permitir la constitución y celebración de sesiones íntegramente no presenciales y telemáticas, con lo que no resolvía en puridad un asunto que a todas luces debía de tener una respuesta legislativa.

(24) Disponible en http://www.femp.es/sites/default/files/multimedia/nota_informativa_sobre_la_posibilidad_de_que_los_organos_representativos_locales_y_de_gobierno_plenos_juntas_de_gobierno_comisiones_de_pleno_así_como_otros_organos_colegiados_locales_como_juntas_de_contrata.pdf

Y la primera respuesta legislativa vino de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que en la Disposición adicional tercera del Decreto-Ley 7/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de salud y gestión de residuos sanitarios, de transparencia, de transporte público y en materia tributaria y económica, ha regulado cabalmente la materia en el ámbito de sus entes locales:

«1. Los órganos colegiados de las entidades locales de Cataluña pueden constituirse, convocar y celebrar sesiones, adoptar acuerdos y remitir actos a distancia, cuando concurren situaciones de fuerza mayor o de grave riesgo colectivo, catástrofe y calamidades públicas. A estos efectos, la convocatoria de las sesiones deberá motivar la concurrencia o mantenimiento de la situación que justifica excepcionalmente la celebración a distancia.

2. En las sesiones que se celebren a distancia, los miembros de los órganos colegiados pueden encontrarse en diferentes lugares, siempre que se asegure por medios electrónicos, considerando también como los telefónicos y audiovisuales, la identidad de los miembros, y de las personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones y el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión.

3. Los medios electrónicos empleados deben garantizar que no se produzcan interferencias externas, la seguridad de las personas miembros, el mantenimiento del quórum de constitución, la libertad en la participación en los debates y deliberaciones, y el secreto de estas.

4. A efecto de garantizar el carácter público de las sesiones se deberá prever su difusión por medio de cualquier mecanismo audiovisual o digital» (25).

El expositivo de dicha norma nos aclara su sentido y significado, aun con alguna expresión extraña, como la apelación al mantenimiento de «valores superiores», que no se explican con precisión: «visto que en casos de fuerza mayor o por preservar valores superiores, se debe posibilitar que las sesiones de los órganos colegiados de las administraciones locales de Cataluña y de los órganos de asistencia y apoyo se puedan celebrar a distancia, con sujeción en todo caso a estrictas reglas que garan-

(25) *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8089-19.3.2020.

ticen el ejercicio de las funciones que les corresponden, lo que, vista la situación de pandemia declarada por la Organización Mundial de Salud en relación con el coronavirus causante del COVID-19, obliga, como situación de extraordinaria y urgente necesidad, a introducir una regulación que permita que las reuniones de los órganos colegiados de las administraciones locales se puedan celebrar a distancia, en situaciones excepcionales que, preservando la no puesta en riesgo de la salud de las personas, permitan que los órganos de Gobierno y de apoyo y asistencia de los municipios que le son propios puedan funcionar ordinariamente».

2. La respuesta de la Comunidad Autónoma de Extremadura

Con las referencias anteriores, y al tiempo que se tramitaba el Decreto correspondiente a los órganos colegiados de gobierno de la Comunidad Autónoma, el ejecutivo autonómico aborda la tarea de regular para los entes locales de su territorio, la posibilidad, como sabemos no prevista entonces en la normativa local, de reuniones telemáticas de sus órganos de gobierno.

A tal efecto, introduce en el Decreto-Ley autonómico 3/2020, de 25 de marzo (26), por el que se aprueban medidas urgentes y extraordinarias en el ámbito administrativo para responder al impacto de la crisis ocasionada por el COVID-19, una Disposición adicional única intitulada «Convocatoria, constitución y régimen de las sesiones de los órganos colegiados representativos y de Gobierno de las entidades que forman la administración local de la Comunidad Autónoma de Extremadura por medios telemáticos en situaciones de crisis».

En primer lugar, prescribe tal disposición que los órganos colegiados representativos y de Gobierno de las entidades locales de Extremadura, podrán constituirse, convocar y celebrar sesiones, adoptar acuerdos y remitir actos a distancia.

Y ello lo condiciona a dos circunstancias concurrentes, con el fin de adecuar, como hemos visto, esta posibilidad a la doctrina constitucional:

- que tenga carácter excepcional y
- que fuese necesario para garantizar el funcionamiento de las instituciones locales.

Igualmente, como subcriterio de lo anterior, cuando concurren situaciones de crisis con grave riesgo colectivo, catástrofes, calamidades públicas o cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 116 de la

(26) DOE de, 27 de marzo de 2020 12317 número 61.

Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, dichos órganos podrán constituirse, convocar y celebrar sesiones, adoptar acuerdos y remitir actos a distancia, en sesión virtual y extraordinaria permanente. A estos efectos, la convocatoria de las sesiones deberá motivar la concurrencia o mantenimiento de la situación que justifica excepcionalmente la celebración a distancia y su carácter de sesión permanente.

En los dos casos, las sesiones se celebrarán a través de sistemas tecnológicos de videoconferencia o similares que garanticen la seguridad tecnológica, la identidad de los miembros, y de las personas que los suplan, la participación de todos los miembros en condiciones de igualdad, los requisitos de *quorum*, la validez de su realización, debates y de los acuerdos que se adopten.

En una redacción similar a la ya vista para los órganos de gobierno de la Comunidad Autónoma, se expone que serán válidas las intervenciones escritas, orales o mediante combinación de imagen y sonido, a decisión de los intervinientes, siempre que el medio elegido resulte idóneo para la expresión de la voluntad de los miembros y se garantice el contenido de sus manifestaciones y el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión.

Concluye la previsión normativa de la disposición adicional con una mención a que, al efecto de garantizar el carácter público de las sesiones, norma general prevista en el artículo 70.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (27), que se deberá prever su difusión por medio de cualquier mecanismo audiovisual o digital.

Así las cosas, pese a lo que consideramos una iniciativa muy oportuna y ágil de la Comunidad Autónoma extremeña que, al amparo de sus competencias en materia local, regula una especialidad en su territorio que colma la evidente laguna de la norma estatal básica.

La práctica de la Comunidad Autónoma es perfectamente posible y admitida por la doctrina constitucional. Lo explica con claridad MUÑOZ MACHADO: «la potestad legislativa concurrente permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas en el marco o con el límite de lo que establezca la legislación básica del Estado, si existe. Pero la inexistencia de esa legislación no modifica ni priva a las Comunidades Autónomo-

(27) En su redacción dada por la por el art. 1.1 de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En este precepto se indica que «Las sesiones del Pleno de las corporaciones locales son públicas. No obstante, podrán ser secretos el debate y votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución, cuando así se acuerde por mayoría absoluta. No son públicas las sesiones de la Junta de Gobierno Local».

mas de sus competencias, de modo que pueden usar su legislación para formular libremente las políticas que en cada sector material les parezcan más pertinentes. Las bases son, pues, un límite a los contenidos posibles de la legislación autonómica, pero esta no constituye necesariamente un desarrollo formal de aquellas» (28).

3. La modificación de la norma básica estatal en materia local

No se nos escapa que la solución autonómica al problema de las sesiones a distancia de los órganos de gobierno locales dista de ser óptima, al suponer la posible coexistencia de diecisiete normas al respecto en una materia que, *a priori*, debería tener una solución unificada y entrar a formar parte del mínimo común normativo (29) que constituye la legislación básica estatal.

Ese mismo criterio debió imponerse con rapidez, toda vez que la reacción estatal, aunque no tan rápida como cabría esperar, llegó en cuestión de días.

De hecho, el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo (30), por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, dispuso una disposición final segunda a través de la cual se añade un nuevo apartado 3 al artículo 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, para colmar la laguna que nos ocupa.

Justifica su exposición de motivos dicha modificación de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, en la consabida circunstancia de que «la pandemia ha puesto de manifiesto la necesidad de que, ante situaciones de crisis de tal envergadura, que puedan producirse por causas de fuerza mayor, grave riesgo colectivo o catástrofe pública, se puedan adoptar medidas conducentes a garantizar el funcionamiento democrático y eficaz de las Entidades Locales».

La redacción de la adición final al referido artículo 46 establece que «en todo caso, cuando concurren situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial de las sesiones de los órganos colegiados de las Entidades Locales, estos podrán, apreciada la concurrencia de la situación

(28) Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo IX, *La Organización Territorial del Estado II*, Ed. BOE, Madrid, 1.ª ed. 2015, pág. 140.

(29) Entre otras, SSTC 32/1981, 1/1982, 32/1983, 48 y 49/1988 o 69/1988.

(30) BOE núm. 91, de 1 de abril de 2020, págs. 27885 a 27972.

descrita por el Alcalde o Presidente o quien válidamente les sustituya al efecto de la convocatoria de acuerdo con la normativa vigente, constituirse, celebrar sesiones y adoptar acuerdos a distancia por medios electrónicos y telemáticos, siempre que sus miembros participantes se encuentren en territorio español y quede acreditada su identidad. Asimismo, se deberá asegurar la comunicación entre ellos en tiempo real durante la sesión, disponiéndose los medios necesarios para garantizar el carácter público o secreto de las mismas según proceda legalmente en cada caso (31).

(31) Sobre el desarrollo de las sesiones telemáticas, ALMONACID LAMELAS diseña un concreto *va-demécum* de su funcionamiento:

«Cuestiones previas. Todos y cada uno de los integrantes del Pleno deben tener testado y asegurado, con anterioridad, el acceso a la aplicación elegida para llevar a cabo la tele reunión. Asimismo deberán estar en disposición física y técnica de tele conectarse, haciéndolo a más tardar hasta 5 minutos antes de la hora fijada para el inicio de la sesión. (...).

Inicio de la sesión. Llegada la hora de inicio, y una vez constatado el quórum por parte del secretario/a, el Alcalde iniciará la sesión. En cuanto al lugar de celebración, la realidad obliga a indicar en el acta que el Pleno se celebra telemáticamente, la misma excepcionalidad que justifica este tipo de modalidad de sesión, también justificaría la omisión de un elemento esencial en las actas, como es la indicación de lugar de celebración. En cuanto al quórum, se requiere, como es natural, la asistencia del propio Alcalde/Presidente y de la mitad más uno de los concejales o diputados, además por supuesto del fedatario público. Es este quien debe dar fe, precisamente, de la identidad de los miembros de derecho de la Corporación, (...) El Alcalde tomará la palabra al inicio de cada punto, moderando el turno de intervenciones y cediendo a su vez la palabra a los concejales que así lo soliciten de forma inequívoca, a fin de que se desarrolle el debate con normalidad de acuerdo con las reglas generales reguladoras del desarrollo de los Plenos, establecidas tanto en legislación de régimen local como en el ROM. En este sentido, salvo por las especialidades que impliquen los medios telemáticos, se debe procurar en la medida de lo posible que el Pleno sea "normal".

Votación remota. (...) se aconseja utilizar un sistema de votación individual, ciertamente más lento pero mucho más seguro, que puede consistir en que el Alcalde pregunte y en su caso repregunte uno a uno a los concejales el sentido de su voto (a favor, en contra o abstención), dando tiempo a que el secretario visualice y/o escuche dicho sentido y apunte, uno a uno, el parecer de los miembros de la Corporación. Después de sumar cada una de las opciones puede ser el mismo secretario el que informe en voz alta del quórum obtenido (y si se entiende aprobado el acuerdo), sin perjuicio de que probablemente es conveniente que el Alcalde lo proclame con posterioridad en voz alta.

Acta y acta audiovisual. (...) la herramienta y la tecnología habilitada lo permite, podría incluso retransmitirse la sesión, en *streaming*, para la ciudadanía, cumpliendo así con el principio de publicidad y compensando la imposibilidad de que asista público (...). También se recomienda absolutamente la grabación de la sesión a través de la herramienta correspondiente de la aplicación utilizada. Dicha grabación se insertará posteriormente, en su caso, en el programa de gestión de videoactas, generando el documento audiovisual correspondiente. En un modelo de mínimos, el secretario simplemente tomará sus notas y elaborará un acta por escrito de los acuerdos adoptados y lo acaecido en la sesión».

Vid., ALMONACID LAMELAS, V., «Sobre la posibilidad de celebrar Plenos íntegramente telemáticos durante el estado de alarma, y cómo hacerlo», Publicado el 18 de marzo de 2020, en el blog «Nosoloaytos», y disponible en <https://nosoloaytos.wordpress.com/2020/03/18/sobre-la-posibilidad-de-celebrar-pletos-integramente-telematicos-durante-el-estado-de-alarma-y-como-hacerlo/>

A los efectos anteriores, se consideran medios electrónicos válidos las audioconferencias, videoconferencias, u otros sistemas tecnológicos o audiovisuales que garanticen adecuadamente la seguridad tecnológica, la efectiva participación política de sus miembros, la validez del debate y votación de los acuerdos que se adopten».

Varias consideraciones tenemos que realizar al respecto. En primer lugar, en cuanto a la relación con la norma autonómica extremeña preexistente en el tiempo, nos encontramos sin duda con una ampliación del ámbito de lo básico, con el consiguiente desplazamiento e inaplicación de la norma autonómica en caso de contradicción con la nueva norma básica(32).

En segundo lugar, vemos que el articulado, aunque concomitante en buena parte con la norma autonómica, difiere en dos aspectos que debemos remarcar.

Por un lado, es más exigente la norma estatal, y debemos inferir que debe aplicarse, y por ende sustituir el predicado autonómico, a la hora de establecer los presupuestos habilitantes para permitir las sesiones a distancia:

La norma estatal exige la confluencia de los siguientes factores:

- a) situaciones excepcionales de fuerza mayor, de grave riesgo colectivo, o catástrofes públicas
- b) que impidan o dificulten de manera desproporcionada el normal funcionamiento del régimen presencial.

Insistimos, estimamos que en este caso, la norma básica, con sus supuestos más rígidos y exhaustivos, contradice la norma autonómica, que recordamos sólo establecía como requisitos genéricos, la excepcionalidad y necesidad para garantizar el funcionamiento de las instituciones locales, por lo que la norma autonómica debe ceder e inaplicarse en base a esa extensión del ámbito material de lo básico.

De otro lado, la norma estatal básica, no prevé un supuesto como el especial recogido en la norma autonómica, de constitución de las sesiones telemáticas con carácter permanente, para las que se exigen unos requisitos incluso más exigentes que el supuesto general estatal, por lo que

(32) De nuevo, nos apoyamos en la conclusión al respecto de MUÑOZ MACHADO, S., «Las Comunidades Autónomas no están obligadas, para ejercer sus competencias de desarrollo legislativo, a esperar a que se dicte una específica legislación básica; lo que es básico en cada materia pueden deducirlo de la legislación vigente y, respetando esas reglas básicas, dictar a continuación las normas de desarrollo que tengan por conveniente.

(...) las Comunidades Autónomas, al deducir de la legislación vigente los principios que consideran esenciales o básicos, sustituyen una función que corresponde al legislador estatal. Aunque una ley básica posterior tendría el efecto de desplazar cualquier norma autonómica que la contradijera, las anticipaciones autonómicas a la legislación básica siempre tienden a producir un efecto de desagregación y heterogeneidad regulatoria (...), *op. cit.*, pág. 139.

entendemos, bien pudiera mantenerse vigente, ante la no regulación de este aspecto por la norma básica (33).

Recordemos que, al respecto, la norma autonómica permitía esta peculiaridad «cuando concurren situaciones de crisis con grave riesgo colectivo, catástrofes, calamidades públicas o cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 116 de la Constitución y en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio».

IV. Conclusiones mas allá de la emergencia provocada por el COVID-19: una versátil y consistente regulación de la utilización de medios telemáticos por los órganos colegiados de gobierno en situaciones de crisis

A estas alturas, nadie duda de que nos encontramos en la era del teletrabajo. Pero han sido las desgraciadas circunstancias de una pandemia global, como la provocada por el coronavirus COVID-19, las que han supuesto un auténtico *tour de force* en lo relativo a la capacidad que las instituciones públicas y las empresas son capaces de responder masivamente al reto que supone este nuevo paradigma (34) del trabajo a distancia.

Como reflexión final, creemos conveniente subrayar que no nos encontramos ante leyes meramente transitorias en un contexto de crisis y emergencia como la causada por el COVID-19, sino de leyes que responden a una necesidad que ha quedado constatada con la crisis antes dicha, pero que proyectan su utilidad ante posibles nuevos escenarios que hagan conveniente la utilización de un recurso disponible y altamente conveniente.

Recordemos, que la clave de bóveda de la construcción a la que hemos asistido reside en el concepto de necesidad, que justifique la excepcionalidad. Esto es, que concurriendo circunstancias excepcionales que

(33) Aplicamos aquí el ya clásico sentido del *preemption* que adelantó GARCÍA DE ENTERRÍA, «El efecto de preclusión (*preemption* en el Derecho norteamericano, *Sperrwirkung* en los federalismos germánicos) es aquel que se produce cuando la norma básica estatal ha situado en el primer círculo, o círculo material de interés general, una determinada regulación como propia del Estado en su integridad; desde ese momento esa regulación queda “cerrada”, precluida, a la competencia normativa autonómica. La Sentencia constitucional de 7 de abril de 1983 ha sido explícita en reconocer este efecto: las bases “poseen un sentido positivo y otro negativo”; así como el primero marca los principios a desarrollar por la norma autonómica, el «sentido —negativo... constituye el límite dentro del que tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102. Enero-diciembre 1983, págs. 213-291 (pág. 244).

(34) Entendemos por paradigma, siguiendo a EDGAR MORIN, «la relación lógica entre los conceptos clave que regulen todas las teorías y discursos que dependen de él». MORIN, E., *Introducción a una Política del hombre*, Gedisa, Madrid, 2002, pág. 138.

impidan o desaconsejen las reuniones presenciales, se pueda mantener el necesario y debido funcionamiento del órgano de gobierno.

Apelamos pues a un concepto de necesidad jurídicamente preciso, como el planteado por ÁLVAREZ GARCÍA, como «fenómeno que faculta (o incluso que obliga) a los poderes públicos para excepcionar el derecho existente en un momento dado y para adoptar las medidas indispensables en orden a la salvaguarda de los bienes esenciales para la vida de la comunidad (...) cuando estos fuesen puestos en peligro por la concurrencia de una situación de “extraordinaria gravedad”, y siempre cuando, además el Derecho preexistente fuese inadecuado o insuficiente para superar la situación de peligro» (35).

El haber conseguido en un lapso de tiempo realmente breve completar la normativa estatal, autonómica y local, actualizarla y recogiendo en ella una previsión expresa y concreta de aplicación excepcional, para poder afrontar sucesivas y futuras situaciones de crisis o peligro sin el problema de las lagunas legales detectadas en 2020, supone un avance extremadamente útil, que, utilizado con la prudencia que se les debe presumir a los miembros de estos órganos de gobierno, supone dotar de garantía de funcionamiento de dichos órganos, precisamente en los momentos en los que es más necesaria su labor.

Y no podemos soslayar que esto no hubiera podido ser realizable sin el ingente avance de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, que posibilitan, como hemos analizado, dicho funcionamiento con garantías de intermediación y seguridad. En este contexto, quizás habrá en el futuro que suavizar las reticencias que observó en TC sobre estas sesiones a distancia en el *obiter dicta* de su sentencia 54/2019 ya precitada, toda vez que los actuales medios telemáticos y sin duda los futuros, podrán lograr un entorno casi indistinguible al de las sesiones presenciales.

V. Bibliografía

ALAMILLO DOMINGO, I. y VALERO TORRIJOS, J., «La continuidad del gobierno municipal y la administración electrónica como medida de contingencia en la crisis del SARS-CoV-2/COVID-19», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20 de marzo de 2020, LA LEY 3318/2020.

ALMONACID LAMELAS, V., «Sobre la posibilidad de celebrar Plenos íntegramente telemáticos durante el estado de alarma, y cómo hacerlo», Publicado el 18 de marzo de 2020, en el blog «*Nosoloaytos*», y disponible en <https://nosoloaytos.wordpress.com/2020/03/18/sobre-la-posibilidad-de->

(35) Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 571.

- celebrar-plenos-integramente-telematicos-durante-el-estado-de-alarma-y-como-hacerlo/
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Órganos colegiados electrónicos», en GAMERO CASADO E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.), *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menos, 2008, págs. 523 a 552.
- CORONA FERRERO, J., «El presidente y el gobierno de las Comunidades Autónomas», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. y GARCÍA MEXÍA, P. (dir.), *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2003, págs. 287-350.
- FROSINI, V., *Teoría de la interpretación jurídica*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102. Enero-diciembre 1983, págs. 213-291.
- LÓPEZ GUERRA, L., «La organización de los poderes públicos autonómicos. La forma de gobierno de la Comunidad Autónoma de Extremadura», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *El Derecho de Extremadura. Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Ed. Asamblea de Extremadura, Mérida, 2005, págs. 135-146.
- MORIN, E., *Introducción a una Política del hombre*, Gedisa, Madrid, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IX, La Organización Territorial del Estado II*, Ed. BOE, Madrid, 1.^a ed. 2015.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M., «Introducción y problemática del procedimiento administrativo electrónico común», *Revista de derecho de Extremadura*, ISSN 1888-5519, núm. 2, 2008, págs. 478-503.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza (2011) [1928].
- SECRETARIADO GENERAL DEL CONSEJO EUROPEO: *Guide on videoconferencing in cross-border proceedings*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2013. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/documents-publications/publications/guide-videoconferencing-cross-border-proceedings/>
- SORIANO GARCÍA, J.E., «Organización Administrativa», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *El Derecho de Extremadura. Estudios sobre el Estatuto y el Derecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura*, Ed. Asamblea de Extremadura, Mérida, págs. 167-175.
- VALERO TORRIJOS, J.: «Los órganos administrativos», en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de Procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 2625-2673.

Bibliografía

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. *Curso Básico de Derecho Medioambiental*. Segunda edición, revisada y puesta al día. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati 2019. 353 págs.

El profesor RENÉ JAVIER SANTAMARÍA ARINAS, acaba de publicar este *Curso Básico de Derecho Medioambiental* (segunda edición, revisada y puesta al día), que como muy bien afirma él en su presentación, tiene una deliberada vocación docente, lo que nos permite a todos los interesados en esta especialidad, adentrarnos en esta amplia y densa materia, con cierta facilidad a pesar de tratarse de una temática no sencilla de comprender. Por lo tanto, es de justicia dar cuenta aquí de su trabajo.

El autor, tras defender su tesis doctoral sobre *Administración Pública y prevención ambiental en la producción de residuos tóxicos*, tiene una importante obra, de la que podemos destacar sus artículos en revistas especializadas (57), así como sus colaboraciones en obras colectivas (28), reseñas (2), libros (9). La mayoría de su obra está referida a la política medioambiental, a los suelos contaminados y al tratamiento de los residuos tóxicos.

En esta ocasión el autor nos presenta, de forma didáctica, una panorámica completa y clara de la regulación actual en materia medioambiental, que con la metodología utilizada facilita la comprensión de una cuestión, que, como antes se ha mencionado, es densa y compleja.

El curso básico comienza con una Presentación en la que afirma que la publicación se presenta con una deliberada vocación docente y recoge los materiales didácticos elaborados cada curso académico durante años para los alumnos de Licenciatura y grado de Derecho, que se acercan por primera vez al tratamiento jurídico de la protección del medio ambiente.

Continúa con una Nota a la segunda edición, en la que además de agradecer la grata acogida de su obra, menciona los cambios incorporados, que afectan a contenidos necesitados de actualización como la modificación de la Ley de Evaluación Ambiental (LEA), así como la incesante jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional (TC).

El curso, se divide en catorce lecciones, en las que va desgranando toda la temática del Derecho Medioambiental y finaliza con unas reflexiones finales.

En la primera lección, el autor aborda la crisis ambiental y el desarrollo sostenible. Menciona que la comunidad internacional considera que hay que avanzar hacia una nueva forma de entender las complejas interdependencias existentes entre Naturaleza y Sociedad.

Afirma que el desarrollo sostenible es además de un objetivo político, una ideología que podría mitigar los excesos de la globalización. Se refiere a la Agenda 2030, pero afirma que poco se puede aportar a una mejora de la gobernanza glo-

bal en términos de justicia social y sostenibilidad ambiental si no se avanza hacia un equilibrio real entre intereses económicos, sociales y medioambientales en tensión.

En la segunda lección se estudia el Derecho Medioambiental en la Unión Europea. Remarca la indiscutible madurez que el mismo ha adquirido, aunque subsisten problemas jurídicos para conseguir su efectiva aplicación práctica. Para ello, el Programa General de Medio Ambiente contempla medidas en su *Objetivo Prioritario* n.º 4, al maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión Europea (UE).

Destaca el enfoque más proactivo que la Comisión viene aplicando en el marco de la denominada *Environmental Implementation Review* (EIR). En este sentido, menciona que el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión SWD (2017) y 42 final, de 3 de febrero de 2017, *informe de España*, que acompaña a la comunicación, *Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y como combinar esfuerzos para obtener mejores resultados*, que recoge los tres retos principales en la aplicación de la legislación medioambiental de la UE en España y que son los siguientes:

- Mejorar la gestión del agua, incluida el tratamiento de aguas residuales urbanas.
- Mejorar la gestión de los residuos y desarrollar el potencial de la economía circular y
- Mejorar la fiscalidad medioambiental y reducir las subvenciones

perjudiciales para el medio ambiente.

La tercera lección se destina a la protección del medio ambiente en la Constitución Española. Comienza afirmando que el artículo 45 CE, es un principio rector de la política social y económica que obliga a todos los poderes públicos a inspirarse en los requerimientos del desarrollo sostenible e impone a los ciudadanos el deber de conservar el medio ambiente. Por tanto, esta protección del ambiente se configura como una función pública y los ciudadanos tienen el derecho a exigir que se cumpla.

Señala también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está avanzando en la ecologización de auténticos derechos fundamentales.

En relación con la interdependencia entre el derecho al medio ambiente y otros derechos fundamentales, recoge las distintas posturas de la doctrina al respecto, decantándose por una aproximación *biocéntrica* en la que la conservación de la naturaleza es, antes que nada, un deber del ser humano.

En la cuarta lección se refiere a la ecologización del ordenamiento jurídico interno en la que aborda la incidencia que el tema tiene en todas las ramas del Derecho, y que pueden contribuir al desarrollo sostenible y a la protección ambiental.

En las lecciones quinta, sexta, séptima y octava, el autor va analizando lo concerniente a la Administración Ambiental, la situación del

administrado ante la Administración Ambiental, así como la Planificación y evaluación ambiental estratégica y las distintas modalidades de intervención administrativa, destacando que el modelo actual está marcado por la diversidad y desigualdad, modelo que impera en Estados Unidos, en el que el promotor resulta liberado de algunas cargas.

En la lección novena se aborda la, en cierto modo controvertida, evaluación de impacto ambiental (EIA), cuya regulación se ha ido sucesivamente poniendo al día, pero sin terminar de adaptarse del todo a las exigencias del Derecho europeo. A juicio del autor, la aplicación práctica de la EIA no contenta ni a los que la ven como un estorbo ni a quienes esperan de ella una solución mágica de los conflictos medioambientales.

La razón a su juicio es que el legislador viene dando prioridad a aspectos relativos a la metodología de valoración de impactos, donde es clave dar contenido al concepto jurídico indeterminado de *umbral aceptable*. Para ello, se remite a criterios técnicos pero los expertos se quejan de la ausencia de criterios jurídicos que les ayuden en su tarea. En este sentido considera que el Derecho no tiene respuestas para reaccionar frente a la ausencia de evaluaciones preceptivas, ni frente a los imprevistos derivados de las evaluaciones bien hechas y sobre todo de las evaluaciones mal hechas.

Para ello, propone relativizar la idea de atribuir a la EIA propiedades casi milagreras. Y para reforzar esta

reflexión alude a la posición del TC sobre el *fracking* (STC 106/2014, de 24 de junio) que ilustra el sentido de esta afirmación.

La lección décima se refiere a la autorización ambiental integrada (AAI), Tras la EIA, se añadió una técnica de control preventivo y global, cual es la AAI, que centra su atención en el concepto de contaminación y que pretende ser coordinado (ventanilla única) e integrado (aglutinar controles sectoriales dispersos). Tras recoger los largos antecedentes de la técnica y los sistemas de fuentes, analiza su ámbito de sujeción, Requieren la AAI las instalaciones de titularidad pública o privada en las que se desarrolle alguna de las actividades que, por estar consideradas de mayor riesgo ambiental y para la salud, se enumeran en el anejo 1 del Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrado de la Contaminación aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre (TRLPCIC).

La finalidad de la AAI consiste en evitar o controlar la contaminación, concepto que define, en términos muy amplios, el artículo 3.6 TRLPCIC, pero del que se excluyen las sustancias radiactivas u organismos modificados genéticamente. Pero el sometimiento de las actividades potencialmente más contaminadas a AAI tiene, gracias al prestigio científico técnico de los valores límites de emisión asociados a las mejores tecnologías disponibles, un efecto tranquilizador.

Pero comenta que estos valores límite no han conseguido reducir

globalmente los efectos de la contaminación, sino que más bien suponen una legalización de la contaminación y sirven para aportar seguridad jurídica a las industrias contaminantes y para bloquear demandas ciudadanas contra su actividad. Afirma, que los valores límites no son ni el único ni el más adecuado criterio para fundamentar una política que debería dirigirse a la protección de medio ambiente y de la salud humana.

Para ello, el autor propone reconocer el carácter incierto de los valores numéricos y basar las políticas de reducción de la contaminación, no en función de fijar los techos, sino en la aproximación a suelos, mediante el criterio de la minimización de emisiones tanto como sea posible, conforme al principio de precaución, lo que permitiría reducir indirectamente los efectos de la contaminación acumulativa.

En la lección undécima, se aborda la policía de actividades clasificadas. Tras las técnicas horizontales de prevención que son la EIA y la AAI, la policía de actividades clasificadas sigue siendo un instrumento útil para la protección ambiental. Aboga porque esta técnica siga existiendo en la configuración jurídica que se determine porque es un sistema de control para verificar que todas las actividades clasificadas emplean en cada momento las mejores técnicas disponibles.

Pero del ordenamiento jurídico estatal se puede deducir que el mínimo común denominador norma-

tivo de las Comunidades Autónomas ha de respetar los aspectos claves de la regulación estatal, el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2114/1961, de 30 de noviembre (RAMINP), el primero de ellos consiste en la delimitación de su ámbito de aplicación que, a su vez, conlleva la diversificación de los medios de intervención pero no de la supresión de la tradicional licencia. Desde el punto de vista organizativo, la garantía institucional de la autonomía local que se plasma en el artículo 25.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), invita a repensar que puede llegar a suponer la reviviscencia del RAMINP, alternativas frente a supuestos de inactividad normativa autonómica que pudieran lesionar competencias de los municipios.

El autor afirma que el mayor reto no estriba en la reconstrucción del régimen jurídico de las licencias sino en la recepción de las exigencias estructurales que conllevan las nuevas figuras de la comunicación previa y la declaración responsable.

La lección duodécima se refiere a la responsabilidad por daños medioambientales. Comienza recordando la previsión del artículo 45.3 de la CE, que establece para quienes violen el deber de utilizar racionalmente los recursos naturales, o la mejora de la calidad de vida y la defensa del medioambiente, sanciones penales o, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

En el régimen jurídico de reparación de tales daños hay muchas leyes sectoriales que recuerdan la triple responsabilidad (civil, penal y administrativa) en que se puede incurrir por incumplimiento de la normativa medioambiental.

Con fundamento en el principio *quien contamina paga*, se dictó la Directiva 2004/35 de 21 de abril sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Con ella enlaza en España la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM). Esta Ley tiene carácter general, lo que significa que el Estado o las Comunidades Autónomas (CCAA) pueden mantener y adoptar disposiciones más exigentes.

Entiende el autor que la LRM establece un nuevo sistema de responsabilidad por daños medioambientales e incluso un verdadero Derecho de daños ambientales que se caracteriza por los siguientes rasgos principales:

- Dimensión preventiva, porque la asignación de esta responsabilidad conlleva un efecto disuasorio. Los operadores extreman la diligencia en los análisis de riesgos medioambientales para reducir su exposición a accidentes, fallos técnicos y otros escenarios de riesgo.
- Reparación *in natura*. Las víctimas son los recursos naturales dañados, por tanto, no se buscan indemnizaciones sino prevenir, evitar y restaurar, en línea

con los Principios de Precaución y Contaminador-Pagador del artículo 45 C. Por ello, la reparación del daño ambiental solo se debería consentir *in natura*.

- Sistema administrativo, no judicial. La LRM presupone un procedimiento administrativo, que es un procedimiento autónomo, desvinculado del expediente sancionador, El Reglamento de 2008 vino a clarificar las garantías básicas de estos procedimientos a través de los cuales se ejerce tanto la potestad de actuación directa como la de exigir la responsabilidad medioambiental a los operadores. No obstante, la Disposición Adicional 8.ª de la LRM confiere legitimación al Ministerio Fiscal para intervenir en procesos contenciosos administrativos que tengan por objeto la aplicación de la LRM.
- Responsabilidad ilimitada y objetiva. En la LRM, la responsabilidad es ilimitada porque se trata de devolver los recursos naturales a su estado original y es objetiva porque se imputa, aun sin necesidad de que concurra dolo, culpa o negligencia.

Respecto al ámbito de aplicación de la LRM, se afirma que es una operación compleja, que requiere clarificar el concepto de daño ambiental (ámbito objetivo) y, segundo, hasta tres círculos de personas (operadores) sobre las que pueden pesar obligaciones diferenciadas (ámbito subjetivo).

En relación con la recuperación de costes, La obligación principal

pesa sobre los operadores, que deben sufragar su coste. Pero la Administración dispone de potestad para exigir la responsabilidad medioambiental.

En la décimo tercera lección, se tratan las técnicas ambientales de mercado. La etiqueta ecológica de la UE. Afirma el autor que la necesidad de orientar al consumidor (demanda) y el interés en estimular la oferta de estos productos (empresas) junto con la relatividad y complejidad de la materia (eco productos), confluyen en la necesidad de prestigiar los distintivos (comunicación). Así se justifica la intervención pública en algo que teóricamente es inherente al funcionamiento ordinario del mercado.

El sistema de etiqueta ecológica europea, viene respetando la posible coexistencia de otros distintivos de calidad ambiental de ámbito comunitario europeo. Esta coexistencia se predicaba también respecto de la posibilidad de que se mantengan o aparezcan distintivos de calidad ambiental nacionales. Entiende el autor que conviene aumentar la coherencia y fomentar la armonización entre el sistema de la etiqueta ecológica de la UE y los sistemas de etiquetado ecológico nacionales en el seno de la Comunidad.

La última lección, la décimo cuarta, se dedica al sistema europeo de auditoría ambiental. Se afirma, que la auditoría ecológica o eco-auditoría, es una técnica de protección ambiental que se encuadra entre los denominados *mecanismos de mer-*

cado y que se inspira en fórmulas de autorregulación empresarial. En este campo cabe diferenciar entre sistemas de autorregulación pura (como la ISO14000 o la Responsabilidad Social Corporativa) y el sistema europeo de gestión y auditoría ambiental (conocido con las siglas EMAS del inglés *eco-management and audit scheme*), que es una modalidad de autorregulación regulada.

Pero, por sí solo, el mecanismo de marketing sobre el que pivota todo el sistema EMAS no parece ser bastante para lograr la adhesión voluntaria de un número significativo de organizaciones. La Comisión Europea confiaba que la revisión del Reglamento iba a reforzar el alcance y la eficiencia de diversos incentivos externos, pero la reforma de 2009 persevera en la misma dirección y no llega a concretar.

Las medidas para promocionar la participación en el sistema EMAS son extensibles a otros instrumentos del mercado como ISO 14000. Caben estímulos económicos como ayudas públicas y ciertos beneficios fiscales y estímulos jurídicos como la flexibilidad en el control del cumplimiento de las condiciones de la autorización ambiental integrada y otras autorizaciones sectoriales concurrentes.

Otro ejemplo de incentivo sectorial del EMAS es la Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, que impone un régimen de auditoría

energética obligatoria para empresas que no sean PYME. Finaliza afirmando que lo que de ningún modo ampara la normativa de la Unión Europea es transmutar este instrumento voluntario de mercado en exigencia obligatoria.

Y una reflexión final del autor, en orden a que lo que sí parece demostrado es que la institucionalización de un amplio espacio reservado a los compromisos voluntarios alimenta en los últimos lustros un discurso que sirve para justificar, cuando menos, un estancamiento coyuntural que estaría frenando otras tácticas de avance hacia un desarrollo verdaderamente sostenible.

En el trabajo ahora comentado, el Prof. René Javier Santamaría Arinas presenta, desde su vocación docente, una panorámica completa, del Derecho Ambiental, recogiendo de forma concisa, directa y asequible todos los entresijos de una materia amplia y densa.

La metodología renovadora con que aborda los temas, sin renunciar al rigor, ofrece una gran claridad en la exposición, que resulta de imprescindible lectura y consulta para todos aquellos que realicen estudios sobre la materia.

BEGOÑA CRESPO HIDALGO

Licenciada en Derecho
begotxucrespo@gmail.com

SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, *El acceso a la justicia ambiental a partir del convenio de Aarhus. Justicia ambiental de la transición ecológica*, primera edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2019.

I

Eduardo Salazar ha combinado sus tareas de investigación, sobre todo en cuestiones vinculadas con el Derecho ambiental, con su labor de docente de Derecho Administrativo en la Universidad de Murcia, así como su desempeño profesional como abogado en litigios medioambientales. Destacan sus contribuciones, tanto para la *Revista de Dret Ambiental*, elaborando las crónicas jurisprudenciales relativas a la Región de Murcia, como en la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, en la que, al margen de desarrollar una temática próxima al contenido de su monografía, no pueden desdeñarse estudios acerca de la evaluación ambiental estratégica (2003), el incumplimiento del Convenio de Aarhus en caso senda de Granada (2010) y su participación en obras de carácter colectivo vinculadas a la planificación hidrológica (2006) y la Directiva sobre responsabilidad civil ambiental en El Ecologista (2005).

No obstante, además de esta prolífica labor investigadora, es de reseñar su quehacer como abogado, también en asuntos medioambientales, lo que le ha permitido dotar a esta obra de un cariz práctico y profundamente apegado al contexto histórico en que se despliega. Así,

esa visión académica, influida por años de estudio y reflexión profundos y críticos, se complementa a la perfección con su intervención directa en diferentes causas ante el Comité de Cumplimiento del convenio de Aarhus. Así, como habrá oportunidad de comprobar, la obra destila detalles, lagunas y antinomias jurídicas poco comunes en monografías de tipo académico, que proceden, sin duda, de alguien que ha «estrujado» la norma y ha meditado rigurosamente en torno a las diferentes interpretaciones que alberga. Sin duda, ese proceso es fruto de una prolija y concienzuda labor en su quehacer profesional que nos enseña mucho a los menos familiarizados con los litigios relacionados con el medio ambiente.

II

Adentrándose en la obra, su estructura parte de un análisis del Convenio de Aarhus, como norma que reconoce derechos a las personas, como el acceso a la información y la participación, al margen del acceso a la justicia. Aborda con posterioridad los aspectos fundamentales del acceso a la justicia y su interpretación, bien en clave de la Unión Europea, los tribunales internos, así como el mismo Comité de cumplimiento. Siguiendo la senda del acceso a la justicia, explica con detalle, profusión y enorme pedagogía, no solo el proceso para tramitar el procedimiento ante el Comité de Cumplimiento, sino también los posibles sujetos intervinientes en el procedimiento ante este organismo y, en general, para el acceso a la jus-

ticia. Además, analiza diversos casos objeto de litigio ante el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, que arrojan luz en torno a las controversias y lagunas jurídicas al que se enfrenta este texto normativo.

A continuación, y este aspecto es, desde una perspectiva académica y del aplicador del Derecho, probablemente el más interesante, descubre una serie de deficiencias, obstáculos o problemas a los que se enfrenta el Convenio de Aarhus y, en consecuencia, las instituciones de los Estados firmantes del mismo, especialmente el español. Así, cabe citar los costes del proceso en materia ambiental, la problemática ausencia de especialización en los tribunales españoles; la tutela cautelar que podría evitar daños irreversibles; la legitimación activa con sus eventuales problemas respecto a la actuación de organizaciones no gubernamentales o el reconocimiento de la acción pública, y alguno más que se comentará con posterioridad. El aspecto más sobresaliente en esta estructura radica en que, en el momento en que el autor comienza un análisis en profundidad de las debilidades de la norma, el lector ya ha recibido unas cuantas lecciones magistrales en torno a conceptos como la tutela judicial, la tutela cautelar, la legitimación activa, los costes de los procesos, la prueba en los procesos ambientales o la discrecionalidad técnica en este tipo de procesos, en una materia tan específica como la medioambiental, y solo por mencionar algunos de esos conceptos.

La redacción de la obra solo puede calificarse como impecable, producto de una reflexión sosegada y muy concienzuda. El hilo argumental resulta claro y coherente, de modo que contribuye a una lectura fluida, y que enseguida invita a la reflexión y al pensamiento crítico. Emplea fuentes doctrinales que, además de contener aportaciones académicas y teóricas, se centran en una visión más empírica, no muy frecuente entre nuestro sector administrativista y, de algún modo, tampoco entre los juristas especialistas en medio ambiente. Es de resaltar las diversas referencias a literatura inglesa que, en muchos casos, parte de las contradicciones o deficiencias que surgen en la realidad, a fin de interpretar o proponer enmienda de la norma para mejorarla y resolver aquellos problemas. A eso se añade, como antes se ha comentado, su experiencia ante el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, y también su bagaje como letrado, también víctima de un sistema que niega en muchos casos la justicia en cuestiones ambientales. A continuación, se citan los aspectos merecedores de mayor atención.

III

Primero. El autor destaca la participación de las organizaciones no gubernamentales como garantía de efectividad de la regulación del Convenio, pues proviene de la experiencia práctica en Europa referida al acceso a la información ambiental y la participación del público en materia de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorización Ambiental Integrada.

En relación a los derechos de acceso a la información y la participación, entiende como clave el hecho de que la información sea comprensible, accesible, así como aquella que se facilita para el ejercicio de los derechos. En el aspecto vinculado a la participación, Eduardo Salazar pone de manifiesto «el papel relevante de la industria, sea verde o no, para la búsqueda de soluciones ambientales, lo que, de algún modo, parece convertirla en un agente más activo de lo que en principio pueda pensarse».

Segundo. El Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus puede emitir resoluciones vinculantes o no, pero a su juicio «está claro que las Partes que han sido objeto de recomendaciones, dado el requisito proceso de seguimiento llevado a cabo por el Comité de Cumplimiento, vienen haciendo esfuerzos por cesar en el incumplimiento y dejar de ser señaladas por las Decisiones de la Reunión de las Partes». En otras palabras, los estados que se someten al Comité se exponen ante el resto, debido al constante seguimiento y control por las Partes del Convenio.

Tercero. En cuanto a la función de las autoridades públicas, por fin un autor manifiesta sin ambages que las empresas privatizadas que ejercen funciones públicas deben proveer información. Sin embargo, denuncia la exigencia de requisitos no razonables ni justificados para permitir el acceso a la justicia a asociaciones sin ánimo de lucro. Así, en consonancia con lo declarado por la

jurisprudencia europea, considera discriminatorio exigir la realización de actividades de protección ambiental durante un número determinado de años, o por la cantidad de socios. En ese sentido, «las Partes no pueden utilizar la discrecionalidad conferida por el texto del Convenio para restringir el ámbito de las personas con legitimación».

Cuarto. En los procesos participativos el autor expone un planteamiento muy interesante desde el punto de vista de la operatividad y funcionalidad. Dotar de mayor información, más transparente y de calidad supondría «una ayuda a las autoridades en el ejercicio de sus funciones, los poderes públicos estarán interesados en asistir al público en el ejercicio de sus derechos puesto que ello supondrá resultados positivos». Un público más informado probablemente aporte más soluciones y alternativas, así como contribuye a generar más confianza en las instituciones. Asimismo, critica el hecho de que el Convenio de Aarhus haya omitido mecanismos de asistencia, encaminados a eliminar o reducir los obstáculos financieros o de otro tipo que obstaculicen el acceso a la justicia.

Sexto. El acervo jurisprudencial no ha permitido aprobar una Directiva, aunque sí se ha aprobado y publicado un texto en forma de comunicación, que supone una guía interpretativa del acceso a la justicia en cuestiones ambientales sobre la base de la jurisprudencia del TJUE y su influencia en el acervo comunitario, concretamente más de cua-

renta sentencias relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del Derecho europeo por los tribunales nacionales. Salazar rechaza la ausencia de tratamiento del control jurisdiccional de los actos de las instituciones de la Unión Europea. En sus palabras, «permite obviar la contradicción existente entre un amplio acceso a la justicia propugnado por el TJUE para los tribunales nacionales y la situación de los ciudadanos que plantean cuestiones a las instituciones europeas ante el propio Tribunal, que dista mucho de cumplir con los requisitos del propio Convenio de Aarhus conforme a pronunciamientos de su Comité de Cumplimiento».

Séptimo. En relación a la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental, el control judicial debe abarcar tanto la decisión administrativa de no realizar una evaluación de impacto ambiental, como la decisión que se haya impugnado tras la fase de *screening*, así como la discusión acerca de la calidad de la evaluación de impacto ambiental. Es indudable que las decisiones que se emiten en el procedimiento de evaluación de impacto deben ser objeto de recurso, directo o indirecto, pero el autor va más allá, al aseverar que el órgano jurisdiccional debe comprobar y verificar si las pruebas científicas en las que se han basado las autoridades públicas dejan o no dudas razonables. Esta afirmación, no por obvia, es menos destacable, dado que muchos fallos se limitan a remedar los informes ambientales de los técnicos de las administraciones o de los estudios de impacto, sin mostrar un

mínimo sentido analítico o sin alcanzar la profundización que este tipo de asuntos requiere.

Octavo. Las medidas provisionales deben fundarse en el principio de proporcionalidad y tener en cuenta los costes financieros, especialmente para la recurrente. Exigir avales excesivos puede disuadir de presentar recursos y solicitar la paralización. Aquí importa ponderar los intereses y derechos en presencia. El económico es uno de ellos, pero frente a él se sitúa no solo el ambiental, sino también el derecho de defensa o a presentar recursos.

Noveno. Respecto a la información para acceder a la justicia, el autor estima que «no siempre será suficiente con una información práctica en un sitio web, el contenido deberá incluir todos los aspectos importantes, con miras a ayudar a los individuos a decidir si desean o no incoar un procedimiento ante los tribunales, con una información completa, precisa y actualizada. La información debe ser clara y resultar comprensible para no juristas». En efecto, esta cuestión está asociada a la de los enormes costes que conllevan los procesos en materia de medio ambiente. La información en torno a los procesos judiciales y sus consecuencias puede suponer un ahorro en representaciones letradas, al margen de que puede impulsar el beneficio de justicia gratuita.

Décimo. Estas son, a juicio del autor, las barreras para el acceso a la justicia: a) La desigualdad entre las partes en las contiendas judicia-

les ambientales. Se trata de procesos revestidos de un contenido muy técnico, que requieren la intervención de especialistas o científicos, al margen de que la Administración cuenta con personal suficiente. Recuerda esta aseveración a las historias, reales o no, contadas en filmes acerca de los enormes gastos que conlleva oponerse a grandes multinacionales, dispuestas a encontrar múltiples evidencias científicas que contradigan la posición del demandante; b) La duración de los procedimientos ambientales, que determina, en muchos casos, la irreversibilidad o la imposibilidad de reparar los daños ambientales causados; c) La difícil obtención de medidas cautelares y la forma tan errática en que se obtiene la misma, pues en la ponderación de intereses no se toma en consideración el ambiental y se otorga preferencia al interés general o al económico; d) La restricción de la legitimación activa, sin tener en cuenta el interés general que conlleva la protección medioambiental; e) La carga de la prueba ante los tribunales recae en ciudadanos y asociaciones que difícilmente pueden costear informes de grandes expertos o realizar estudios *in situ*. Por ello, el autor propone una carga dinámica de la prueba, que recaería sobre la parte que parte que se encuentre en una situación más favorable con respecto a la prueba o a la situación que desea comprobar; f) La falta de especialización de los Juzgadores y de otros intervinientes en los procesos; g) Barreras económicas al acceso a la justicia en materia ambiental, como las tasas judiciales; los honorarios de los profesionales jurídicos; los costes de los expertos; las

cauciones o fianzas y la imposición de costas.

Undécimo. Como parte propositiva, el autor sugiere una serie de soluciones que también se han aplicado en otros estados, fruto de la experiencia o de una tradición diferente en los sistemas jurídicos. Así, ante la defensa de bienes colectivos, debería, a su entender, admitirse la acción pública; en materia de medidas cautelares, aduce que el juez debería actuar de oficio, dado el carácter colectivo de los bienes en juego, y debería contar con peritos especializados a disposición de los jueces y fiscales en la propia administración de justicia. Otras medidas a adoptar sería la carga dinámica de la prueba, según la cual, la parte con más recursos debería afrontar los costes de las pruebas; la asistencia jurídica gratuita; no imputar costas en materia medioambiental; eliminar las tasas y la creación de tribunales especializados.

IV

En definitiva, como puede apreciarse, nos hallamos ante un documento imprescindible, una obra de obligada consulta, no exclusivamente para la academia, sino para la abogacía especializada en materia ambiental, el legislador, los jueces y tribunales y, sobre todo, la Administración, cuyo papel resulta fundamental, bien para facilitar información a la ciudadanía, bien para encauzar la participación del público, como paso previo a la impugnación de resoluciones ante los tribunales. De esta monografía se extrae un ma-

terial valiosísimo para emprender una reforma seria y rigurosa de la Administración de justicia en asuntos ambientales, no por un prurito profesional de su autor, sino porque, como bien argumenta y justifica, el Convenio de Aarhus, como Instrumento jurídico directamente aplicable en el ordenamiento español, así lo demanda.

JOSÉ IGNACIO CUBERO MARCOS

Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea
joseignacio.cubero@ehu.eus

PONCE SOLÉ, Juli (2019): *El Derecho de la Unión Europea y la vivienda. Análisis de experiencias nacionales e internacionales*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.

PONCE SOLÉ, uno de los mayores expertos en materia de urbanismo y vivienda, retoma una cuestión en proceso de formación como es el derecho a la vivienda, pero en este caso, desde la dimensión de la Unión Europea. Si observamos la trayectoria del autor, podemos constatar que ya desde 2002, Ponce Solé se ha centrado en las relaciones entre el derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social así como en el Derecho a la vivienda y, desde su conocimiento, en la presente obra da un paso adelante y avanza hacia una visión de sistema, al reivindicar el derecho a la ciudad como un sistema de derechos interconectados.

La obra se divide en tres partes que abarcan cinco capítulos; en la primera parte se aborda el punto de partida existente y se analizan las competencias de la UE en materia de vivienda; en segundo lugar, se plantean las posibilidades para avanzar en los ámbitos de la vivienda y el desarrollo urbano sostenible de forma combinada; y, por último, se formulan las conclusiones.

A lo largo de la obra, el autor hace referencia a distintas experiencias en materia de vivienda de diversos Estados miembros, que resultan de gran interés de cara a las distintas posibilidades que ofrece el propio autor para avanzar en el ámbito de la vivienda a nivel de la UE. También se hacen alusiones puntuales al ordenamiento jurídico español y se significa, especialmente, el modelo catalán y sus políticas de vivienda. En las líneas que siguen destacaremos, sucintamente, los aspectos más relevantes de cada capítulo.

En el primer capítulo se hace eco del gran volumen *del soft law* relativo a la vivienda, lo que, según el propio autor, muestra el interés de la UE en este ámbito. Se alude a distintos documentos y Resoluciones de Vivienda, como la Carta Europea de Vivienda. Asimismo, se significa el papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha vinculado el derecho a la vivienda con el art. 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar), en aspectos muy específicos, como la habitabilidad de la vivienda, su accesibilidad y su exigibilidad. Señala el autor que la adhesión de la UE al

CEDH reforzaría la protección de la vivienda teniendo en cuenta la interpretación realizada por el TEDH.

En este apartado se alude, asimismo, a la sentencia del TJUE, en el caso *Monika Kusikonová y SMART Capital 50(1)* de 2014, en la que se ha interpretado que en la Unión Europea el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el art. 7 de la Carta, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar y el derecho al domicilio. El TJUE ha entendido que «la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de proporcionalidad de dicha medida».

En relación a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el autor se centra en dos preceptos: el art. 34.3, que reconoce el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos los que no dispongan de recursos suficiente, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales; y el art. 17, que reconoce el derecho a la propiedad y establece la posibilidad de que la ley regule el uso de los bienes, en la medida en que resulte necesario para el interés general. Desde esta perspectiva, se destaca el papel del TJUE, que ha defendido la posibilidad de limitar el

(1) De 14 de septiembre de 2014 (C-34/13).

derecho de propiedad, siempre que no se trate de una intervención desmesurada e intolerable que atente a la esencia misma del derecho de propiedad (2).

El autor constata la existencia de normativa de la UE dirigida a proteger el derecho a la vivienda; así se citan distintas Directivas: sobre igualdad (3), sobre los derechos de los consumidores y cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (4), o sobre eficiencia energética (5). También Resoluciones como la del Parlamento Europeo sobre la Plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social de 2011 (6), en la que el Parlamento recomienda a los Estados miembros realizar una política proactiva en materia de vivienda digna, para velar por el acceso universal a una vivienda de calidad, a un coste asequible o a un precio de compra preferente, y anima a los Estados a llevar a cabo programas especiales de vivienda. Se destaca el papel de los Fondos estructurales para la efectivi-

dad del derecho a la vivienda como derecho de prestación dirigido a las personas sin hogar y para la calidad de la vivienda (7).

El autor finaliza el capítulo reivindicando la vivienda como servicio de interés general. Defiende que la UE considera la vivienda social como servicio de interés general y, a tal efecto, señala diversas declaraciones provenientes de distintos organismos de la UE, que excluyen a la vivienda social del ámbito de aplicación de las normas en materia de competencia. Entre otros, destaca la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de junio de 2013, sobre vivienda social en la UE, que enfatiza el papel de la vivienda como servicio económico de interés general. También el TJUE ha considerado la vivienda social como un servicio de interés general (sentencia de 8 de mayo de 2013) (8).

El segundo capítulo se centra en la necesidad de conectar el desarrollo urbano sostenible con la vivienda para luchar contra la gentrificación y la segregación. Desde esta perspectiva, se invoca la Declaración «Ciudades por la vivienda adecuada» de 16 de julio de 2018, realizada en Nueva York, que reivindica «planificar ciudades mixtas, compactas, policéntricas, donde la vivienda se beneficie de un contexto equilibrado y contri-

(2) De 23 de septiembre de 1979 (C-44/79 Caso *Hauer*).

(3) La Directiva 2000/43 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato y la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a los bienes y servicios y suministro.

(4) Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

(5) Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética.

(6) Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social (2011/2052(INI)).

(7) En este sentido, se expresa la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)).

(8) En los asuntos acumulados C-197/11 y C-203/11.

buya a la sostenibilidad económica y medioambiental del tejido urbano».

El autor señala que en la UE no se ha acertado aún a trazar una conexión clara entre vivienda asequible, desarrollo urbano sostenible y medio ambiente urbano; es decir, el derecho vigente de la UE no acaba de reconocer la importancia de la vivienda para los otros dos ámbitos. En ese capítulo se expresa críticamente, y sostiene que las conexiones que existen entre vivienda y segregación urbana, se realizan únicamente a nivel de *soft law*.

A lo largo de la obra se reitera la idea de que la gentrificación conlleva segregación, de modo que una parte de las personas expulsadas de sus áreas urbanas se ven obligadas a reinstalarse en barrios segregados. Y la segregación urbana tiene por consecuencia la segregación residencial que, a su vez, conlleva segregación escolar, y es la causa de las escuelas-gueto. Además, pone de relieve que la gentrificación y la segregación urbana influyen en la inseguridad urbana.

Por los motivos expuestos, se plantea la necesidad de aplicar técnicas jurídicas para luchar contra la gentrificación y la segregación; tales como regulaciones e intervenciones públicas que pueden referirse tanto a cuestiones no urbanísticas (límites de precios en determinadas zonas, ayudas para alquiler de vivienda) como urbanísticas (derechos de tanteo y retracto, construcción de vivienda pública, lucha contra la vivienda vacía, reservas para vivienda

social...). Dentro de estas técnicas jurídicas, se destaca al planeamiento urbanístico como instrumento que debe garantizar un medio ambiente urbano adecuado que permita la salud humana, la cohesión social y evite procesos de exclusión.

Asimismo, se reivindica la vivienda no sólo como mero soporte físico habitacional, sino como el medio ambiente urbano en el que esta se inserta. A partir de aquí, se invoca el derecho a la ciudad como un derecho en proceso, que deriva de la interacción entre el desarrollo local sostenible económico, social y ambiental y las distintas políticas con impacto territorial, teniendo en cuenta los derechos que se ejercen sobre el territorio. En definitiva, el derecho a la ciudad como un sistema de derechos interconectados que sumen más que las partes que lo integran. Para la mejora de políticas públicas en la ciudad, se invocan las *Smart Cities* y el uso de *Big Data* e inteligencia artificial.

Conectados al derecho a la ciudad se citan una serie de derechos, como el derecho a la educación no segregada, el derecho a la libertad religiosa ejercido en lugares de culto no segregados, el derecho a la seguridad ciudadana, y el derecho a una buena administración. Este último exigiría una ponderación cuidadosa y diligente de todos los hechos, intereses y derechos involucrados en la toma de decisiones públicas con carácter territorial.

Según el autor, todos estos derechos se ejercen en la ciudad y la

vivienda condiciona su disfrute, por lo que las regulaciones referidas a esas conexiones y un mejor uso de los fondos públicos pueden ayudar a hacer efectivos tales derechos y la lucha contra la gentrificación y la segregación.

En el capítulo tercero se trata el marco competencial y, tras reconocer la falta de competencia de la UE en materia de vivienda, se constata que existen otros ámbitos que afectan a la vivienda, tales como las políticas sociales, la protección a los consumidores, el medio ambiente o la prestación de servicios. Asimismo, se indica que esta incidencia ha sido también reconocida por el TJUE al pronunciarse sobre cuestiones como las cláusulas hipotecarias abusivas, la regulación comunitaria de eficiencia energética, y las excepciones a la normativa de competencia.

El autor señala las competencias que la UE ha hecho valer para proteger el derecho a la vivienda; se trata de competencias compartidas entre la UE y los EM vinculadas al derecho a la vivienda: la política social, la política de cohesión económica, social y territorial, la protección de los consumidores, el medio ambiente, los transportes, o la energía. Asimismo, trae a colación el art. 352 TFUE, precepto que modula la rigidez de la atribución competencial y permite alcanzar los objetivos de la UE cuando no exista competencia prevista, como es el caso de la vivienda.

La segunda parte de la obra está dirigida a analizar, desde distintas perspectivas, las posibilidades de

avance en los ámbitos de la vivienda y el desarrollo urbano sostenible combinados. Entre estas posibilidades y, atendiendo a la Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013(9), que se refiere al papel de la vivienda y el urbanismo contra la gentrificación, entiende el autor que la lucha contra la segregación constituye un objetivo de interés general que, en combinación con la calificación de la vivienda social como servicio económico de interés general, podría permitir la promoción de ordenaciones urbanísticas inclusivas.

Desde la perspectiva de la función social de la propiedad y de la vivienda, se destaca la doctrina del TEDH que atribuye al legislador un amplio margen de apreciación en la delimitación del derecho de propiedad. Esta doctrina ha permitido considerar que legislaciones que establecían una limitación legal a las posibilidades de desahucio de inquilinos por parte del propietario, o un control legal de los importes de los alquileres, resultan conformes con el CEDH. El autor entiende que todas estas referencias a la función social de la propiedad, que permiten la delimitación regulatoria del derecho de propiedad del suelo y de la vivienda, podrían ser incorporadas explícitamente en una regulación futura sobre vivienda en el marco de la Unión Europea.

Desde la perspectiva del servicio de interés económico general de la vivienda social, se plantea que las

(9) (Asuntos acumulados C-197/II y C-203/II).

ayudas estatales concedidas a proveedores de vivienda social no deben ser notificadas a la Comisión europea para aprobación previa, y se propone que sean los Estados miembros quienes definan la vivienda social como un servicio de interés económico general.

Desde la perspectiva de la Directiva de Servicios, y siguiendo la jurisprudencia del TJUE, se defiende que la protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. El autor reivindica que se aclare desde la UE qué intereses generales estarían implicados en la regulación urbanística.

Asimismo, entiende el autor que desde distintas perspectivas transversales y sectoriales existen diversas bases jurídicas (medio ambiente, igualdad y no discriminación) para incidir en el derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, el autor sostiene que la UE debería adoptar una postura más decidida en atención al correcto funcionamiento del mercado energético, para que la vivienda disponga de los mínimos suministros básicos que permitan a sus ocupantes vivir con dignidad, pudiendo acceder a su uso normalmente.

Finalmente, la obra culmina con el planteamiento de las posibles maneras de articular una regulación futura del derecho a la vivienda en el nivel de la UE. Para ello distingue distintos escenarios.

- a) Si se acepta que no hay competencia en materia de vivienda, postula dos opciones: una opción cero, sería seguir acumulando documentos *soft law* relativos a la vivienda; otra opción sería la aplicación del art. 352 TFUE y los poderes implícitos. Ahora bien, recuerda el autor que la utilización de este artículo tiene un límite insalvable fijado por el TJUE; se trata de la imposibilidad de ser utilizado como fundamento para la adopción de disposiciones que tuvieran por resultado una modificación del Tratado.
- b) Si se acepta que sí existe competencia de la UE en materia de vivienda teniendo en cuentas las diversas bases jurídicas vinculadas con la vivienda, la UE podría avanzar integrando en una regulación unitaria los diferentes aspectos vinculados con la vivienda, regulados en la actualidad de forma dispersa. Esta regulación debería de partir, según el autor, de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y, sin perjuicio de mantener e intensificar el *soft law* existente, considera necesaria una regulación de *hard law*. En un primer nivel propone impulsar una Decisión de alcance general en materia; en un segundo nivel plantea elaborar una Directiva en materia de vivienda que integre aspectos ahora dispersos (igualdad, eficiencia energética, protección del consumidor...), y añada otros vinculados con la igualdad (lucha contra la segregación espacial, promoción de mezcla social),

con técnicas vinculadas con obligaciones de servicio público ligadas al servicio de interés general de vivienda social. Finalmente, el último nivel, sería aprobar una reglamentación en materia de vivienda.

En definitiva, el autor toma posición clara y bien fundamentada y defendida en torno al derecho a la

ciudad como un sistema interconectado, en un trabajo bien estructurado, bien documentado y con estudio de experiencias internacionales de gran interés.

CARMEN AGOUÉS MENDIZABAL

Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea
carmen.agoues@ehu.eus

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

