

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

54
Diciembre 2019

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

54

Diciembre 2019

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Originalidad. La Revista Aragonesa de Administración Pública únicamente acepta para su publicación trabajos originales e inéditos.

2. Objetivo, temática y público. El objetivo de la Revista es publicar estudios jurídicos de alta calidad en la temática de Derecho Administrativo dirigidos a la comunidad académica y profesional relacionada con la Administración Pública.

3. Compromiso. El envío de un trabajo a la Revista Aragonesa de Administración Pública implica el compromiso de no retirarlo si la Revista comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno; no pudiendo retirarse para hacerlo en otra revista (a lo que se renuncia desde el momento en que se manda el trabajo para su evaluación), salvo que la respuesta de la Revista Aragonesa de Administración Pública sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección de la revista en que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. El incumplimiento de este requisito permitirá a la Revista Aragonesa de Administración Pública rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor.

4. Evaluación externa. Los originales recibidos en la Revista se someten a evaluación anónima por parte de especialistas externos antes de su aceptación por el Consejo Asesor y el Consejo de Redacción. La evaluación se refiere a los aspectos formales, metodológicos, de contenido y grado de originalidad de los trabajos. Si la evaluación es favorable, el estudio se publica tras su aceptación por el Consejo Asesor (compuesto por miembros externos al editor) y el Consejo de Redacción (integrado por miembros vinculados al editor). Si la evaluación es negativa, el estudio no se publica, aunque si las razones dadas por el evaluador no resultan plenamente convincentes al director de la revista, el trabajo es sometido a nueva evaluación. Si la evaluación es con reparos, se hacen llegar estos al autor, que puede volver a remitir su estudio con las correcciones pertinentes para someterlo a evaluación complementaria, salvo que se trate de cuestiones de escasa relevancia. En ningún caso se facilita el nombre de los especialistas responsables de una evaluación, aunque periódicamente se publica en la revista una lista de dichos evaluadores.

5. Datos identificadores. En el inicio de los artículos publicados se indicarán las fechas de recepción y aceptación de los mismos en la Revista, así como el correspondiente membrete bibliográfico, que se incluirá también en cada una de sus páginas.

6. Derechos de autor. La aceptación de la publicación de un trabajo en la Revista conllevará la cesión de los derechos de autor a los efectos de la edición impresa, electrónica, *on line* o por cualquier otro medio, así como de su inclusión en la Biblioteca Virtual de Derecho Público Aragonés (www.derechoaragones.es) si por la temática fuese susceptible de incluirse en ella.

7. Reglas formales

Encabezado. El trabajo irá encabezado por un sumario que recogerá seguidas todas las subdivisiones. A continuación del sumario, figurará un resumen y la identificación de unas palabras clave, ambos en español y en inglés.

Bibliografía. Los trabajos han de incorporar al final de los mismos la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente conforme a los siguientes modelos (para libro, artículo de revista y colaboración en libro colectivo):

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 325 pp.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1973): «Problemas jurídicos de la tutela del paisaje», *Revista de Administración Pública*, 71, pp. 423-442.

PRIEUR, Michel (2001): «La tutela comunitaria degli habitat naturali», en Domenico AMIRANTE (ed.), *La conservazione della natura in Europa*, Milano, Franco Angelli, pp. 13-29.

Citas. Las citas en el texto y a pie de página se realizarán incluyendo inicial del nombre, apellido y entre paréntesis año, dos puntos y número de página, conforme al modelo: (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006: 25). En caso de citarse varias obras de un autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por una letra añadida tras el año: 2006a, 2006b...

Envío. Los originales se enviarán exclusivamente en documento de Word por correo electrónico (flopez@unizar.es).

LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NO SE IDENTIFICA NECESARIAMENTE CON LAS OPINIONES DE SUS AUTORES

La correspondencia con la Revista debe dirigirse a la Secretaría de la misma: Seminario de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Pza. San Francisco, s/n, 50009 Zaragoza. Teléfonos 976 761 396 y 676 900 324

PERIODICIDAD SEMESTRAL

Edita: Gobierno de Aragón
Departamento de Hacienda y Administración Pública

I.S.S.N.: 2341-2135

Depósito legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Ricardo ALMALÉ BANDRÉS
Director General de Relaciones Institucionales

María Encarnación BENDICHO HERNÁNDEZ
Directora del Instituto Aragonés de Administración Pública

José Ramón IBÁÑEZ BLASCO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Andrés LEAL MARCOS
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

José Luis PINEDO GUILLÉN
*Secretario General Técnico de Presidencia y Relaciones Institucionales,
Gobierno de Aragón*

Esteban DEL RUSTE AGUILAR
Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

Julio César TEJEDOR BIELSA
Secretario General de la Presidencia, Gobierno de Aragón

Vitelio TENA PIAZUELO
Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón

CONSEJO ASESOR

Manuel CONTRERAS CASADO
Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Antonio FANLO LORAS
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

José María GIMENO FELIÚ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Jorge LACRUZ MANTECÓN
Asesor del Justicia de Aragón

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid

Luis POMED SÁNCHEZ
Letrado del Tribunal Constitucional

José TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

Director: Fernando LÓPEZ RAMÓN
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza

Secretaria: Olga HERRÁIZ SERRANO
Letrada de las Cortes de Aragón

SUMARIO

RArAP núm. 54 (diciembre 2019)

| | Páginas |
|--|---------|
| <i>Lista de evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i> | 6 |
| <i>Lista de colaboradores</i> | 10 |
| | |
| ESTUDIOS | |
| J.M. PÉREZ MONGUIÓ: <i>Deconstruyendo los procesos participativos</i> | 12 |
| B. SORO MATEO: <i>Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos</i> | 57 |
| M.L. ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS: <i>Los derechos de los menores ingresados en centros de protección: una visión general desde la solución andaluza</i> | 141 |
| E. CEBRIÁN ZAZURCA: <i>Regionalismo y reacción: el proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de los cinco notables en el marco del Estado integral de la Constitución española de 1931</i> | 180 |
| | |
| DEBATES | |
| S.E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI: <i>Las cuestiones controvertidas en la fase declarativa del procedimiento de reintegro de subvenciones públicas</i> | 214 |
| M.A. CASABONA BERBERANA: <i>Cambios en la gestión del patrimonio público. Análisis a partir del caso de la vivienda social</i> | 255 |
| J. MIRANZO DÍAZ: <i>Deficiencias e incoherencias en la transposición de la normativa europea sobre conflicto de interés por la Ley de Contratos del Sector Público</i> | 298 |
| J.A. MARTÍNEZ NAVARRO: <i>Genética y Derecho. La medicina genómica en el sistema nacional de salud</i> | 337 |
| | |
| JURISPRUDENCIA | |
| L. FUERTES GINÉ: <i>La prevalencia de la protección ambiental sobre las libertades comunitarias: la jurisprudencia Alands Vindkraft</i> | 383 |
| | |
| CRÓNICA | |
| O. HERRÁIZ SERRANO: <i>Crónica parlamentaria de la IX legislatura (2015-2019) en las Cortes de Aragón</i> | 399 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | |
| M. FUERTES, <i>Las desventuras del dinero público</i> , 2018 (P. MATEOS BARRIL) | 452 |
| F. LÓPEZ RAMÓN, <i>Conservar el patrimonio natural</i> , 2019 (F. ARIAS APARICIO) | 457 |

LISTA DE EVALUADORES DE LA REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALENZA GARCÍA, José Francisco:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad Pública
de Navarra.

ALONSO GARCÍA, Consuelo:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de Toledo.

ALONSO IBÁÑEZ, Rosario: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Oviedo.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Joaquín:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

ARANA GARCÍA, Estanislao:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Granada.

ARPIO SANTACRUZ, Juan: Profesor
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

BARCELONA LLOP, Javier: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Sevilla

BERMEJO LATRE, José Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

BERMEJO VERA, José: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Zaragoza (†).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: Profesor
Contrato Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

BOUAZZA ARIÑO, Omar:
Profesor Titular de Derecho de
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

CALVO SÁNCHEZ, Luis: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Burgos.

CARO-PATÓN CARMONA, Isabel:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Abogada,
Barcelona.

CASADO CASADO, LUCÍA: Coordinadora
de Investigación del Centre d'Estudis
de Dret Ambiental, Universidad
Rovira i Virgili de Tarragona.

CHUECA MARTÍNEZ, Ricardo:
Catedrático de Derecho
Constitucional, Universidad de
La Rioja.

CIERCO SEIRA, César: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

COMBARROS VILLANUEVA, Victoria:
Catedrática de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de Islas
Baleares.

DELGADO PIQUERAS, Francisco:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Castilla-La Mancha, sede de
Albacete.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

FANLO LORAS, Antonio: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de La Rioja.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad
Complutense de Madrid.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Murcia.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramón:
Coordinador de Relaciones Externas
del Centre d'Estudis de Dret
Ambiental, Universidad Rovira i
Virgili de Tarragona.

GALÁN VIOQUÉ, Roberto: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

GALERA RODRIGO, Susana: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Rey Juan Carlos,
Madrid.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, Gerardo:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GARCÍA URETA, Agustín: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de País Vasco, sede de
Bilbao.

GARRIDO CUENCA, Nuria: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Castilla-La Mancha,
sede de Albacete.

GIMENO FELIÚ, José María:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GÓMEZ PUENTE, Marcos: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Cantabria.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Málaga.

GUERRERO MANSO, Carmen: Profesora
Contratada Doctora de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás: Profesor
Contratado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad de
Zaragoza.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael:
Catedrático de Derecho Financiero
y Tributario, Universidad de
Zaragoza.

JIMÉNEZ JAÉN, Adolfo: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Las Palmas de Gran
Canaria.

JORDANO FRAGA, Jesús: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Sevilla.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
Valladolid.

LÓPEZ PÉREZ, Fernando: Investigador
del Centro Internacional de Estudios
de Derecho Ambiental, Soria.

LOZANO CUTANDA, Blanca:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Colegio Universitario
de Estudios Financieros, Madrid.

MALARET GARCÍA, Elisenda:
Catedrática de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

MARTÍN REBOLLO, Luis: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Cantabria.

MOREU CARBONELL, Elisa: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.

NIETO MORENO, Juan Emilio: Profesor
Asociado Doctor de Derecho
Administrativo, Universidad
Autónoma de Barcelona.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: Catedrática
de Derecho Administrativo,
Universidad de Santiago de
Compostela.

NOGUERA DE LA MUELA, Belén:
Profesora Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
Barcelona.

OCHOA MONZÓ, Josep: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Castilla-La Mancha, sede de
Toledo (†).

PALÁ LAGUNAS, Reyes: Profesora
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Zaragoza.

PEMÁN GAVÍN, Juan: Catedrático de
Derecho Administrativo, Universidad
de Lleida.

PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de La Coruña.

POMED SÁNCHEZ, Luis: Letrado del
Tribunal Constitucional.

PONT CASTEJÓN, Isabel: Profesora
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad Autónoma de
Barcelona.

REBOLLO PUIG, Manuel: Catedrático
de Derecho Administrativo,
Universidad de Córdoba.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca:
Profesora Contratada Doctora de
Derecho Administrativo, Universidad
Autónoma de Madrid.

ROSA MORENO, Juan: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Alicante.

RUIZ DE APODACA, Ángel: Profesor
Titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Navarra.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier:
Profesor Titular de Derecho
Administrativo, Universidad de
La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier:
Catedrático de Derecho
Administrativo, Universidad de
La Coruña.

SANZ RUBIALES, Íñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SARASÍBAR IRIARTE, Miren: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

SOCIÁS CAMACHO, Joana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Islas Baleares.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

TEJEDOR BIELSA, Julio: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

TOLIVAR ALAS, Leopoldo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Oviedo.

TORNOS MAS, Joaquín: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

TRIAS PRATS, Bartomeu: Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de las Islas Baleares.

TUDELA ARANDA, José: Letrado de las Cortes de Aragón.

VADRÍ FORTUNY, María Teresa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.

VALENCIA MARTÍN, Germán: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

VERA JURADO, Diego: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

VILLAR ROJAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

LISTA DE COLABORADORES

ARIAS APARICIO, Flor: Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique: Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza

CASABONA BERBERANA, María Asunción: funcionaria del cuerpo de Administradores Superiores de la Comunidad Autónoma de Aragón.

CASTILLO RAMOS-BOSSINI, Susana E.: becaria de investigación, Universidad de Granada.

FUERTE GINÉ, Leticia: Abogada, doctoranda de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

HERRÁIZ SERRANO, Olga: Letrada de las Cortes de Aragón, Profesora Asociada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro: Profesor sustituto interino de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

MATEOS BARRIL, Paula: Letrada del Ayuntamiento de Zaragoza, doctoranda de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

MIRANZO DÍAZ, Javier: investigador postdoctoral de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.

PÉREZ MONGUIÓ, José María: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, María Luisa: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

SORO MATEO, Blanca: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

ESTUDIOS

DECONSTRUYENDO LOS PROCESOS PARTICIPATIVOS(*)(**)

JOSÉ MARÍA PÉREZ MONGUIÓ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA.– II. PARTICIPACIÓN Y PROCESOS PARTICIPATIVOS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: UN ESCENARIO CONCEPTUAL COMPLEJO.– III. CONCEPTO. IV. OBJETO. V. INICIATIVA CIUDADANA PARA PROMOVER PROCESOS PARTICIPATIVOS: 1. Legitimación y promotores. 2. Contenido de la solicitud. 3 Límites y tramitación de la solicitud. 4. Número de firmas y su recogida. 5. Finalización del procedimiento y vinculación de la iniciativa.– VI. FASES DE LOS PROCESOS PARTICIPATIVOS COMO ELEMENTO DEFINIDOR.– VII. BASES DEL PROCESO: 1. Contenido. 2. Publicidad.– VIII. CONCLUSIONES. 1. Sobre la colaboración y la participación ciudadana. 2. Sobre la participación ciudadana en las leyes autonómicas: un primer paso hacia los procesos participativos. 3. Sobre el proceso participativo. 4. Sobre las fases de los procesos deliberativos. 5. Sobre la importancia de la iniciativa ciudadana en los procesos participativos. 6. Sobre los sujetos legitimados para impulsar el inicio de un proceso participativo.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto resaltar el valor y la importancia de los procesos participativos como la fórmula más depurada de participación ciudadana. Un proceso que permite articular el derecho de participación con todas las garantías y mecanismos de control, como una superación de instrumentos puntuales para la participación u otras modalidades inarticuladas previstas.

Palabras clave: participación ciudadana; procesos participativo; iniciativa ciudadana; bases del proceso.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to highlight the value and importance of participatory processes as the most refined formula for citizen participation. A process that allows to articulate the right of participation with all the guarantees and control*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 30 de agosto de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 3 de octubre de 2019.

(**) Trabajo realizado en el marco del proyecto DER2016-77513-R: «Los retos de la gobernanza para el Derecho administrativo: buen gobierno y buena Administración. Su proyección en las políticas públicas», financiados por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

mechanisms, such as an overcoming of specific instruments for participation or other planned inarticulate modalities.

Key words: citizen participation; participatory processes; citizen initiative.

I. INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA

El concepto de participación ciudadana puede ser muy amplio y tener muy distintas acepciones que *a priori* serían todas correctas y aceptables en una definición amplia de la misma, aunque ello pueda suponer el riesgo, como ha señalado Pindado (2008), de llegar a referirse a cualquier cosa o no significar nada en concreto. Una participación que va inexorablemente unida a la idea o a la concepción de la democracia (1), pues como mantiene la Exposición de Motivos de la Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra, «Participación y democracia son realidades que no pueden concebirse aisladamente. Una sociedad será tanto más democrática cuando, además de garantizar un conjunto inalienable de derechos que bajo ningún concepto puedan conculcarse, posibilite y promueva para la ciudadanía una participación mayor y de más calidad». Todo ello es fruto de un proceso de madurez de nuestra democracia y de las exigencias de la sociedad, como señala el Preámbulo de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que «ha impulsado un proceso evolutivo en la Administración Pública hacia unos estándares de calidad más elevados y de mayor proximidad al ciudadano, propiciando nuevas formas de gestionar los asuntos públicos. Los ciudadanos ya no son únicamente destinatarios de la acción de gobierno y de los servicios que presta la Administración. Han variado su rol de sujetos pasivos de esa actividad, pasando a desempeñar un papel clave en el diseño, ejecución y seguimiento de esas políticas públicas. Son sus promotores, pero, a su vez, son los auditores de la acción del gobierno, del buen desempeño de la Administración y de los servicios públicos que se les proporcionan».

Una democracia que se encuentra en un proceso de transformación en el que tendrán que convivir, pues no se trata de sustituir una por la otra, la democracia representativa por la participativa (2), aunque lo que «resta ahora

(1) En este sentido GÜEMES y RESINA (2018: 76), entre otro muchos, manifiestan que «la participación ciudadana se constituye como elemento ineludible para la democracia y la construcción de sujetos políticos y morales, a la vez que contribuye a garantizar la eficacia y la eficiencia de las políticas y las intervenciones del Gobierno».

(2) Así, con buen criterio e hilando muy fino RAMÍREZ NÁRDIZ (2013: 281-282) va más allá y distingue entre democracia participativa que integraría el conjunto de instrumentos jurídicos que, a través de la participación directa de los ciudadanos en la vida pública, en

es conocer cómo se vinculan entre sí estos fenómenos y cómo puede fomentarse su presencia en sociedades como las actuales que, aunque no estén cansadas de la democracia como tal, sí muestran síntomas de agotamiento sobre la manera en que funciona», GÜEMES y RESINA (2018:75). Un concepto, el de democracia participativa, que pretende reconocer a la ciudadanía un papel relevante a la hora de adoptar decisiones y políticas públicas que les afectan como miembros de una comunidad.

En este sentido, la participación que nos interesa es muy concreta: es la relativa a la participación mediante procesos participativos, de naturaleza deliberativa. Una participación que, como bien han señalado CERNADAS RAMOS, LUCA CHAO PÉREZ, PINEDA NEBOT, encierra cuatro ideas claves «a) La participación es una manera de gestionar problemas; b) la participación se concreta en la generación de espacios de diálogo; c) la participación no sustituye, sino que complementa la democracia representativa y; d) la participación es, sobre todo, una mentalidad; una cultura, una manera de hacer» (BRUGUÉ, 2008).

Pero igualmente, llevan a cabo una delimitación negativa cuando afirman que la participación no es «a) una forma de legitimar decisiones o actuaciones gubernamentales previas; b) una herramienta para gestionar la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos; c) no es, ni una reunión ni un encuentro de un elevado número de ciudadanos, ni mucho menos una encuesta para medir determinados fenómenos sociopolíticos» (CERNADAS RAMOS, LUCA CHAO PÉREZ, PINEDA NEBOT 2017:164).

Se trata de un modelo de participación mucho más activo, deliberativo, dialogante, con espacios para opinar sobre asuntos y políticas públicas con el ánimo de contribuir a una comunidad mejor y a la búsqueda del interés general, donde el principio de escucha activa de los gobernantes sea uno de los pilares básicos, sin olvidar otros muchos como son la transparencia, la información o la igualdad. Un derecho que también debe, en la medida de los márgenes legales, dar cauce, parafraseando el preámbulo de la Ley

la toma de decisiones de la comunidad y en el control de sus representantes y gobernantes, pretende profundizar en la democracia implicando en un mayor modo al ciudadano en su propio gobierno. Y, por otra parte, la *Participación Ciudadana*: implica la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la comunidad y en la vida pública en general, pero con un grado de intensidad menor que el de la Democracia Participativa, caracterizándose esencialmente porque el ciudadano puede recibir información de la administración, opinar ante ella, ser escuchado, ser tenido en cuenta, pero no necesariamente tomar decisiones personalmente y de manera directa. La gran mayoría de actividades participativas del presente, particularmente en el ámbito local, encajan mucho mejor en la Participación Ciudadana que en la Democracia Participativa. Participación Ciudadana sería una esfera mayor, que englobaría todas las actividades consideradas de participación directa del ciudadano y en cuyo interior encajaría otra esfera menor y más estricta caracterizada por la capacidad del ciudadano de decidir directamente, que sería la Democracia Participativa.

10/2019 C. Madrid, a la aspiración de las personas físicas y jurídicas a que se tenga en cuenta su criterio, sus análisis y opiniones sobre los acontecimientos y decisiones públicas que influyen en sus vidas o afectan a sus intereses económicos, culturales, sociales y familiares, entre otros.

Una participación que una parte de la ciudadanía, pues no podemos olvidar que un gran número de personas se encuentran ajenas a estas ideas (3), parece que anhela pero por otra parte tiene una gran desconfianza hacia la misma (4), por la forma en la que se articula, la falta de transparencia, los escasos o nulos efectos (5), sin olvidar las escasas experiencias (6) y el gran número de personas que la desconocen (7).

En este sentido, se hace esencial que los poderes públicos contribuyan a crear estos cauces y espacios de participación, con las garantías necesarias. Así, la Exposición de motivos de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, resulta muy clara cuando manifiesta que «El compromiso de los poderes públicos ante el deber de facilitar la participación ciudadana en la vida política debería ir encaminado a establecer los cauces materiales, proporcionar la información, los conocimientos y la motivación necesaria para hacerla efectiva, que permitan a las personas desplegar sus capacidades y posibilidades, expresarse, crear, organizarse e intervenir en los procesos sobre todo los relativos a aquellos aspectos que sean esenciales y relevantes en sus vidas. La finalidad última de los procesos de participación

(3) Véase E. GANUZA, P. GARCÍA-ESPÍN y S. DE MARCO (2017: 253-279).

(4) Todo en un marco general de desconfianza institucional que, entre otras cuestiones, ha generado una desafección. Véase, entre otros, RUBIO (2018: 19 y ss).

(5) Véase sobre la efectividad de los instrumentos y procesos participativos, FONT FÁBREGAS, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ y GARCÍA ESPÍN (2017: 617-646).

(6) «No son pocas las ocasiones en que la Democracia Participativa y la Participación Ciudadana son vistas por la autoridad política más como una herramienta para conseguir réditos políticos, que como un instrumento para mejorar el nivel democrático de una comunidad, así como para mejorar su nivel de vida. Esto, unido a una ciudadanía que muchas veces no conecta con los instrumentos participativos a los que ve lejanos, complejos y poco útiles (tanto, en ocasiones, por su propia falta de voluntad, como por la escasa capacidad de muchas administraciones de hacérselos ver más y mejor), lleva a multitud de disfuncionalidades en la práctica participativa (populismos, escasa participación ciudadana real, falta de continuidad en la práctica participativa, etc.)» (RAMÍREZ NÁRDIZ, 2013: 29). Y así, compartimos las reflexiones de MARTÍNEZ LÓPEZ (2011: 22), que siguen siendo plenamente de actualidad, cuando afirmaba que «la retórica acerca la participación ciudadana en relación a las políticas públicas es todavía más un formalismo discursivo que una realidad rica en prácticas y experiencias participativas».

(7) RAMÍREZ NÁRDIZ (2013: 292) entiende que la democracia participativa es joven y en muchos aspectos nueva y, por ello, muy desconocida. Así, se pregunta si en «los movimientos de protesta 15M o 25S, ¿podrían los manifestantes de la Puerta del Sol haberse servido de la Democracia Participativa? Sí, si la hubieran conocido. Podrían haberla utilizado para racionalizar y sistematizar las asambleas populares que se practicaron».

ciudadana es llegar a conseguir las condiciones sociales para que toda la ciudadanía tenga las mismas oportunidades para opinar, expresarse y participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos».

Por tanto, la Administración debe adaptarse a los nuevos tiempos, realizando una firme apuesta por el impulso democrático que fomente una nueva gestión pública en la que la transparencia, la participación ciudadana y el buen gobierno —aunque los dos primeros podrían integrarse en el concepto de buen gobierno— sean sus ejes vertebradores. En suma, debe aspirar a ser una administración abierta y transparente, que facilite el acceso a la información pública, que sea participativa, implicando y fomentando a la ciudadanía a intervenir en los asuntos públicos (Preámbulo Ley 12/2014 R. Murcia).

En este contexto, han sido las Comunidades Autónomas las que iniciaron un proceso de regulación de la participación ciudadana en la primera década del presente siglo con la Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (8) y la Ley 5/2010, de 21 de junio de Canarias, de Fomento a la Participación Ciudadana, sin perjuicio del papel fundamental en la evolución y recepción de los procesos e instrumentos participativos llevado a cabo desde la Administración local (9). A partir de este momento, se han ido aprobando las distintas leyes autonómicas —en el año 2019 tres nuevas leyes: Comunidad de Madrid, Islas Baleares y

(8) Una Ley que fue desarrollada por el Decreto 76/2009, de 5 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de la Ley 11/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

(9) En este sentido, PORRO GUTIÉRREZ (2019:144-145) manifiesta que «La experiencia de participación ciudadana española, en su conjunto, es el resultado de la voluntad de algunos municipios y de sus gobiernos locales, de sus responsables políticos y de ciudadanos comprometidos. También, como explica CASTEL, por el empuje del ordenamiento jurídico y del régimen jurídico de la participación ciudadana derivados de tres normas clave en el desarrollo de la participación ciudadana a nivel local: la Recomendación (2001) 19, aprobada por el Consejo de Ministros el 6 de diciembre de 2001, sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local; la reforma efectuada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local; y la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía. Las experiencias participativas, en su mayoría, también tienen en común haberse configurado como un conjunto de prácticas muy asentadas sobre mecanismos e instrumentos de carácter marcadamente consultivo, dirigidas a la colaboración para la toma de decisiones, una responsabilidad que ha seguido estando reservada, en exclusiva, a los gobiernos locales. Unas experiencias participativas en las que la voz la han monopolizado, mayoritariamente, los ciudadanos organizados, las asociaciones y colectivos de ciudadanos de cada localidad. La generalización de la experiencia de participación muestra otra característica común y muy extendida, la de estar ante una participación por invitación que otorga el protagonismo y la iniciativa a los gobiernos e instituciones locales, situando a la ciudadanía en un segundo plano, con un escaso reconocimiento de la necesidad de enfrentar la toma de decisiones sobre los problemas y asuntos públicos, incorporando la experiencia de la ciudadanía».

Navarra (10)— que abordan la participación ciudadana en el ámbito autonómico (11) y con las cautelas necesarias a la relativa administración local (12) y que está dando lugar a las primeras leyes de segunda generación, como son las de C. Valenciana de 2015 o la de Navarra de 2019.

Las distintas leyes responden a un esquema diverso. Así, existen normas que exclusivamente tienen por objeto la participación en sus distintas acepciones, incluyendo generalmente las consultas no referendarias mediante votación, mientras otras, las más abundantes regulan con mayor o menor profundidad la participación ciudadana, o lo que han entendido que debe integrar este concepto, junto con la transparencia que, sin duda, es una forma de participación y una premisa de la misma aunque sistemáticamente lo más razonable parece que es seguir el esquema de la regulación separada, pues la materia tiene la suficiente entidad e implicaciones como para ser regulada de forma independiente (13).

| COMUNIDAD AUTÓNOMA | LEY |
|--------------------|---|
| Andalucía | Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía. |
| Aragón | Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (arts. 42 a 62). |
| C. Cataluña | Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. |
| C. Madrid | Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid (arts. 51 a 64). |
| C. Valenciana | Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana (arts. 43 a 53). |
| Castilla y León | Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública (arts. 27 a 29). Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación ciudadana de Castilla y León (arts. 16 a 18). |

(10) A finales del año 2019, una vez cerrado el presente estudio también se publicó, la Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha.

(11) Unas leyes que han experimentado un escaso desarrollo reglamentario que se ha restado cierta eficacia a la hora de su aplicación.

(12) Sin perjuicio de aquellas normas que abordan específicamente la participación en el ámbito local como es el caso de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

(13) Véase la interesante comparación de las leyes I. Canarias y C. Valenciana frente a otros modelos de participación en TUR AUSINA (2013: 221-224).

| | |
|--------------------|---|
| Castilla-La Mancha | Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha (arts. 40 a 43). |
| Extremadura | Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura (arts. 36 a 42). |
| I. Baleares | Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos. |
| I. Canarias | Ley 5/2010, de 21 de junio, de Fomento a la Participación Ciudadana. |
| Navarra | Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra. |
| R. Murcia | Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (arts. 29 a 33). Decreto 187/2018, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. |

Pero al margen de estas cuestiones, lo más relevante de un modelo de participación ciudadana es, como ha señalado TUR AUSINA (2013: 222-223), la determinación de la concepción y alcance que cada Comunidad Autónoma determinada decide otorgar a la democracia participativa y al modo en que es consecuente con dicha configuración en la articulación de mecanismos concretos. Así, continúa el autor manifestando que «En tal sentido, no podemos dejar de recordar la diferenciación llevada a cabo por Mori cuando habla de la unidireccionalidad/bidireccionalidad de la participación ciudadana, y que sin lugar a dudas determina un mayor o menor compromiso con una efectiva participación. Así, la primera implica la articulación de mecanismos de unos sujetos hacia otros: desde el ente público a la ciudadanía (información, portales, medidas de transparencia de la gestión pública...), o bien desde la ciudadanía al ente (consulta, iniciativa ciudadana...). En el segundo caso, sin embargo, la participación es activa, generándose un compromiso con la idea de negociación, deliberación, recepción y propuesta de acciones políticas, y la toma en consideración o desestimación de la opinión ciudadana, con su debida justificación motivada.

Si bien la participación «unidireccional» puede servir para acercar a los sujetos implicados en la gestión pública (sociedad y poder público) y como premisa necesaria en algunos casos (piénsese en las medidas de transparencia) para una posterior participación «bidireccional», sin duda es en el caso de la participación articulada de esta última forma, cuando se compromete en mayor medida a esos operadores, implicando una «gestión común» de aspectos de interés público. Y es que conviene no confundir estas dos direcciones de la participación, pues el objetivo último de la democracia participativa en su sentido auténtico es el de la interacción, intercambio y concertación de ideas entre los sujetos participantes, ciudadanía y poderes públicos, superando la idea de participación como mero trámite del que apenas puede vislumbrarse

incidencia alguna en la decisión adoptada». En este sentido, aunque el autor observa una tendencia hacia la bidireccionalidad en distintas leyes autonómicas, lo cierto es que aún queda camino por recorrer en este sentido.

En este contexto surge y está prosperando, no sin algunas dificultades, la idea de los procesos participativos como cauce instrumental a través del que articular la participación con todas las garantías y mecanismos de control, como una superación de meros instrumentos puntuales para la participación (14).

Unos procesos «integrales», empleando la terminología de TUR AUSINA, que, como veremos pueden surgir de la iniciativa ciudadana, aunque también puede suceder lo mismo con los instrumentos singulares según los casos. Pero «su rasgo más característico proviene del hecho de que supone la articulación de un procedimiento acabado que parte de la definición de un marco de referencia (con antecedentes, agenda y orientaciones para el proceso), continúa con la previsión de lugares y mecanismos (presencial y/o telemática) para la discusión y recogida de aportaciones y finaliza con la sistematización de propuestas, recepción por el ente implicado y retorno a la ciudadanía con el compromiso de toma en consideración y motivación en caso de no ser recepcionadas» (TUR AUSINA 2013: 22).

Un proceso en el que se deben producir una serie de fases necesarias como son las de información, deliberación y retorno y que tienen una amplia flexibilidad pues pueden integrar distintos instrumentos y medios para hacer efectivo el derecho de participación.

En el presente artículo intentaremos, adelantando la dificultad de propósito, analizar la configuración de los procesos participativos en las leyes autonómicas de participación. Una cuestión plagada de confusiones conceptuales que hacen complejo determinar un espacio firme compartido entre las distintas leyes. De esta manera, en primer lugar, tras dejar de manifiesto los espacios de tierras movedizas que han creado las distintas normas al juridificar prácticas y técnicas que se vienen empleando desde hace décadas, se estudiará el concepto y el objeto de los procesos participativos, intentando extraer de las leyes autonómicas los mínimos comunes denominadores. La segunda parte del trabajo está destinada a cuestiones que se podrían denominar procedimentales o instrumentales como son: la iniciativa ciudadana para promover los procesos, las distintas fases que deben tener los mismos y, por último, el argumento de las bases de los procesos, bases que recogerán o contendrán las particularidades de cada uno de ellos.

(14) En gran medida, aunque las normas tienden hacia ese carácter con el reconocimiento de los procesos participativos, muchas de ellas de una forma precaria como veremos, es más una medida formal, plagada de intenciones y de escasas garantías que esperemos que los distintos reglamentos vayan solventando.

II. PARTICIPACIÓN Y PROCESOS PARTICIPATIVOS EN LA LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA: UN ESCENARIO CONCEPTUAL COMPLEJO

La participación ciudadana, en términos amplios e incluso imprecisos, podría entenderse como cualquier forma a través de la cual los ciudadanos (15), directamente o a través de entidades ciudadanas, colaboran de forma proactiva con la Administración en aras de la persecución del interés general. Sin embargo, cuando nos hallamos en el campo de la participación ciudadana recogido en las leyes autonómicas, en el sentido de democracia participativa, es necesario fijar los elementos que la definen para poder extraer un concepto que permita aglutinar la variedad y particularidades que conlleva este fenómeno.

En este contexto cobran un papel central los procesos participativos, que constituyen uno de los cauces a través de los cuales se canaliza la participación ciudadana y que permiten garantizar el ejercicio del derecho a ser escuchado y colaborar, entre otras cuestiones, en la definición, en sentido amplio, de las políticas públicas, facilitando y articulando la intervención de los ciudadanos (16).

De esta manera, el concepto de proceso participativo encierra en sí mismo la noción de participación ciudadana que no se entiende sin una serie de elementos que la definen, en una superación de la participación espontánea, esporádica y sin ningún tipo de garantía ni control.

Sin embargo, las leyes autonómicas que regulan la materia de forma general —esto es no en ámbitos sectoriales como medio ambiente, servicios

(15) Aunque gran parte de las definiciones de participación suelen incluir, como mínimos, los siguientes elementos según GÜEMES y RESINA (2018: 74): «a) se aplica a las decisiones de Administraciones y organizaciones públicas (aunque, en algunas ocasiones, también de las privadas); b) no se trata de un ejercicio accidental, por lo que conlleva un proceso organizado para involucrar a la ciudadanía; c) además de proporcionar información al público, presupone una interacción entre la organización que toma la decisión y las personas que participan, y d) los participantes tienen algún nivel de impacto o influencia en la decisión final que se toma (CREIGHTON, J. L. (2005). *The Public Participation Handbook: Making Better Decisions Through Citizen Involvement*. San Francisco: Jossey-Bass)». Una concepción amplia que siguiendo a los autores citados «abarca algunos de los modelos más conocidos e institucionalizados de las últimas dos décadas, como los presupuestos participativos, los foros locales, las asambleas barriales o las audiencias públicas. Junto a ellos, surgen también nuevas formas de participación más creativas y expresivas, como los flash mob, las performances, los podcast o distintos experimentos deliberativos. Formas que, a pesar de que suelen asociarse más a lo social que a lo político, lejos de poner en cuestión los mecanismos más clásicos, tienden a retroalimentarlos y a encajar e integrarse en ellos THEOCHARIS, Y., y VAN DETH, J. W. (2018). «The Continuous Expansion of Citizens' Participation: A New Taxonomy». *European Political Science Review*, 10 (1), 139-163)».

(16) Así «la participación ciudadana es esencial para la democracia en tanto aporta mayor conocimiento e información de los problemas reales de las personas, así como un mejor control sobre los gobernantes, y permite trasladar el potencial político de los nuevos actores a la arena institucional». GÜEMES y RESINA (2018: 75).

sociales o urbanismo, entre otras muchas— han configurado la participación ciudadana de manera dispar, lo cual en sí mismo no es un problema si no fuese por la confusión conceptual y terminológica que han provocado, una confusión entre instrumentos con consultas, instrumentos con procesos (17), procesos con objetos...

Así, por ejemplo, la Ley 12/2019 Navarra, sin definir los procesos participativos los condensa en deliberativos, presupuestos participativos, consultas y exposición pública —art. 8.1— como ocurre con la Ley 7/2017 Andalucía, con alguna variación cuando incluye además: participación ciudadana en la proposición de políticas públicas y elaboración de normas y participación ciudadana en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos —art. 12—. Sin embargo, la Ley 12/2014 R. Murcia establece que son instrumentos de participación: las aportaciones ciudadanas, consultas públicas, iniciativas ciudadanas y los procesos de deliberación participativa —art. 33.2—, un elenco que el Decreto 187/2018, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, amplió a los foros de participación ciudadana, iniciativas ciudadanas de regulación reglamentaria y acción pública y presupuestos participativos —art. 20.1—, mientras la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, exclusivamente entra a definir las modalidades participativas que serían lo que en la R. de Murcia denominan los instrumentos de participación, e incluye las encuestas, las audiencias públicas y los foros (18) —arts. 53 a 55—. En el mismo sentido la Ley 5/2010 I. Canarias incluye los paneles y los jurados ciudadanos —art. 20 a 23—, y por su parte la Ley 12/2019, de 12 de marzo, de consultas populares y procesos participativos, incluye entre los instrumentos la audiencia pública, los foros, pero también los presupuestos participativos —que en puridad no son un instrumento, sino un proceso—. Esta diversidad no acaba aquí y así, por ejemplo, la Ley 7/2017 Andalucía incluye entre los instrumentos de consulta popular, en el marco de los que se denominan procesos de participación ciudadana mediante consultas populares, lo que en otras Comunidades Autónomas se califica como instrumentos generales, como son las encuestas, la audiencias, los foros, paneles y jurados ciudadanos y las consultas participativas —art. 26—, dando *a priori* a entender que las mismas no serían operativas en el resto de procesos de participación, aunque no sea así.

(17) En este sentido es evidente la Ley 12/2019 Navarra cuando incluye a la exposición pública como proceso participativo —art. 8— y después lo define como un mecanismo de participación —art. 29—.

(18) En la Ley 7/2017 Andalucía también el foro es un instrumento pero exclusivamente de las consultas populares —art. 26—.

De hecho, consideramos que se confunden los objetos u ámbitos donde se prevén la participación ciudadana con los instrumentos a través de los cuales se canalizarán y con los procesos que, en su caso, se articularán. Realmente todos los instrumentos, como hace Andalucía, Aragón o Navarra (19)... son medios de consulta en un sentido amplio —encuestas, foros, audiencias, paneles, jurados...— en los que se les solicita a los ciudadanos una opinión, un juicio o un deseo sobre una cuestión o cuestiones concretas. Unas consultas que, en muchos casos, serán de naturaleza deliberativa —pensemos en las encuestas que pueden ser o no deliberativas (20)—, y que en su caso, igualmente, podrán integrarse en un proceso participativo con todas sus fases. Pero es más, el mismo foro o cualquiera del resto de los instrumentos puede ser, en sí mismo un proceso participativo e incluso, rizando el rizo, cabe la posibilidad de que un proceso integre dos instrumentos participativos (21). Así, por ejemplo, no vemos ningún obstáculo para que en un proceso participativo canalizado mediante un foro ciudadano se pueda integrar un instrumento participativo como una encuesta en su fase de información, por ejemplo.

Esta confusión se traslada con distinta intensidad al objeto de los procesos participativos que algunas normas incluyen o mezclan con las modalidades específicas, como es el de presupuesto participativo que podrá o no integrarse en aquella categoría exclusivamente si cumple con los requisitos exigidos. Pero también se producen confusiones entre procesos participativos y procedimientos en los que se inserta alguna forma o instrumento de participación, como puede ser la información pública en algunos procedimientos y las particularidades de la elaboración de disposiciones de carácter general (22).

(19) Arts. 26 Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía; 53 Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón y, entre otros, 23 Ley Foral 12/2019, de 22 de marzo, de Participación Democrática en Navarra.

(20) Véase, el epígrafe 7.2. *Encuestas*, en FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ 2019.

(21) Pero tampoco existe inconveniente para que en un procedimiento administrativo se inserten instrumentos participativos que convivan con un proceso participativo. Este es el caso de la Ley 12/2019 Navarra cuando dispone que «La Administración de la Comunidad Foral de Navarra implementará obligatoriamente, además de la exposición pública, un proceso deliberativo o, en su caso, una consulta en la elaboración, modificación y revisión de los planes y programas y cualesquiera otros elementos de planificación pública que requieran de la aprobación del Gobierno de Navarra» —art. 14.1—.

(22) También son formas de participación, las propias iniciativas ciudadanas, las sugerencias y aportaciones, las quejas... Así, RAMÍREZ NARDIZ, con buen criterio, entiende que la democracia participativa se materializa a través de instrumentos o mecanismos jurídicos que canalizan la participación directa de los ciudadanos. Entre los instrumentos cita los referéndum, la iniciativa popular, revocatoria de mandato, la apelación de sentencia, la asamblea abierta, los presupuestos participativos y los jurados ciudadanos (2013: 284-286). De hecho, consideramos que, como señala la Ley 10/2014 R. Murcia, «Los derechos y garantías reconocidos

III. CONCEPTO

En este escenario de confusión, se convierte en una necesidad determinar un concepto de proceso participativo que permita distinguirlo de otros medios o instrumentos de participación ciudadana que pueden incluso insertarse, como hemos visto en el epígrafe anterior, en el seno del mismo.

En este cometido son de gran ayuda las escasas leyes autonómicas que han definido el proceso participativo y de las que se derivan los siguientes elementos y características:

a) Un conjunto de actuaciones, procedimientos e instrumentos ordenados y secuenciados en el tiempo. De esta manera, se establece la noción de proceso, de una actividad ordenada que tiene unas fases que son, como veremos en el siguiente epígrafe, uno de los elementos definidores más determinantes de los procesos participativos.

b) De naturaleza institucional, pues es la Administración la que lo desarrolla e incluso, en muchos casos, de forma discrecional, sin perjuicio de la iniciativa ciudadana (23).

c) Una actividad que debe desarrollarse en el ámbito de las competencias de las distintas administraciones. Un requisito que no sólo se requiere en materia de participación ciudadana sino que es un principio de actuación en todas las administraciones públicas. Pero lo relevante es que hay cuestiones que, pese a que pudieran ser objeto de la competencia de la administración correspondiente, pueden estar fuera de la posibilidad de someterlas a un proceso participativo.

d) Tiene por objeto garantizar, como expresamente prevé la Ley 10/2014 Cataluña, «el debate y la deliberación (...) para recoger la opinión de los ciudadanos respecto a una actuación pública concreta en las fases de propuesta, decisión, aplicación o evaluación» —art. 40.2— (24). Todo ello con el fin de «conocer los intereses, posiciones y propuestas de la ciudadanía» —art. 54.1 *in fine* Ley 8/2015 Aragón— (25), en un «diálogo» entre la ciudadanía y

en este título se materializan por medio de diferentes instrumentos de participación ciudadana. Estos instrumentos son los cauces, mecanismos, medidas y procesos destinados a legitimar, encauzar y estructurar la participación ciudadana en las políticas públicas» —art. 33.1—.

(23) Véase el epígrafe V. *Iniciativa ciudadana para promover procesos participativos*.

(24) En este sentido, resulta muy interesante el trabajo de GANUZA, FRANCÉS, LAFUENTE y GARRIDO (2012: 111-132), titulado «¿Cambian sus preferencias los participantes en la deliberación?». En el mismo se refleja como un proceso deliberativo puede, en muchos casos, hacer cambiar la posición inicial de los participantes tras el debate y la reflexión conjunta, eliminando prejuicios e ideas preconcebidas. Véase también en este sentido FRANCÉS GARCÍA (2017:56).

(25) Así, resulta muy oportuno que la Ley 12/2019 Navarra haya previsto entre los principios rectores «el libre debate de ideas» —art. 2.b)—.

las administraciones públicas, que facilite y promueva la participación de la ciudadanía en los asuntos y las políticas públicas (26).

El debate y la deliberación, con independencia de la manera y la forma que se articule, es precisamente lo que define los procesos participativos, y por tanto, cuando algunas normas —Ley 7/2017 Andalucía, Ley 8/2015 Aragón, Decreto 187/2018 R. Murcia y Ley 12/2019 Navarra— incluyen entre aquéllos los deliberativos, entendemos que es un error conceptual pues estos son los genuinos procesos participativos. No se puede entender que existe un proceso si no se da este elemento de deliberación, pues entonces simplemente se estaría articulando un instrumento de participación consistente en una consulta a la ciudadanía sin ese aspecto de debate y deliberación (27). De hecho, a mayor abundamiento, cuando se aprecia el detalle de la regulación de estas últimas normas en lo que concierne a los procesos participativos, se observa que su definición es la que recogen de forma genérica las leyes que definen los procesos participativos.

| Elementos definidores de los procesos deliberativos | |
|---|--|
| Iniciativa | Apertura por parte de las Administraciones Públicas. |
| Objeto | Conocer los intereses, posiciones, sugerencias y propuestas de la ciudadanía. |
| Integrado | Debate público integrado en un proceso de decisión o formulación y adopción de una política pública. * La Ley Andalucía y D. R. Murcia incluyen la evaluación las políticas públicas. * La Ley Andalucía y la Ley Navarra incluyen la elaboración de los instrumentos de planificación para la determinación de políticas. |
| Fórmula | Contraste de motivaciones y argumentos. |

(26) Es muy clarificador el art. 3.1 de la *Legge 15/2018, 22 ottobre, sulla partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche nella Regione Emilia-Romagna* cuando define el proceso participativo como un «(...) percorso strutturato di dialogo e confronto, che viene avviato in riferimento ad un progetto futuro o ad una futura norma di competenza della Regione, degli enti locali o di altri soggetti pubblici, in vista della loro elaborazione, mettendo in comunicazione enti, soggetti privati, associazioni e persone che vivono e lavorano a qualsiasi titolo sul territorio, al fine di ottenere la completa rappresentazione delle posizioni, degli interessi o dei bisogni sulla questione, nonché di giungere ad una proposta ed alla sua eventuale mediazione o negoziazione in funzione di una codicisione, ricercando un accordo delle parti coinvolte sulla questione oggetto degli atti in discussione».

(27) En este sentido, véase la Ley 2/2016 País Vasco que, sin definirlo, dispone que el proceso de deliberación participativa tiene por objeto «la escucha activa por parte de la entidad local y el contraste de argumentos y motivaciones expuestos en un debate público integrado en un proceso de decisión o en el marco de la formulación o adopción de una política pública» —art. 75.1—.

e) Un proceso que debe garantizar el ejercicio del derecho de la ciudadanía a la participación, en condiciones de igualdad y de manera real y efectiva, respetando e inspirándose en los principios que las distintas leyes prevén con carácter general, entre los que se encuentran la transparencia, la rendición de cuentas, la facilidad y comprensión de la información en los procesos de participación ciudadana, la accesibilidad tecnológica, la gobernanza democrática o la vertebración social (28).

IV. OBJETO

El objeto de los procesos participativos es muy amplio y la delimitación debería efectuarse desde una perspectiva negativa, aunque no ha sido el criterio seguido por las distintas leyes autonómicas, que siguen modelos de delimitación positiva (29), en muchos casos en una situación de falta de separación del objeto con respecto a la modalidad participativa.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 13.1 de la Ley 7/2017 Andalucía, establece que los procesos de participación se podrán desarrollar sobre cinco «asuntos o materias», como son (30):

- Proposición, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas con singular impacto o relevancia.
- La elaboración de instrumentos de planificación para la determinación de políticas.
- La priorización sobre aspectos puntuales del gasto.
- La elaboración de leyes y reglamentos.
- La prestación, seguimiento y evaluación de los servicios públicos (31).

(28) Véanse, arts. 4. Ley 7/2017 Andalucía; 2 Ley 8/2015 Aragón; 4 Ley 12/2019 I. Baleares; 2.1 Ley 10/2014 Cataluña; 6 Ley 10/2019 C. Madrid; 2 Ley 2/2019 Navarra y 3 Ley 12/2014 R. Murcia.

(29) Véase, por ejemplo, el artículo 18.1 Ley 7/2017 Andalucía.

(30) En un sentido muy similar, véase la Ley 12/2019 Navarra cuando manifiesta que «Siempre que no resulten contrarios al ordenamiento jurídico, los procesos participativos ciudadanos se podrán desarrollar sobre los siguientes asuntos o materias que sean competencia del Gobierno de Navarra o de una entidad local: a) La pertinencia, la adopción, el seguimiento y la evaluación de políticas públicas de especial relevancia. b) La elaboración de instrumentos de planificación para la determinación de políticas. c) La toma de decisiones relativas a las prioridades y otros aspectos puntuales de la planificación y gestión presupuestaria. d) La elaboración de leyes y reglamentos. e) La prestación, el seguimiento y la evaluación de los servicios públicos» —art. 9—.

(31) Como han señalado CERNADAS RAMOS, LUCA CHAO PÉREZ, PINEDA NEBOT (2017:164), la participación no es, sin embargo, una herramienta para gestionar la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos.

Estos «asuntos» son vinculados por la Ley 7/2017 Andalucía a un tipo concreto de proceso participativo —al menos así lo denomina—, en una situación de imprecisión, para después establecer una modalidad de procesos que denomina consultas, en las cuales incluye una serie de instrumentos que pueden integrarse en un proceso participativo o serlo en sí mismo, dependiendo de cómo se configure cada uno de ellos (32).

Procesos ciudadanos en la Ley Andalucía 7/2018

| Procesos participativos (29) | Objeto —art. 13— | Instrumentos* —art. 26— |
|--|--|---------------------------|
| Deliberación participativa —arts. 18 a 22—. | Proposición, adopción, seguimiento y evaluación de las políticas públicas con singular impacto o relevancia. | Encuestas. |
| | La elaboración de instrumentos de planificación para la determinación de políticas. | Audiencias públicas. |
| Participación ciudadana en la elaboración de presupuestos —arts. 23 y 24—. | La priorización sobre aspectos puntuales del gasto. | Foros de participación. |
| Participación ciudadana en la proposición de políticas públicas y elaboración de normas —arts. 27 a 30—. | La elaboración de leyes y reglamentos. | Paneles ciudadanos. |
| Participación ciudadana en el seguimiento y evaluación de las políticas públicas y de la prestación de los servicios públicos —arts. 31 y 32—. | La prestación, seguimiento y evaluación de los servicios públicos. | Jurados ciudadanos. |
| Participación ciudadana mediante consultas populares —arts. 25 y 26—. | Cualquiera de los anteriores objetos se podría articular a través de una consulta. | Consultas participativas. |

*No son un *numerus clausus*.

(32) No podemos entender el objeto de los procesos participativos ni los ámbitos de participación en sí mismos como un *numerus clausus*. En este sentido, resulta muy claro el artículo 18.2 de la Ley 7/2017 Andalucía cuando tras delimitar en el apartado primero del mismo precepto los ámbitos donde es obligatorio, prevé que «Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, cuando así lo considere la Administración Pública, cualquier otra iniciativa de actuación podrá someterse a un proceso participativo a través de los instrumentos previstos en este título o cualquier otro de naturaleza análoga».

(33) Estas clases de procesos son muy variados pues, por ejemplo, la Ley 12/2019 Navarra incluye solo cuatro: procesos deliberativos, presupuestos participativos, consultas y exposición pública —art. 8—.

En este sentido es conveniente recordar que el empleo de la participación ciudadana en gran medida es discrecional por parte de las Administraciones Públicas (34), salvo en los casos de que existiera y prosperase una iniciativa ciudadana con todas las limitaciones que se pueden establecer con anterioridad a este proceso por parte de la Administración. Pero, es más, la Administración también tiene libertad para elegir, incluso en los casos en que prospere la iniciativa ciudadana, el tipo de participación que podrá ser canalizada a través de un proceso o simplemente mediante un instrumento de participación, salvo en los supuestos en los que por ley viene impuesto el modelo de participación que, generalmente, suele ser un instrumento como sería el de información pública o los articulados para la elaboración de disposiciones de carácter general por la Ley 39/2015 (35). Por tanto, el objeto del proceso participativo es simplemente de carácter potencial. Es un ámbito en el que podría articularse, pero no necesariamente tendría que ser así.

Por este motivo, a la hora de definir el objeto nos parece más acertado optar por una fórmula finalista como es el caso de la Ley Catalana 10/2014 cuando prevé que los «procesos participativos pueden convocarse con relación a cualquier propuesta, actuación o decisión en la aplicación de la cual pueda ser relevante informar, debatir o conocer la opinión de la ciudadanía mediante la colaboración e interacción entre la ciudadanía y las instituciones públicas» —art. 42—, mientras que las modalidades podrían fijar los elementos o las particularidades en virtud del asunto o materia, siempre respetando las fases necesarias para poder referirnos a un proceso participativo.

V. INICIATIVA CIUDADANA PARA PROMOVER PROCESOS PARTICIPATIVOS

Los procesos participativos nacen generalmente de la iniciativa de la Administración sin que ello signifique que no haya límites para la misma. Así resulta esencial que se produzca el acuerdo de realización del proceso, se

(34) Véanse entre otros, sobre la discrecionalidad, los artículos 10 Ley 7/2017 Andalucía, 38.2 Ley 12/2019 I. Baleares; 42 Ley 10/2014 Cataluña; 9 Ley 12/2019 Navarra y 15 Decreto 187/2018 Región Murcia.

(35) Así, por ejemplo, la Ley 12/2019 I. Baleares, en el artículo 38.1, dispone que «los instrumentos normativos de carácter reglamentario —cuando no se refieran a materias excluidas de las iniciativas legislativas— se someterán con carácter general a un proceso de participación ciudadana en su fase de elaboración». Y antes el artículo 18.1 Ley 7/2017 Andalucía, aunque con un carácter algo más amplio cuando dispone que «los programas o políticas de actuación sectorial del Gobierno así como los instrumentos normativos de carácter reglamentario que los desarrollen (...) deberán someterse con carácter general en su fase de elaboración a un proceso de participación ciudadana».

aprueben y publiquen las bases, se seleccione a los participantes... Pero lo más relevante en este sentido es que la Administración detenta una potestad discrecional pues será ella la que decidirá, cuando la iniciativa parte de ella, cuándo, qué temas y a través de que instrumento se llevará a cabo.

Por otra parte, se halla la iniciativa ciudadana para promover los procesos participativos que se encuentra generalmente recogida como un derecho en las normas autonómicas. Un derecho que se debe canalizar a través de un procedimiento que, como manifiesta el considerando primero del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, debería «favorecer que las iniciativas fueran lo más accesibles posible, menos engorrosa y más fácil de utilizar para quienes la organicen o apoyen, así como reforzar su seguimiento a fin de aprovechar todo el potencial *que tienen los procesos participativos*» (36). Sin embargo, y pese a la importancia del procedimiento, solo en cuatro Comunidades Autónomas —Andalucía, Cataluña, Navarra y Región de Murcia— se han establecido ciertas reglas a través de las cuales se ejercerá el derecho y se articulará el procedimiento, tanto en el ámbito local como autonómico (37). De hecho, la iniciativa ciudadana cobra una especial dimensión en la medida que puede llegar a ser el único medio efectivo para que la ciudadanía imponga su voluntad de participar ante la pasividad de las Administraciones Públicas por los posibles riesgos que le pueden suponer. Así afirman CERNADAS RAMOS; LUCA CHAO PÉREZ y PINEDA NEBOT (2017:185) que «los equipos de gobierno quieren gestionar y controlar la participación y no están dispuestos a asumir riesgos en este sentido. Prefieren actuar con parsimonia y no iniciar procesos participativos que se les pueda ir de las manos y que no les reporten los resultados esperados o que éstos sean contrarios a sus intereses que suelen ser lo de mantenerse al frente del gobierno del municipio, antes que dar voz a una ciudadanía que no pueden controlar». Igualmente es una manera de *imponer* por parte de la ciudadanía los temas sobre los que deliberar, pues la elección de los temas, argumentos o cuestiones que suelen someterse a la participación ciudadana por parte de los decisores políticos son aquellos que a ellos «les interesa que la gente participe» (38).

(36) La cursiva es nuestra.

(37) Con todo, son muchos los aspectos que requieren ser abordados mediante reglamento y así, lo expresa, entre otras normas, la Ley 7/2017 Andalucía cuando remite a un futuro desarrollo reglamentario los requisitos que deben cumplir las solicitudes de iniciativas ciudadanas, así como el procedimiento y conclusión de los procesos de deliberación participativa —art. 201.4—.

(38) CERNADAS RAMOS; LUCA CHAO PÉREZ y PINEDA NEBOT (2017:180).

1. Legitimación y promotores

Las normas autonómicas generalmente son escuetas en relación a la legitimación para la solicitud de iniciación del procedimiento de participación ciudadana.

Con carácter general se pueden apreciar dos modelos que inicialmente no tendrían por qué ser incompatibles (39). Así, la Ley 12/2019 Navarra y el Decreto 187/2018 R. Murcia prevén dos fases distintas. Una primera fase en la que, en el caso de Navarra, se requiere la solicitud de un grupo de al menos diez personas (40), y en la Región de Murcia, sin referencia a un número concreto de personas, se atribuye la facultad a los ciudadanos que tengan la condición política de murcianos, así como a las entidades ciudadanas (41). En la segunda fase una vez admitida la solicitud, como veremos, se establece un plazo para la obtención de las firmas necesarias o requeridas.

El segundo grupo, representado por la Ley 7/2017 Andalucía y la Ley 10/2014 Cataluña, guarda silencio y exclusivamente exige la presentación de un número determinado de firmas.

El número mínimo de promotores, que inicialmente solo está previsto en la legislación Navarra (42), no debería resultar un elemento especialmente relevante, pues lo importante debería ser el contenido de la propuesta y después, en el proceso de recogida de firmas, será el momento en el que se podrá apreciar el apoyo que recibe la misma. Con todo, si es cierto que la gestión de la iniciativa recae en gran medida en los promotores y, por tanto, este puede ser el motivo que justifica requerir un número mínimo de promotores que puedan impulsar la iniciativa (43).

(39) Nada impide que los respectivos desarrollos reglamentarios de las leyes de participación prevean o incluyan en el proceso de iniciativa ciudadana dos fases: la de solicitud, en primer lugar, y en segundo lugar, la de recogida de firmas, que por otra parte es la opción más razonable.

(40) En este sentido, el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, manifiesta que «poner en marcha y gestionar fructíferamente iniciativas ciudadanas exige disponer de una estructura mínima» como un elemento de garantía y fija el número mínimo en siete personas físicas a las que corresponde preparar y gestionar la iniciativa —art. 5.1—.

(41) Art. 26.1 Decreto 187/2018 Región de Murcia.

(42) A diferencia de lo que ocurre en las consultas no referendarias mediante votación. Véase el capítulo II de FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ (2019).

(43) El Reglamento (UE) 2019/788, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, a diferencia de lo que ocurre en las leyes autonómicas de participación, contempla, sin perjuicio de la responsabilidad del representante del grupo de organizadores como responsable del tratamiento de los datos, la responsabilidad de los organizadores que serán «conjunta y solidariamente responsables de los posibles daños y perjuicios causados en la organización de una iniciativa por actos ilegales

Sin embargo, consideramos que ese papel lo podrían desarrollar tanto un grupo de personas físicas así como una o varias entidades ciudadanas, incluso creadas al efecto, sin que la personalidad jurídica o mejor su ausencia debiera suponer un obstáculo. De hecho, no parece muy lógico que las entidades no puedan ser promotoras de una iniciativa y sin embargo, sí puedan participar en el mismo proceso.

Así los promotores, en puridad, no necesariamente tienen que ser personas que posteriormente secunden, mediante su firma, la apertura del proceso participativo, y ni siquiera tendrían por qué participar en el proceso mismo, pues, entre otras muchas cuestiones, en virtud del instrumento elegido, el número de personas llamadas a participar es muy reducido. La presentación de la mera iniciativa supone en sí misma una forma de participación, en la condición de promotor, en la que podrían colaborar tanto los legitimados para participar como los que podrían unirse para lograr el número de firmas necesarias, que no siempre tienen por qué coincidir.

La figura del promotor o promotores está generalmente poco regulada en las iniciativas de procesos de participación ciudadana. Unos promotores que deben estar identificados, fundamentalmente a los efectos de notificación y comunicación de los aspectos relacionados con la iniciativa como, por ejemplo, si ha sido o no aceptada la propuesta, si se ha logrado el número de firmas y, por último, si se pondrá en marcha el proceso participativo (44). Así la misma Ley Navarra 12/2019 recoge la constitución de una comisión promotora en la que se integrarán todas las personas promotoras como las entidades ciudadanas que deseen figurar como promotoras, debiendo designarse un portavoz —37.c)—, siguiendo el esquema del artículo 7 de la Ley 39/2015 cuando se

cometidos deliberadamente o con negligencia grave...» —art. 5.5—. Y así encomienda a los Estados miembro para que velen porque los miembros de un grupo de organizadores sean, de conformidad con el Derecho nacional, objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias por toda infracción del presente Reglamento, y en particular por: a) declaraciones falsas; b) la utilización fraudulenta de datos —art. 5.6—.

(44) El Reglamento (UE) 2019/788, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea establece cautelas en relación a los grupos organizadores cuando les exige que faciliten «información, clara, precisa y exhaustiva sobre las fuentes de financiación que excedan de 500 euros por patrocinador», una información que se publicará en el Registro, y en su caso en el sitio web de la campaña. Este control o estas cautelas también se extienden a las organizaciones que les asistan a título voluntario cuando el apoyo no sea económicamente cuantificable, debiéndose facilitar información precisa sobre las mismas. De esta manera, se pueden verificar los apoyos de la comisión promotora y los posibles intereses en juego, incluso aflorar la actuación de lobbies en los citados procedimientos. Así, se podrían detectar posibles conflictos de intereses, al ejemplo, del sistema de detección temprana de los mismos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, véase PÉREZ MONGUIÓ y FERNÁNDEZ RAMOS (2016:163 y ss).

prevé que cuando en una solicitud figuren varios interesados —en estos casos no se puede entender el concepto interesado desde una perspectiva sustantiva sino procedimental— las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente se haya señalado. Pero, es más, la falta de designación de representante o portavoz, no debería ser ningún obstáculo pues como el mismo precepto prevé, en su defecto se entenderá el que figure en primer término.

2. Contenido de la solicitud

La solicitud deberá contener los elementos establecidos en la normativa de procedimiento administrativo, esto es los exigidos en el artículo 66 de la Ley 39/2015:

— Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.

Como hemos expuesto en el apartado anterior, en el caso de Navarra se exige que la solicitud sea «apoyada» al menos por diez personas en plena posesión de sus derechos civiles y políticos, empadronadas en Navarra, que aportarán sus datos personales (nombre, apellido y fotocopia del DNI firmada). Igualmente requiere la designación del portavoz. En este sentido, entendemos que la solicitud, podría simplemente ser firmada por una persona, que salvo apreciación en contrario, sería el portavoz de la iniciativa. En las Comunidades Autónomas donde no se prevé nada al respecto, exclusivamente la presentación de un número de firmas válidas, igualmente entendemos que la persona que lo presente sería, salvo indicación distinta, el portavoz o representante de la iniciativa.

— *Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación.* Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.

— *Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.* Las leyes autonómicas, aquellas que hacen referencia a ello, requieren que se detallen las razones y argumentos que hagan oportuno, a juicio de los promotores, la apertura de un proceso participativo o como dispone la Ley 7/2017 Andalucía «al menos una breve descripción del asunto objeto de deliberación» (45). En este sentido, aunque exclusivamente la Ley 12/2019 Navarra lo prevé expresamente, resultaría oportuno y nada impide, que el promotor o los promotores, en su caso, concreten también el tipo y/o instrumento

(45) Art. 20.2 Ley 7/2017 Andalucía.

que se propone para llevarlo a cabo, argumentando el criterio. En este sentido, entendemos que la propuesta de instrumento para la realización del proceso participativo también es una forma de participación y que a su vez permite a la Administración reflexionar sobre el modelo propuesto en el supuesto que finalmente se decida articular la apertura de aquél.

Por último se debe incorporar, al margen del lugar y la fecha, la firma del solicitante, esto es del promotor o promotores, indicando el órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige (46).

3. Límites y tramitación de la solicitud

Una vez registrada la solicitud, con todos los requisitos exigidos, la Administración procederá a valorar su admisión a través de los órganos competentes. Una admisión que se encuentra reglada, pues entendemos que exclusivamente podrá ser inadmitida en los supuestos contemplados en las normas como son, entre otros, que (47):

a) La materia u objeto no sea de competencia de la administración correspondiente (48).

b) Afecten a derechos fundamentales (49).

c) Defiendan intereses individuales o corporativos que sean ajenas al interés general (50).

d) Tengan un contenido imposible, inconstitucional, ilegal o constitutivo de delito (51)

(46) En el caso de la Ley 7/2017 Andalucía se requiere que se dirija al centro directivo competente por razón de la materia o del presidente de la entidad local a la que afecte la iniciativa por razón de la materia o del órgano competente de la entidad local a la que afecte la iniciativa —art. 20.2—. En el caso de la Ley Navarra 12/2019 la solicitud se dirigirá a la «Unidad especializada en participación del Gobierno de Navarra» —art. 37— y, en el caso de las entidades locales a la presidencia de la misma —40.a)—. El Decreto 187/2018 R. Murcia establece la obligación de registrar la solicitud en la consejería competente en materia de participación —art. 26.2—.

(47) El Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea entre las causas para no registrar la solicitud cita que no sea manifiestamente abusiva, frívola o vejatoria —art. 6.3.e)—.

(48) Arts., entre otros, 44.1 Ley 10/2014 Cataluña; 28.1 Ley 12/2019 Navarra y 26.1 Decreto 187/2018 R. Murcia.

(49) En este sentido, por ejemplo, véase el art. 54 Ley 10/2019 C. Madrid cuando dispone que la participación y colaboración ciudadana no se podrán plantear sobre aquellos aspectos que cuestionen la dignidad de la persona, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por el ordenamiento jurídico.

(50) Art. 10.2 Ley 5/2010 I. Canarias.

(51) Art. 10.2 Ley 5/2010 I. Canarias.

e) Se realice en periodos inhábiles como prevé, por ejemplo, la Ley 7/2017 Andalucía (52).

f) Se hubiera canalizado una iniciativa popular sobre el mismo asunto en un plazo, que la Ley 12/2019 Navarra fija en dos años—, desde la inadmisión por no haber alcanzado las firmas, en los procesos de dos fases, o desde la conclusión del proceso participativo en cualquier caso (53).

g) Se encuentre en tramitación otras similares (54).

h) Hubieran sido inadmitidas previamente (55).

i) Aquellas materias cuya regulación hubiera de tener rango legal o reglamentario (56).

j) No presentar las firmas requeridas en las Comunidades Autónomas en las que se realiza todo el proceso en una única fase.

(52) Artículo 15 «Los procesos de participación ciudadana regulados en esta Ley no podrán ser convocados ni desarrollarse durante el período que media: a) Entre la convocatoria de elecciones a Cortes Generales y la constitución de las nuevas Cámaras. b) Entre la convocatoria de elecciones al Parlamento de Andalucía y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo presidente o presidenta de la Junta de Andalucía. c) Entre la convocatoria y la celebración de un referéndum de los previstos en la normativa vigente cuando éste afecte al ámbito territorial del proceso de participación ciudadana. Además, los procesos de participación ciudadana locales no podrán ser convocados ni tener lugar durante el período que media entre la convocatoria de las elecciones municipales y 90 días posteriores a la toma de posesión del nuevo gobierno municipal».

(53) Así, por ejemplo, el artículo 28.4 de la Ley 12/2019 Navarra cuando dispone que «No se podrán promover consultas ciudadanas, cualquiera que sea su ámbito, sobre un asunto ya consultado, hasta transcurridos dos años desde la celebración de la consulta inicial». En este sentido es frecuente encontrar cláusulas de esta naturaleza en las consultas no referendarias. Véanse los artículos 47.2 o 50.2 de la Ley 7/2017 Andalucía cuando prevén que «Una vez publicado el decreto de convocatoria, no se podrán promover otras consultas sobre el mismo objeto hasta transcurridos dos años a contar desde la celebración de la consulta o desde la inadmisión de la iniciativa».

(54) Art. 26.4 Decreto 187/2018 R. Murcia.

(55) Art. 26.4 Decreto 187/2018 R. Murcia.

(56) Art. 26.4 Decreto 187/2018 R. Murcia. Este límite, como otros muchos, no es aplicable a todas las Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, el artículo 45 de la derogada Ley 11/2012 Navarra disponía que «1. Los ciudadanos y ciudadanas con residencia legal en la Comunidad Foral, individualmente y en su propio nombre, tendrán derecho a presentar a la Administración Pública, en las materias de la competencia de ésta, propuestas de tramitación de iniciativas de carácter reglamentario sobre materias que afecten a sus derechos e intereses legítimos. 2. Las propuestas no podrán recaer sobre disposiciones de desarrollo de las materias excluidas por la legislación foral reguladora de la iniciativa legislativa popular en la Comunidad Foral. 3. Las propuestas deberán contener necesariamente, para ser valoradas y analizadas, el texto propuesto, acompañado de una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa, y deberán estar respaldadas por las firmas de 2.000 personas...».

Las limitaciones por una cuestión puramente numérica, recogidas en algunas normas autonómicas, como por ejemplo la Ley 12/2019 Navarra que las restringe a tres y cinco consultas al año, respectivamente en el ámbito autonómico y local —art. 28—, resultan muy cuestionables.

Este límite, que puede tener cierto sentido en los supuestos de iniciativa institucional, no nos parece razonable en el caso de iniciativas ciudadanas. Es cierto que las consultas suponen un esfuerzo económico y organizativo para las Administraciones pero no es menos cierto que si se pretende potenciar la democracia participativa este argumento no se puede sustentar. Una vez que el promotor o promotores presentan la iniciativa con las firmas válidas en los supuestos en los que sólo hay una fase, no parece de recibo que la Administración la inadmita por el mero hecho de que ya se ha llegado al número máximo permitido al año. Igualmente, resulta inadmisibles que en los procesos de iniciativas secuenciados en dos fases, una primera de admisión de la propuesta y una segunda de recogida de firmas, que una vez alcanzado el apoyo necesario, la Administración pueda no tramitarla, amparada en el argumento de que durante el desarrollo de esta última fase se ha alcanzado el número máximo de iniciativas anuales.

Esta última posibilidad se podría evitar limitando la presentación e iniciativas por promotores cuando haya otras en proceso de obtención de firmas que sumen el máximo permitido. Pero incluso esta opción resulta absurda pues se limitaría la iniciativa de un promotor por el mero hecho de la posibilidad de que las que se encuentren en la fase citada anteriormente puedan obtener unas firmas que no necesariamente tienen que llegar al número exigido, provocándose, en ese caso, la caducidad del procedimiento.

Además, este límite puede incluso emplearse de forma torticera por las administraciones, pues podrían cercenar las iniciativas de promotores para la apertura de procedimientos de una manera muy sencilla pues bastaría que ellas mismas de oficio articulasen los procedimientos y coparan el número máximo a celebrar cada año, escogiendo el tema u objeto que les interesase, dejando inoperativa la iniciativa de los ciudadanos en esta materia.

Regresando al argumento de la tramitación de la iniciativa presentada por los promotores, en los supuestos de la fase única, esto es que se presenta la solicitud junto con las firmas, la Administración, tras admitirla, salvo que existan límites que se hayan sobrepasado, deberá resolverla. Una resolución que entendemos que debe ser positiva a la celebración del proceso y deberá indicarse, al menos, la forma o instrumento elegido, la delimitación del objeto en su caso, procediendo a la notificación a los promotores y a la publicidad en el portal de participación correspondiente.

La Ley 7/2017 Andalucía va más allá y, como garantía, establece que una vez que se acuerde la realización del proceso deliberativo, aquel debe

iniciarse en un plazo máximo de treinta días desde la fecha de la resolución —art. 20.3—, pero por otra parte dispone que transcurridos tres meses desde la presentación de la incitativa sin que se acuerde el inicio, podrá entenderse rechazada la petición —Art. 14 *in fine*—. Una opción que consideramos desacertada pues deberíamos encontrarnos ante el ejercicio de una potestad reglada y, por tanto, considerar el silencio como negativo no tiene lógica alguna.

En el caso de las iniciativas de doble fase previstas en la Región de Murcia y en Navarra, la solicitud se valorará y se dictará resolución sobre su admisión. En este sentido la Ley 12/2019 Navarra, a nuestro juicio con buen criterio, prevé que si no se responde en un plazo de 15 días desde la fecha de Registro, la iniciativa se entenderá admitida a trámite (57). Y a partir de ese momento, se abrirá un plazo para la obtención de las firmas que se fija en seis meses en ambas Comunidades Autónomas (58). Un plazo que no necesariamente debe agotarse, pues en el momento en que alcance la cifra requerida y se presente se producirá la certificación por parte de la Administración y se deberá resolver no ya sobre la admisión sino sobre el proceso participativo mismo, como veremos más adelante. Un plazo que en el caso de superarse supondrá la caducidad y archivo de la iniciativa (59).

En las Comunidades Autónomas en las que se exige que junto con la solicitud se adjunten las firmas —Ley 7/2017 Andalucía y Ley 10/2014 Cataluña— (60), parece que la Administración se inhibe de cualquier tipo de colaboración o asistencia en este proceso de recogida de firmas y exclusivamente valorará la validez de las mismas. Tampoco colaborará con la publicidad de la iniciativa, pues no tendrá conocimiento de la misma hasta la presentación en el Registro correspondiente. Aunque esto no tiene mucho sentido y así lo razonable es que antes de comenzar cualquier proceso de recogida de firmas se registre, tras verificar la adecuación de la misma a la normativa por la que se regulan (61).

(57) Art. 38.2 y 41.2 Ley 12/2019 Navarra, respectivamente para las iniciativas de procesos participativos autonómicos y locales respectivamente.

(58) En el caso de la Ley 12/2019 Navarra se prevé la posibilidad de la prórroga del plazo que no podrá exceder del tercio del plazo originalmente establecido, si se observa algún tipo de causa de fuerza mayor y siempre y sólo en caso de solicitud por parte de la entidad promotora —art. 52—. Una ampliación que deberá notificarse, en caso de acordarse, al portavoz de la iniciativa y publicarse.

(59) Art. 20.5 Decreto 287/2018 R. Murcia y 42.5 y 39.4 Ley 12/2019 Navarra.

(60) Nada impide que los futuros reglamentos de las citadas leyes, como hace la Ley Navarra 12/2019 y el Decreto Región de Murcia 187/2018, puedan incorporar la separación de la admisión de la iniciativa del proceso de recogida de firmas, pues a nuestro juicio no existe problema jurídico para que se pudiese articular esta opción en el marco de las citadas normas.

(61) En este sentido, resulta muy clarificador el Reglamento (UE) 2019/788, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea

En relación a las Comunidades Autónomas donde el proceso se divide en dos fases, existen diferencias significativas con respecto a las anteriores, comenzando por la publicidad de la admisión a trámite de la iniciativa (62). Así, en el caso de Navarra la misma se llevará a cabo en los espacios digitales de participación del Gobierno, en los casos de procesos participativos en la Administración Foral, y, en los supuestos de entidades locales, en los tablones de anuncios y, en su caso, en la página web de la entidad (63), y en la Región de Murcia en la plataforma de participación tecnológica de participación ciudadana (64). La Ley 12/2019 Navarra más allá cuando prevé las comisiones promotoras de las distintas iniciativas del Gobierno de Navarra (65), tanto las que impulsen iniciativas autonómicas como locales (66), que dispondrán de un espacio desde el que podrán defender su propuesta y difundirla, que será alojado en el espacio digital del Gobierno Abierto —art. 44.1—. En la misma se publicará el texto de la iniciativa, pero también la justificación de la iniciativa. Una justificación que podrá tener el formato o formatos que desee la Comisión promotora —vídeo, texto, audio o cualquier otro que pueda ser alojado en el espacio digital—, incluso ser modificado durante el proceso de recogida de firmas, pudiendo enlazarse a otras páginas o sitios web, con la única limitación que no «exista en ellos un ánimo de lucro» —art. 44.3—. Resulta muy acertada la previsión de la Ley Navarra 12/2019 en los supuestos de iniciativas ciudadanas locales cuando, al margen de la obligatoria publicación de la iniciativa completa en el tablón de anuncios y en la propia web por parte de la entidad local, prevé la publicación en los espacios digitales

cuando exige que las iniciativas que cumplan las condiciones establecidas en el presente Reglamento deben ser registradas por la Comisión antes de empezar a recoger declaraciones de apoyo de los ciudadanos. Todo con el objeto de asegurar la coherencia y transparencia en relación con las iniciativas y evitar que se recojan firmas para una iniciativa que no se ciña a las condiciones establecidas en los Tratados Considerando 18.

(62) El Reglamento (UE) 2019/788, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea prevé la creación de un registro en línea que «comprenderá un sitio web público que proporcione información sobre la iniciativa ciudadana europea en general, así como sobre iniciativas concretas y el estado en que se encuentran» —art. 4.3—.

(63) Incluso se publicará, si así lo solicitan las comisiones promotoras, en los espacios digitales de participación del Gobierno de Navarra —art. 42.1 *in fine* Ley 12/2019 Navarra —.

(64) Art. 26.3 y 5 Decreto 187/2018 Región de Murcia.

(65) En relación a las entidades locales, el espacio digital de participación del Gobierno Abierto prestará una función de asistencia, cuando aquellas lo soliciten, pudiendo utilizar los recursos del citado Espacio para la promoción de la participación ciudadana en su propio ámbito local como, en su caso, un enlace a la página web de participación de la propia entidad local —art. 43.e) Ley 12/2019 Navarra—.

(66) En las iniciativas ciudadanas locales resulta muy interesante la previsión de la Ley 12/2019 Navarra.

de participación del Gobierno de Navarra cuando así lo solicite la Comisión Promotora, sin que la entidad local tenga ninguna capacidad de veto o limitación —art. 42.1—.

En este sentido, se prevé la creación de una unidad especializada en materia de participación cuya primera función atribuida es la de «garantizar la puesta en marcha de los procesos participativos de iniciativa ciudadana que consigan las firmas necesarias, asesorando y prestando apoyo técnico a la comisión promotora de la misma» —art. 45.a) Ley Navarra 12/2019—.

4. Número de firmas y su recogida

Una vez admitida a trámite la iniciativa se abrirá un plazo para la recogida de firmas que se fija en seis meses en Navarra y en la Región de Murcia desde la admisión a trámite de la iniciativa. A partir de ese momento, los ciudadanos se podrán adherir a la iniciativa. Un proceso en el que está prevista la colaboración de la Administración para facilitarlos, ya sea mediante la publicidad de la iniciativa como facilitando el proceso de firmas digitales (67).

Así la Ley 12/2019 Navarra prevé que las Comisiones promotoras dispongan de un lugar en el Espacio Digital del Gobierno Abierto. Un espacio que contendrá el texto, la justificación de la iniciativa, que permitirá, al margen de la firma digital —incluida la solicitud por primera vez de la misma (68)—, la gestión por parte de los promotores de las firmas que logren (69). En el caso de la Región de Murcia la iniciativa se dará de alta en la plataforma tecnológica, facilitando mediante medios electrónicos la recogida de firmas electrónicas para que los ciudadanos puedan adherirse a la iniciativa (70). Sin embargo, no resulta razonable que el sistema para recogida de firmas se limite

(67) El Decreto 187/2018 R. Murcia exige que la plataforma tecnológica de participación ciudadana dará información detallada del procedimiento y de la documentación derivada de cada una de las iniciativas ciudadanas registradas (art. 26.7).

(68) Art. 44.2 Ley 12/2019 Navarra. Este espacio también dispondrá de un contador con las firmas recogidas hasta el momento y otro con los días que restan hasta que se agote el plazo establecido para la recogida de las firmas.

(69) Art. 44.1 Ley 12/2019 Navarra. El Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, en un sentido similar afirma que la Comisión pondrá a disposición de los interesados un registro en línea que permita a los grupos de organizadores gestionar sus iniciativas durante todo el procedimiento —art. 4.3—. Este registro comprenderá un sitio web público que proporcione información sobre la iniciativa ciudadana europea en general, así como sobre iniciativas concretas y el estado en que se encuentran, debiendo ser actualizada periódicamente poniendo a disposición pública la información presentada por los grupos de organizadores.

(70) Art. 26.5 Decreto 187/2018 R. Murcia.

a las realizadas de forma electrónica en los espacios digitales establecidos. Esa imposición supondría limitar las opciones de participación. De hecho, el objetivo de la Administración cuando facilita estos medios para la gestión del proceso, incluida la recogida de firmas, sin perjuicio de ser en sí misma una forma de colaborar y prestar asistencia, debe ser la de hacer la participación más accesible, eliminando obstáculos que impidan la misma (71). No tendría mucho sentido, provocando una situación paradójica, que la medida prevista para dotar de accesibilidad a los ciudadanos para apoyar una iniciativa, pudiera tener a su vez un efecto limitativo o restrictivo. En consecuencia, las firmas digitales en los espacios habilitados por la Administración deben articularse como una posibilidad pero en ningún caso deben operar como una restricción.

Así, al margen de las firmas digitales se deberían permitir todos los medios para la recogida de las mismas previstas para las iniciativas legislativas populares (72), pues nos encontramos ante una forma de participación administrativa que no debería limitarse por una mera cuestión de forma (73). De esta manera, lo razonable en caso de ausencia de regulación en relación a las formas de recogida de las firmas y acreditación de las mismas, sería seguir el esquema y requisitos previstos para las consultas no refrendarias mediante votación previstas en las leyes de participación. Así, por ejemplo, la Ley Navarra 12/2019 de manera general para todas las consultas, incluidas las iniciativas que estamos abordando, contempla, al margen de las tramitadas mediante un sistema de usuario y contraseña validado por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a través de los espacios digitales de participación—art. 49—:

(71) El sentido de la habilitación de un sistema de recogida de firmas de forma electrónica articulado por la Administración debería tener el propósito de hacer accesible el instrumento de la iniciativa. El Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea cuando prevé que «Con el fin de hacer que la iniciativa ciudadana europea sea más accesible, menos engorrosa y más fácil de utilizar para los organizadores y los ciudadanos, la Comisión debe establecer y gestionar un sistema central para la recogida de declaraciones de apoyo en línea. Este sistema debe ponerse gratuitamente a disposición de los grupos de organizadores y tener las características técnicas necesarias que permitan la recogida en línea, incluido el alojamiento de datos y los programas informáticos, así como características de accesibilidad que permitan a los ciudadanos con discapacidad prestar apoyo a las iniciativas» (Considerando 21).

(72) Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular.

(73) El Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea con el objeto de facilitar el sistema de recogida de firmas prevé un sistema central de recogida en línea pero también prevé la recogida en formato papel —art. 9.1—.

— Firma electrónica, de acuerdo a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

— Firmas en papel. El procedimiento a seguir se establecerá reglamentariamente, y en todo caso se facilitará una plantilla homogénea en los espacios digitales de participación. Podrán acreditar la validez de las firmas en papel:

— Una notaría.

— Una secretaría municipal o personal funcionario en quien delegue.

— Cualquier persona designada para ello por la Comisión Promotora, siempre que se encuentre en plena posesión de sus derechos civiles y políticos, y se comprometa por escrito ante cualquiera de las entidades inmediatamente anteriores.

— Plataformas digitales de recogida de firmas con control auditado que cumplan la normativa europea de protección de datos.

Firmas mínimas exigidas

| | Número de apoyos | | Particularidades | |
|---------------------------|--------------------|---|---|--|
| | Autonómico | Local* | | |
| Cataluña (70) 2014 | Min. 20.000 firmas | Municipios <5000 hab. | 5% firmas de las personas llamadas a participar. | Aplicables a los procesos dirigidos al conjunto de la población, en las modalidades de encuesta, audiencia pública, foros de participación ... En los procesos dirigidos a colectivos específicos, se pueden reconocer la iniciativa ciudadana en los términos que se establezcan, calculando los porcentajes, tomando como referencia el ámbito subjetivo al que se dirige el proceso. |
| | | >5.000 a 10.000 hab. | 3%, min. 50 firmas. | |
| | | 20.001 a 100.000 hab. | 2%, min. 600 firmas. | |
| | | >100.000 hab. | 1%, min. 2.000 firmas. | |
| Andalucía 2017 | Min. 20.000 firmas | El número de firmas lo determinará el Reglamento de participación ciudadana | No se puede superar el límite de las 20.000 firmas. Se prevé como referencia las cifras previstas para las consultas populares locales: Municipios: Hasta 5.000 hab., el 10%. 5.001 a 50.000 hab., 500 + 7% de los hab. que excedan de 5.000. 50.001 a 100.000 hab., 3.650 + 5% de los que excedan de 50.000. > 100.000 hab., 6150+ 3% de los que excedan de 100.000 hab. | Previsto expresamente para los procesos de deliberación participativa. Si se acuerda la realización debe comenzar en el plazo de 30 días desde la resolución. Las personas o entidades que presenten la solicitud tendrán la condición de promotoras. |

| | | | |
|---------------------------|--------------|--|---|
| Región Murcia 2018 | 2.000 firmas | | En el plazo de 30 días desde el registro de la solicitud en la Consejería competente en materia de participación, se hará pública y se remitirá a la Consejería competente para que se pronuncie sobre la admisión. Admitida la misma: se establece un plazo de seis meses para alcanzar las firmas previstas. Transcurrido el plazo se declarará el archivo. Si se alcanza se da traslado a la Consejería competente quien debe pronunciarse sobre la puesta en marcha de la actuación. |
| Navarra 2019 | 5.000 firmas | Municipios >50.000 hab: 2% personas empadronadas, min. 1.500 firmas. Municipios y concejos de 2.000 a 50.000 hab. empadronados, 3% min. 120 firmas. Municipios y concejos <2.000, el 6% personas empadronadas, min. 15 firmas. | Una vez admitida a trámite hay un plazo de seis meses para alcanzar las firmas y, en caso contrario, se dará por caducado el expediente. Si se logran, en el plazo de un mes se inicia el proceso. |

En cuanto a las condiciones o requisitos que deben cumplir los firmantes no deberían superar los previstos para la participación en los procesos una vez abiertos, incluso ser inferiores (75). De hecho, consideramos que podrían articularse tres niveles de exigencia, donde el de menor intensidad debería ser el requerido para los promotores de la iniciativa, el nivel medio para los firmantes y el más exigente para los que participen efectivamente el proceso. Téngase en cuenta que el primer nivel no tiene ninguna capacidad de decisión más allá que el de la presentación de la iniciativa. El segundo, esto es, el relativo a los firmantes, exclusivamente apoyan una iniciativa para que se abra un proceso participativo y, sólo sobre los terceros recae la participación efectiva y sobre ellos debe, en su caso, recaer el mayor nivel de exigencia.

Pese a los argumentos esgrimidos, esta opción no ha sido la elegida o seguida por los legisladores autonómicos, los cuales requieren con carácter general los mismos requisitos a los ciudadanos para participar en el proceso

(74) En Cataluña, los porcentajes establecidos pueden ser inferiores si así lo determina la normativa propia de la entidad local —art. 44.5 Ley 10/2014—.

(75) De hecho, se produce una situación difícil de explicar en la medida que las entidades ciudadanas pueden participar en los procesos participativos, incluso existe una clara orientación en las leyes autonómicas a potenciarlas, mientras que no pueden firmar una iniciativa. El problema quizá del modelo de presentación de iniciativas es que no ha sido capaz de separarse lo suficiente del clásico de iniciativa legislativa popular y, por tanto, en este caso quien puede lo máximo, es decir, participar, no puede lo mínima, que es solicitar la apertura de un proceso de participación ciudadana.

participativo que para firmar la iniciativa que como veremos más adelante pueden ser variados (76).

| Comunidad Autónoma | Requisitos para la firma de la iniciativa | | |
|---------------------------------|--|---|---|
| Andalucía Ley 7/2017 | Ciudadanos con capacidad de obrar conforme a la normativa básica de procedimientos administrativo común. | Que tengan la condición política de andaluces. Las personas extranjeras residentes en Andalucía. | |
| Cataluña Ley 10/2014 | > 16 años que puedan participar en los procesos. | | |
| Navarra Ley 12/2019 | Proc. locales | >16 años. | |
| | Proc. Autonómicos | > 1 año empadronamiento | Inscripción en el Registro de participación |
| Región de Murcia Ley 12/2017 | Ciudadanía Región de Murcia. | | |

Una vez abierto el proceso de recogida de firmas, cuando este sea el modelo, se establece, como hemos visto, un plazo de seis meses para la obtención de las mismas.

Un plazo que como es evidente no tiene por qué agotarse pues una vez se alcance el número requerido de firmas podrá darse por finalizado. Aunque, por ejemplo, la Ley Navarra 12/2019 deja esta opción en manos de la comisión

(76) Arts. 20.1 en relación con el art. 6 Ley 7/2017 Andalucía; 39.3 y 42.4 Ley 12/2019 Navarra, 44.2 Ley 10/2014 Cataluña y 33.2.c) Ley 12/2014 R. Murcia. Una cuestión controvertida es la relativa a la edad para poder participar en los procesos participativos y, en este caso, firmar una iniciativa ciudadana. La tendencia, como veremos en el epígrafe 4.1.2.3 *Participación y menores*, está evolucionando hacia la extensión del derecho a partir de los 16 años e incluso menos. Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, parte de la necesidad de fijar una edad mínima para apoyar una iniciativa. Una edad que manifiesta que debe coincidir con la edad en la que los ciudadanos puedan votar en las elecciones al Parlamento Europeo. Sin embargo, se argumenta que «Con el fin de aumentar la participación de los ciudadanos más jóvenes en la vida democrática de la Unión y explotar así todo su potencial como instrumento de democracia participativa, los Estados miembros que lo consideren adecuado deben poder fijar la edad mínima para apoyar una iniciativa en los 16 años y deben informar de ello a la Comisión. La Comisión debe revisar periódicamente el funcionamiento de la iniciativa ciudadana europea, en particular por lo que se refiere a la edad mínima para poder apoyar las iniciativas. Se anima a los Estados miembros a que consideren la posibilidad de fijar dicha edad mínima en los 16 años, de conformidad con su Derecho nacional» (considerando 7º).

promotora. Esto es finalizar el proceso de recogida de firmas o continuar hasta concluir el plazo fijado inicialmente obteniendo más firmas de las necesarias — art. 50.2—. Esta última opción que podría parecer que no tiene sentido *a priori*, puede tenerlo no desde un punto de vista material, pues una vez alcanzado el número que no es de mínimos, la iniciativa habrá logrado su objetivo. Sin embargo, se puede encontrar algún argumento que permita explicar el por qué una comisión promotora quisiera agotar los plazos. Entre ellos, se encuentran argumentos de legitimidad de la iniciativa, argumentos de publicidad, en la medida que durante el plazo de recogida de firmas se hace campaña a favor de la misma incluso un argumento temporal pues puede ser que la Comisión promotora, por el motivo que sea haya previsto agotar los plazos.

5. Finalización del procedimiento y vinculación de la iniciativa

Una vez finalizado el proceso de recogida de firmas y alcanzado el número, hay de momento dos modelos:

El primero representado por la Ley 12/2019 Navarra que hace recaer la tramitación sobre la comisión promotora, que deberá acreditar las firmas ante la entidad local o la Administración autonómica, quien deberá verificar que se ajustan a los requisitos exigidos. Y así se prevé que aquella presentará las firmas ante la Unidad especializada en participación del Gobierno de Navarra o ante la Secretaría de la Entidad Local, a quien corresponderá comprobar la validez de las mismas y de las acreditaciones y emitirá las correspondientes certificaciones registrales (77).

En el segundo, representado por el Decreto 187/2018 Región de Murcia, la tramitación parece recaer sobre la consejería competente en materia de participación pues ella, una vez alcanzado el número de firmas en la plataforma tecnológica de participación ciudadana, dará traslado a la consejería competente (78).

La razón que justifica esta diferencia radica esencialmente en el rol que desempeñan las comisiones promotoras en el sistema de recogida de firmas. Así, en Navarra en cuanto a los medios de recogida de firmas, al margen de los digitales, se prevén otros muchos que escapan del control y gestión de la Administración, como hemos visto en el apartado anterior, hecho que obliga a que la Comisión promotora juegue un papel importante en el impulso de la

(77) Art. 50.3 Ley 12/2019 Navarra. Igualmente, con buen criterio, la norma prevé que «todas las personas y entidades capacitadas para la acreditación de firmas incurrirán, en caso de falsedad, en las responsabilidades legalmente establecidas» —art. 50.4—. Con todo, sería oportuno que en esta materia se contemplase un régimen sancionador, hasta ahora inexistente.

(78) Art. 26.6 Decreto 187/2018 R. Murcia.

iniciativa. Sin embargo, en la Región de Murcia al contemplarse exclusivamente, o así parece desprenderse del contenido del desarrollo reglamentario de la Ley, la posibilidad de firma efectuada por medios electrónicos en la Plataforma tecnológica de participación ciudadana que depende de la Consejería competente en materia de participación, la Administración de oficio impulsa el procedimiento sin necesidad de ningún otro impulso por parte de los promotores. Este hecho puede justificar por qué el Decreto 187/2018 R. Murcia no exige un número mínimo de personas para promover la iniciativa, pues el papel de los mismos una vez que se inicia el trámite es en gran medida irrelevante.

En este sentido, resulta de interés la previsión de la Ley 12/2019 Navarra que exige que acreditadas las firmas y computado el número válido de las mismas, se alcance o no el número mínimo, la Unidad de Participación del Gobierno de Navarra o, en su caso, la Secretaría de la entidad local, lo publicarán en el Boletín Oficial de Navarra o en el tablón de anuncios de la entidad local, según corresponda, así como en sus respectivas páginas web, y lo comunicarán a los promotores y a la institución destinataria de la misma —art. 53—.

En el caso de que no se logren las firmas necesarias, como hemos repetido varias veces, caducará la iniciativa, pero esta caducidad no debería ser inocua y, por tanto, tener alguna consecuencia. Así, la Ley 12/2019 Navarra prevé en esos casos la imposibilidad de presentar otra iniciativa similar durante un año, a contar desde la extinción del plazo —art. 51.2—.

Sobre la eficacia de las iniciativas y su carácter vinculante para la Administración una vez que prosperan poco contemplan las normas autonómicas, hecho que no nos parece de recibo. No parece muy sensato admitir a trámite una iniciativa ciudadana, facilitar la recogida abriendo espacios digitales para ello, esperar la recogida de firmas, verificar la validez de las mismas y después que la Administración pudiera decidir no abrir el proceso concreto. Así, en el caso de Navarra automáticamente después de recibir la certificación registral que acredite la consecución de firmas exigida, el órgano competente no tiene otra posibilidad que convocar el proceso participativo pertinente, eso sí, a través del instrumento que estime la Administración, fijándose incluso un plazo bastante breve, de un mes, para hacerlo (79). Sin embargo, en una posición distinta la Región de Murcia, cuando lejos de aceptar la iniciativa y convocar el proceso participativo, cuenta con un procedimiento previsto que consiste en que la consejería competente en materia de participación trasladará que se ha alcanzado el número de firmas necesarias a la consejería competente en la materia correspondiente, que deberá pronunciarse acerca de la puesta en marcha de la actuación solicitada. Por tanto, parece que podría no aceptarla, y como culmen, se exige que se motive la opción presentada, como si este

(79) Art. 39.5 y 42.6 Ley 12/2019 Navarra.

último hecho pudiera ser una opción (80). La posibilidad de no tramitar la iniciativa nos parece inadmisibile, pues recordemos que una vez presentada, como hemos visto, debe ser remitida a la consejería competente por razón de la materia quien, en ese momento, debe estudiar la admisibilidad de la misma. Por tanto, una vez admitida, si se alcanzan las firmas necesarias, no parece aceptable que la consejería competente por razón de la materia, quien tuvo la posibilidad de posicionarse sobre la admisibilidad de la iniciativa, pueda ahora vetarla. Por este motivo, entendemos que cuando la norma se refiere a que «deberá pronunciarse expresamente acerca de la puesta en marcha de la actuación solicitada, motivando la decisión adoptada», no se cuestiona la puesta en marcha del proceso, sino de otras cuestiones como los instrumentos o cuestiones formales o procedimentales.

En este campo resulta muy interesante la previsión del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la iniciativa ciudadana europea, cuando establece la obligación de la administración de ofrecer la posibilidad de exponerla en una audiencia pública. Es cierto que las iniciativas reguladas en el citado Reglamento no son las iniciativas de participación ciudadana que estamos abordando, sino que son más similares a las iniciativas legislativas populares y, por tanto, estas últimas requieren la posterior tramitación normativa. Este hecho hace interesante que los promotores puedan exponer en audiencia pública los argumentos por los que consideran de interés la iniciativa e incluso los pormenores del proceso realizado y porque deberían apoyarla. En el caso de los procesos participativos ciudadanos, el interés de la audiencia pública, una vez concluido el trámite de la iniciativa, alcanzándose las firmas requeridas, es distinto. La obtención de las firmas debería conducir a la apertura del proceso de participación ciudadana, que no necesariamente a la adopción de las medidas que se propongan tras el proceso mismo, pues lo vinculante para la Administración será articular el proceso y no el resultado que se pudiera derivar del mismo. Por tanto, la audiencia podría, en los casos que se estime oportuno, tener el sentido de hacer ver a los responsables políticos y administrativos y a todos aquellos que pudieran tener interés, la importancia del procedimiento de participación previsto, pudiendo exponerse los resultados del proceso de recogida de firmas, las sugerencias que se hayan podido obtener y proponer el instrumento de participación.

VI. FASES DEL PROCESO PARTICIPATIVO COMO ELEMENTO DEFINIDOR

Como hemos visto en el epígrafe dedicado al concepto existen una serie de elementos que son importantes y definidores de los procesos participati-

(80) Art. 26.6 *in fine* Decreto 187/2018 R. Murcia.

vos, sin embargo no son el eje central que definiría un proceso participativo sino que lo que realmente lo configura como tal, con toda la flexibilidad y matizaciones necesarias, serían sus fases, en las que se deben garantizar los elementos anteriores. Unas fases que deben permitir de manera efectiva la participación ciudadana no solo de manera real, transparente y eficaz, sino también de manera responsable. Así, todo proceso participativo debería incluir —la Ley 10/2014 Cataluña expresamente manifiesta que en todo proceso deberán garantizarse—, a grandes rasgos tres secuencias (81). La primera de ellas sería la fase de información, en la cual se debe facilitar la información para garantizar una participación efectiva y responsable, al disponer de todos los elementos de juicio para poder realizar contribuciones con el suficiente conocimiento de causa. Una información que debe ser accesible —no solo mediante publicidad activa, en su caso, sino también en el caso de los ciudadanos seleccionados para integrarse en el proceso mediante la comunicación directa y comprensible (82)—.

Así, en los principios de las distintas leyes autonómicas que regulan la participación, se recogen generalmente cuatro vinculados con la información como son: a) veracidad (83), accesibilidad (84), facilidad y comprensión (85).

(81) La Ley 10/2014 Cataluña contempla una cuarta fase pues antes de la deliberación incluye la valoración de propuestas pero en el fondo, la deliberación podría incluir esta última —art. 2.3 y 46.1—. Además, prevé que «los procesos de participación ciudadana, además de las fases del art. 46.1, deben incorporar, si la naturaleza del proceso lo permite, una fase de deliberación o debate, con la participación de personas y entidades, responsables de la administración convocante y expertos a su servicio o independientes» —art. 46.2—. Una Comunidad que ya incluyó en su Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales las tres fases cuando, en su artículo 56, bajo la rúbrica procesos de participación, dispone que: «1. Las administraciones competentes en materia de servicios sociales deben establecer procesos de participación en la planificación, gestión y evaluación de los servicios sociales. 2. Se entiende por proceso de participación, a los efectos de la presente Ley, el que, de una forma integral, incluye las tres fases siguientes: a) Fase de información, en la que se informa a los ciudadanos del proyecto en el que se pretende pedir la participación. b) Fase de debate ciudadano, mediante el cual, utilizando las metodologías adecuadas, se promueve el debate entre los ciudadanos y se recogen propuestas. c) Fase de retorno, mediante el cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación».

(82) Como veremos en el apartado de Registros, las personas que se encuentran inscritas en los respectivos censos o registros de participación recibirán la información de forma personal.

(83) Cfr. arts. 4.d) Ley 7/2017 Andalucía; 2.o) Ley 8/2015 Aragón; 6.c) Ley 10/2019 C. Madrid y 3.c) Ley R. Murcia 12/2014.

(84) Cfr. arts. 4.i) Ley 7/2017 Andalucía; 2.l) Ley 8/2015 Aragón; 4.1.l) Ley 12/2019 I. Baleares y 3.d) Ley R. Murcia 12/2014.

(85) Cfr. arts. 4.g) Ley 7/2017 Andalucía; 2.h) Ley 8/2015 Aragón; 4.1.k) Ley 12/2019 I. Baleares; 6.d) Ley 10/2019 C. Madrid y 3.n) Ley 12/2014 R. Murcia.

La segunda fase sería de deliberación, en la que se produce un intercambio de informaciones, opiniones y reflexiones acerca del objeto de participación. Una fase característica de los procesos participativos que no se produce en otros mecanismos de participación.

La tercera y última fase sería la de rendición de cuentas o más adecuadamente, como establece la Ley 8/2015 Aragón, de retorno (86). Una fase en la que se da una respuesta motivada a las distintas propuestas y aportaciones incorporadas en la fase de deliberación, evaluando su incidencia en la política pública (87).

La falta o ausencia de alguna de estas fases supondría la imposibilidad de considerar la actividad de que se tratase como un proceso participativo.

Este sería el ejemplo de la participación prevista en los trámites de información pública, donde lo que se articula no es un procedimiento participativo sino un mecanismo de participación que da lugar a distintos derechos como son los relativos a formular alegaciones, el acceso al expediente o el derecho, establecido formalmente, a una respuesta motivada. Pero igualmente sucede en la participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos, prevista en el artículo 133 de la Ley 39/2015 (88), cuando se establece que con carácter previo a la elaboración del proyecto de ley o anteproyecto o de reglamento, se substanciará una consulta

(86) Consideramos más acertado denominar la fase como de retorno más que de rendición de cuentas, pues de lo que se trata es de que la Administración reconozca el trabajo realizado, valore las propuestas y se posicione sobre lo que hará con las mismas. La rendición de cuentas entendemos que es algo distinto y no necesariamente debe ir vinculado a un proceso concreto, pues debería ser algo más genérico sobre el sistema o procesos de participación realizados y el grado de implementación o aceptación con carácter general.

(87) Art. 56.4.c) Ley 8/2015 Aragón.

(88) En este sentido, la propia exposición de motivos de la Ley 39/2015, en una apuesta por los mecanismos de participación ciudadana que no por los procesos de participación, manifiesta que «Sin embargo, es necesario contar con una nueva regulación que, terminando con la dispersión normativa existente, refuerce la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento. Con estos objetivos, se establecen por primera vez en una ley las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica. Esta novedad deviene crucial especialmente en un Estado territorialmente descentralizado en el que coexisten tres niveles de Administración territorial que proyectan su actividad normativa sobre espacios subjetivos y geográficos en muchas ocasiones coincidentes. Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 "Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement"».

pública en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la futura norma acerca de: a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa. b) La necesidad y oportunidad de su aprobación. c) Los objetivos de la norma. d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias. Así como cuando se prevé que, con independencia de la consulta previa, la publicación del texto en el portal web correspondiente, cuando afecte a derechos e intereses legítimos de las personas, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. En todos ellos falta la fase deliberativa e incluso la de retorno aparece difusa, aunque la de información es muy clara (89).

De hecho, hay otra diferencia que reside en la naturaleza invalidatoria de la falta de realización de los trámites de audiencia o consulta, pues los supuestos previstos en la Ley 39/2015 pueden tener efectos invalidatorios, mientras que en el caso de los procesos participativos su no realización o finalización no tienen consecuencias invalidatorias sobre el resultado del proceso final.

Unos derechos con los que se garantizan fases como la de información y parcialmente la de retorno, pero en ningún caso la de deliberación que es realmente la definitiva (90), la que da sentido a los procedimientos participativos, pues las otras dos fases son instrumentales de la primera y su obligatoriedad deriva de ese carácter necesario de los mismos para la plena efectividad de la fase deliberativa. La fase de información permite tener conciencia y conocimientos que permitan que los ciudadanos que participan puedan deliberar de forma responsable, llegando a soluciones, propuestas y evaluaciones, que pueden resultar adecuadas, asumibles o no, pero en todo caso adoptadas con todos los conocimientos necesarios.

La fase de retorno, por el contrario, tiene la función de evaluar por parte de la Administración el proceso participativo, apreciando el trabajo de los sujetos que han participado, las valoraciones y las conclusiones a las que se llegaron, señalando los compromisos que se asumen, en su caso, al igual que el periodo o el tiempo en que se llevarán a cabo, y en los supuestos en los que la Administración decida no adoptarlas, debe explicar cuál es el motivo.

(89) En este sentido, la Ley 39/2015 prevé que «La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia» —art. 133.3—.

(90) De hecho, cuando algunas leyes se refieren a los procesos de participación e incluyen entre ellos los de deliberación, como hemos mantenido, parece un sinsentido, pues no es posible un proceso participativo sin que sea deliberativo, por lo que parece una perogrullada.

En este sentido, como hemos visto en el apartado anterior, las leyes autonómicas, emplean una disparidad de criterios para definir los procesos participativos en los que se confunden procesos con instrumentos de participación e incluso con mecanismos de participación. Una confusión que debería ser superada pues induce al error conceptual. La participación o el derecho de participación puede hacerse efectivo de muchas formas y una de ellas son los procesos participativos. Unos procesos que, con independencia de otras muchas cuestiones, se deben identificar por sus fases a la hora de canalizarlos. Por tanto, resulta necesario superar el «caos» conceptual de las leyes autonómicas y entender el proceso participativo como todo aquel en el que se garantizan las tres fases que lo conforman.

Así consideramos que no es necesario delimitar concretamente los procesos participativos, salvo que la Ley quiera hacerlo obligatorio en algunos casos o ámbitos, pues lo importante es reconocer el derecho de participación como por ejemplo hace la Ley 10/2019 C. Madrid, cuando procede a enumerar derechos como son los de participación y colaboración en la definición de políticas públicas —art. 58—, derecho de participación en la elaboración de disposiciones de carácter general —art. 60—, derecho a proponer iniciativas reglamentarias —art. 61— (91), derecho a formular propuestas o actuaciones de interés público —art. 62—, que podrán o no articularse a través de procesos participativos. Pensemos, por ejemplo, en la participación a través de propuestas y sugerencias en cualquiera de los ámbitos anteriores, que puede ser un proceso participativo si se respetan las fases establecidas —de información, de deliberación y de retorno— pero también puede ser un simple instrumento participativo si faltan dichas fases.

En este sentido, y al hilo de la Ley 10/2019 C. Madrid que prevé el derecho a la participación en la elaboración de disposiciones de carácter general, se podría plantear si la participación a la que se refiere es la contemplada y señalada más arriba correspondiente a la Ley 39/2015. Pero además debemos cuestionarnos si en el seno de un procedimiento de elaboración normativa o del cualquier otro en el marco de los derechos de participación establecidos, ¿se podría abrir en su interno un proceso participativo?

(91) En este sentido, véase el art. 38.1 Ley 12/2019 I. Baleares cuando impone que «Los instrumentos normativos de carácter reglamentario —cuando no se refieran a materias excluidas de las iniciativas legislativas— se someterán con carácter general a un proceso de participación ciudadana en su fase de elaboración». Pero, ¿este proceso se refiere realmente a un proceso participativo, con las fases establecidas y que hemos mencionado o simplemente quiere hacer alusión a que debe prever un cauce para la participación ciudadana? Un cauce, por cierto, ya previsto en la Ley 39/2015.

VII. BASES DEL PROCESO

Las distintas leyes autonómicas, con mayor o menor acierto, han definido los procesos participativos y los aspectos básicos que a su juicio han considerado oportunos, tanto procedimentales como materiales. En este escenario cobra una especial relevancia por sus múltiples implicaciones en el desarrollo del proceso participativo, lo que sería el equivalente al pliego de condiciones o a las bases de concurso, esto es el acuerdo básico participativo —art. 21 Ley 7/2017 Andalucía— las bases de proceso —art. 18 Ley 12/2018 Navarra— o proyecto de participación —art. 17 Decreto 187/2018 R. Murcia—, un instrumento que, pese a su importancia, no contemplan todas las normas.

Con todo, también es cierto que algunas, como es el caso de la Ley Cataluña 10/2014, incluyen la mayoría de los contenidos y materiales de las bases del acuerdo en la convocatoria del proceso participativo (92).

1. Contenido

Las leyes autonómicas que han regulado este particular difieren notablemente en relación al contenido del acuerdo de participación pese a la relevancia que tiene, pues marcará el desarrollo del proceso. Unos contenidos que tienen la naturaleza de mínimos y, por tanto, podrían ser implementados con otros datos necesarios para el proceso en concreto.

De esta manera, el contenido suele estar compuesto por las siguientes cuestiones que se pueden agrupar en:

a) Sustantivas que incluyen aquellas relativas al objeto del proceso deliberativo:

- El asunto o asuntos objeto de deliberación, concretado en una propuesta o proyecto inicial (93).

En este sentido, el Decreto R. Murcia va más allá cuando exige que también se incluya «el contexto en el que se enmarca, mediante un resumen de la fundamentación de dicha iniciativa o actuación, sus antecedentes, la situación del sector y la necesidad social o sectorial detectada» —art. 17.3.b)—.

(92) Véase el art. 47 Ley 10/2014 Cataluña.

(93) Arts. 21.2.c) Ley 7/2017 Andalucía y 18.a) Ley 12/2019 Navarra y 17.3.a) Decreto 187/2018 R. Murcia. Este último precepto es más preciso que los respectivos de Andalucía y Navarra, cuando incluye «La identificación y resumen de la iniciativa, actuación, plan, programa, proyecto o disposición de carácter general objeto del proceso de participación».

- Los objetivos, finalidades y resultados esperados del proceso de participación ciudadana (94).
 - Las Administraciones Públicas afectadas y el público interesado (95).
 - La identificación de los participantes en el proceso (96).
- b) Procedimentales. En este grupo se ubicarían todas aquellas que afectan a la forma en que se desarrollará el proceso:
- Órgano competente para la coordinación del proceso (97).
 - Los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo del proceso (98).
 - Las vías o medios de información de la apertura y desarrollo del proceso (99).
 - El tipo de proceso participativo e instrumentos (100).
 - Las actividades previstas para garantizar la deliberación y el calendario aproximado de las mismas (101).
 - La indicación de los lugares donde se vayan a realizar las actividades del proceso participativo (102).
 - La duración máxima del periodo de deliberación que en el caso de la Ley 7/2017 Andalucía y de la Ley 12/2019 Navarra se establece que no podrá exceder de cuatro meses desde la publicación de la apertura del proceso en el boletín oficial correspondiente (103).

2. Publicidad

La publicidad del acuerdo básico resulta esencial para favorecer y facilitar la participación ciudadana, sin olvidar el argumento de la transparencia, en su

(94) Entre otros, véanse los arts. 47.1.b) Ley 10/2014 Cataluña y 17.3.c) Decreto 187/2018 R. Murcia

(95) Arts. 47.a) y 18.e) Ley 12/2019 Navarra.

(96) Art. 17.3.a) Decreto 187/2018 R. Murcia.

(97) Arts. 21.2.c) Ley 7/2017 Andalucía y 18.b) Ley 12/2019 Navarra.

(98) Art. 17.3.f) Decreto 187/2018 R. Murcia.

(99) Arts. 21.2.e) Ley 7/2017 Andalucía, 18.f) Ley 12/2019 Navarra y 17.4 Decreto 187/2018 R. Murcia.

(100) Arts. 18.e) Ley 12/2019 Navarra y 21.2.a) Ley 7/2018 Andalucía.

(101) Art. 18.d) Ley 12/2019 Navarra.

(102) Art. 18.g) Ley 12/2019 Navarra.

(103) Arts. 21.2.d) Ley 7/2017 Andalucía y 18.c) Ley 12/2019 Navarra. En los mismos preceptos se contempla la posibilidad ampliar este plazos a seis meses de forma razonada cuando se trate de supuestos de especial complejidad.

acepción de publicidad activa (104). Todo ello en la medida que la participación necesita de la información, sin la cual aquella no se puede materializar en puridad. Una información que comienza con hacer pública la existencia de un proceso participativo y también sus reglas de juego, entre otros argumentos para poder verificar y, en su caso, «denunciar» los defectos en la configuración del mismo y controlar si se han previsto las garantías exigidas. Pues las bases del proceso participativo no deben entenderse como una cuestión reducida a los participantes, sino que van más allá pues todos los ciudadanos son potenciales interesados y la misma participación se manifiesta a través de la información, pues en sí mismo informarse es participar (105). De hecho, las bases van más allá del contenido habitual de un pliego o de las bases de un concurso como es lógico pues la finalidad es otra bien distinta, ya que entre otras cuestiones contiene un importante apartado dedicado a la información del objeto del proceso, así como una serie de cuestiones de gran relevancia como son los instrumentos que se articularán para llevar a cabo el mismo, que pueden ser muy diversos y complejos (106).

En este sentido, el Decreto 187/2018 R. Murcia opta por un criterio de publicidad del proyecto de participación de forma expresa, algo que no impide al resto de Comunidades llevar a cabo la publicidad de sus acuerdos o convocatorias. Así exige, con un criterio que compartimos plenamente, la obligación de publicarlo, ya sea en su totalidad o de forma resumida, en la plataforma tecnológica de participación ciudadana de la Comunidad Autónoma, y concreta la necesidad de que se indiquen el calendario de actividades, los plazos e instrumentos. Todo ello con el fin de facilitar la participación de los ciudadanos y sin perjuicio, como hemos comentado, del deber de informar de su contenido por medios telemáticos a los inscritos en el censo (107).

(104) Así, expresamente, la Ley 7/2017 Andalucía incluye entre sus finalidades «Garantizar a la ciudadanía la información en los procedimientos que promuevan, desarrollen o tramiten las administraciones públicas para conseguir la mayor transparencia en la gestión pública» —art. 3—.

(105) De hecho, como veremos más adelante, los ciudadanos inscritos en los respectivos censos o registros de participación cuentan con determinadas ventajas entre las que se halla ser informados directamente a través de medios electrónicos de los procesos e instrumentos participativos que se vayan a articular, sin que ello signifique que la Administración no tenga el deber de informar a todos los ciudadanos a través de la publicidad en los respectivos portales de participación.

(106) En el apartado de *Finalización del procedimiento y vinculación de la iniciativa*, donde apuntamos que en los casos de iniciación del proceso participativo por iniciativa ciudadana debería también, al menos, proporcionar a la entidad promotora, proponer el modelo de proceso participativo y los instrumentos a través de los cuales se podría llevar a cabo.

(107) Art. 17.4 Decreto 187/2018 R. Murcia.

En este mismo sentido, la Ley Cataluña 10/204 prevé que tanto la convocatoria como la información relativa al colectivo o colectivos invitados a participar (entre la que se encuentran los objetivos del proceso, que deben especificar claramente cuál es la actuación pública que se somete a consideración ciudadana, las alternativas que plantea la institución convocante, si las hay, y la documentación e información necesarias para poder formarse una opinión) deben «difundirse públicamente de forma clara y fácilmente inteligible y deben ser también difundidas y accesibles mediante la correspondiente web institucional» —art. 47.2—.

VIII. CONCLUSIONES

1. Sobre la colaboración y la participación ciudadana

El concepto de participación ciudadana puede ser muy amplio y tener muy distintas acepciones que *a priori* serían todas correctas y aceptables en una definición amplia de la misma, aunque ello pueda suponer el riesgo de llegar a referirse a cualquier cosa o no significar nada en concreto. En este sentido, resulta esencial no confundir la colaboración ciudadana que tiene una dimensión unidireccional, donde el papel del ciudadano no puede definirse como pasivo, aunque sí que es limitado —este sería el caso de la figura del *Whistleblower* o la participación en encuestas— de la participación ciudadana que debe ser algo más, de la que se debe predicar ese carácter bidireccional. Todo ello en la medida que, como señala TUR AUSINA, el objetivo último de la democracia participativa en su sentido auténtico es el de la interacción, intercambio y concertación de ideas entre los sujetos participantes, ciudadanía y poderes públicos, superando la idea de participación como mero trámite del que apenas puede vislumbrarse incidencia alguna en la decisión adoptada.

2. Sobre la participación ciudadana en las leyes autonómicas: un primer paso hacia los procesos participativos

Las Comunidades Autónomas iniciaron un proceso de regulación de la participación ciudadana en la primera década del presente siglo, como sucede con la Ley 11/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana y la Ley 5/2010, de 21 de junio de Canarias, de Fomento a la Participación Ciudadana, sin perjuicio del papel fundamental en la evolución y recepción de los procesos e instrumentos participativos llevados a cabo desde la Administración local. A partir de este momento, se han ido aprobando las distintas leyes autonómicas —en el año 2019 cuatro nuevas leyes: Comunidad de Madrid, Islas Baleares, Navarra y Castilla La Mancha— que abordan la participación ciudadana en el ámbito

autonómico y con las cautelas necesarias a la relativa administración local y están apareciendo las primeras leyes de segunda generación, como son las de C. Valenciana de 2015 o la de Navarra de 2019.

Las distintas leyes responden a un esquema diverso. Así, existen normas que exclusivamente tienen por objeto la participación en sus distintas acepciones, incluyendo generalmente las consultas no referendarias mediante votación, mientras otras, las más abundantes regulan con mayor o menor profundidad la participación ciudadana, o lo que han entendido que debe integrar este concepto, junto con la transparencia que, sin duda, es una forma de participación y una premisa de la misma aunque sistemáticamente lo más razonable parece que es seguir el esquema de la regulación separada, pues la materia tiene la suficiente entidad e implicaciones como para ser regulada de forma independiente

Unas leyes que en relación a la participación ciudadana apuntan, con carácter general, tímidamente hacia fórmulas de participación pero con numerosas cautelas y con efectos muy limitados, más allá de los que impone la Constitución, en una tendencia hacia los procesos participativos.

3. Sobre el proceso participativo

El proceso participativo es la más depurada fórmula de participación ciudadana, en la que se abre un espacio de diálogo y reflexión que permite a la ciudadanía esgrimir sus argumentos en un marco de garantías y bajo la premisa de que se tendrán en cuenta en el proceso de decisión. Un proceso que permite articular el derecho de participación con todas las garantías y mecanismos de control, como una superación de instrumentos puntuales para la participación u otras modalidades inarticuladas previstas de participación.

Sin embargo, pese a la importancia de la cuestión, su irrupción en la legislación autonómica está siendo lenta y, en muchos casos, se está abriendo paso de una forma precaria, siendo más una medida formal, plagada de intenciones y escasas garantías, tanto procedimentales como sustantivas.

Todo ello en un mar de confusiones, en el que se mezclan procesos con los objetos, con las modalidades e incluso con instrumentos de participación. Una realidad que requiere un esfuerzo por delimitar el concepto y los elementos definitorios de los mismos.

Así, el proceso participativo se puede entender como un conjunto ordenado de actuaciones, de naturaleza institucional y que tiene por objeto o propósito garantizar el debate y la deliberación, con el fin de recoger la opinión de los ciudadanos para conocer sus intereses y propuestas, en el marco de las competencias de la Administración competente, que se tendrán en cuenta aunque no tengan carácter vinculante. Un proceso que debe garantizar el ejercicio

del derecho de la ciudadanía a la participación, en condiciones de igualdad y de manera real y efectiva, respetando e inspirándose en los principios que prevén las distintas leyes con carácter general en el marco de la participación ciudadana, entre los que se encuentran la transparencia, la rendición de cuentas, la facilidad y comprensión de la información, la accesibilidad tecnológica, la gobernanza democrática o la vertebración social.

En este contexto, el debate y la deliberación, con independencia de la manera y la forma que se articule, es precisamente lo que define los procesos participativos, y por tanto, cuando algunas normas —Ley 7/2017 Andalucía, Ley 8/2015 Aragón, Decreto 187/2018 R. Murcia y Ley 12/2019 Navarra— incluyen entre aquéllos los procesos deliberativos, entendemos que es un error conceptual pues estos son los genuinos procesos participativos. No se puede entender que exista un proceso participativo si no se da este elemento de deliberación, pues entonces simplemente se estaría articulando un instrumento de participación consistente en una consulta a la ciudadanía sin ese aspecto de debate y deliberación.

4. Sobre las fases de los procesos deliberativos

Al margen de la importancia del objeto o de los demás elementos que se incorporan a la definición del proceso participativo, la espina dorsal, el eje central que definiría un proceso participativo, son sus fases, con toda la flexibilidad y matizaciones necesarias, en las que se deben garantizar los elementos anteriores.

Todo proceso participativo debe contener tres fases de las cuales la de información y retorno son instrumentales, mientras que la de deliberación es la realmente sustantiva.

Unas fases que deben permitir de manera efectiva la participación ciudadana no solo de manera real, transparente y eficaz, sino también de forma responsable.

— La fase de información permite tener conciencia y conocimientos para que los ciudadanos que participan puedan deliberar de forma responsable, llegando a soluciones, propuestas y evaluaciones, que pueden resultar adecuadas, asumibles o no, pero en todo caso adoptadas con todos los conocimientos necesarios.

— La fase de deliberación en la que se produce un intercambio de informaciones, opiniones y reflexiones acerca del objeto de participación, formándose una opinión razonada y responsable.

— La fase de retorno que, por el contrario, tiene la función de evaluar por parte de la Administración el proceso participativo, apreciando el trabajo

de los sujetos que han participado, las valoraciones y las conclusiones a las que se llegaron, señalando los compromisos que se asumen, en su caso, al igual que el periodo o el tiempo en que se llevarán a cabo, y en los supuestos en los que la Administración decida no adoptarlas, debe explicar cuál es el motivo.

5. Sobre la importancia de la iniciativa ciudadana en los procesos participativos

La iniciativa ciudadana cobra una especial dimensión en el campo de los procesos participativos pues puede llegar a ser el único medio efectivo para que la ciudadanía imponga su voluntad de participar ante la pasividad de las Administraciones Públicas para convocar este tipo de procesos por los posibles riesgos que pueden suponer. Una iniciativa que también conlleva necesariamente la elección de los temas, argumentos o cuestiones sobre los que se desea deliberar e incluso debería poder optar por el medio o instrumento de participación, que en su caso la Administración podría no aceptar con la condición de motivar las razones de esa negativa.

6. Sobre los sujetos legitimados para impulsar el inicio de un proceso participativo

Consideramos que podrían articularse tres niveles de exigencia en relación a la legitimación, donde el de menor intensidad debería ser el requerido para los promotores de la iniciativa, el nivel medio para los firmantes y el más exigente para los que participen efectivamente del proceso. Téngase en cuenta que el primer nivel no tiene ninguna capacidad de decisión más allá que la presentación de la iniciativa. El segundo, esto es, el relativo a los firmantes, exclusivamente consiste en apoyar una iniciativa para que se abra un proceso participativo y, sólo sobre los terceros recae la participación efectiva y sobre ellos debe, en su caso, recaer el mayor nivel de exigencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CERNADAS RAMOS, A.; LUCA CHAO PÉREZ, L.; PINEDA NEBOT, C. (2017): «Participación ciudadana: de la participación en la gestión a la gestión de la participación», en *Política y Sociedad*, núm. 54, pp. 163-189.
- FONT FÁBREGAS, J.; FERNÁNDEZ-MARTINEZ, J. L. y GARCÍA ESPÍN (2017): «Instrumentos para la participación ciudadana y requisitos para su efectividad», en *RVAP* núm. 107, pp. 617-646.

- GANUZA, E., GARCÍA-ESPÍN, P. y DE MARCO, S. (2017): «Do people want more participation? Tensions and conflicts in governance in times of scepticism», *Revista de Estudios Políticos*, 176, pp. 253-279.
- GÜEMES, C., RESINA, J. y CRUZ RUBIO (ed.) (2018): *Participación ciudadana: experiencias inspiradoras en España*, Centro de Estudios y constitucionales, Madrid.
- GÜEMES, C., RESINA, J.: «Participación ciudadana y confianza, un ejercicio de alquimia democrática», en GÜEMES, C., RESINA, J. y CRUZ RUBIO (ed.), (2018): *Participación ciudadana: experiencias inspiradoras en España*, Centro de Estudios y constitucionales, Madrid, pp. 73-83.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, M. (2011): «Dimensiones múltiples de la participación ciudadana en la planificación espacial», en *Reis*, núm. 133, pp. 21-42.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2016): *El estatuto de los altos cargos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M^o. (2019): *Voz populi: consultas populares y procesos participativos*, Thonsom-Aranzadi.
- PORRO GUTIÉRREZ, J. (2019): «La participación ciudadana no es una opción. Las orientación deliberativa de los Gobiernos Locales», en M. ZAMBONINO PULITO (Dir.), *Buen Gobierno y Buena Administración*, Iustel, pp. 124-154.
- (2018): *Discursos, experiencias y prácticas locales de participación*, Dykinson, Madrid.
- RAMÍREZ NÁRDIZ, A. (2010): «Los retos de la democracia: la democracia participativa como complemento a la democracia representativa», *Estudios Deusto*, vol. 61, pp. 271-294.
- TUR AUSINA, R. (2013): «Leyes de participación ciudadana: las experiencias canaria y valenciana», *Monografías de esta REVISTA*, pp. 203-232.

RESPONSABILIDAD PÚBLICA, VULNERABILIDAD Y LITIGIOS CLIMÁTICOS (*) (**)

BLANCA SORO MATEO

SUMARIO: I. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO AMBIENTAL HISTÓRICO:

1. Un nuevo rumbo en la lucha jurídica frente al cambio climático. Las dimensiones espacial, temporal y ética del cambio climático como daño ambiental histórico. 2. La responsabilización ambiental —y climática— de las AAPP continúa siendo una laguna pendiente. 3. La pasividad del legislador y de las AAPP para afrontar la problemática del cambio climático como daño ambiental histórico. La emergencia de la batalla judicial climática.— II. LITIGIOS CLIMÁTICOS EN DERECHO COMPARADO: UN RAYO DE LUZ.

1. La proliferación de litigios climáticos en el mundo como respuesta ante la pasividad de los poderes públicos. 2. Algunos litigios climáticos en el mundo. 3. Análisis de un caso emblemático y algunas reflexiones desde el ordenamiento español y a la luz de la jurisprudencia del TEDH: la condena Urgenda 2 (y 3). A) La omisión de la diligencia pública debida como título de imputación de la responsabilidad del Estado. B) La obligación de prevención de vulneración de derechos fundamentales. Las obligaciones positivas de los Estados. C) Avances en sede de legitimación. El alcance del art. 34 del CEDH.— III. DEBILIDADES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO: 1. Necesidad de un nuevo enfoque de la responsabilidad climática a la luz de la vulnerabilidad ambiental: la diligente función pública ambiental como actividad administrativa debida. 2. La necesaria revisión de la teoría de la responsabilidad patrimonial de las AAPP por omisión. 3. El mantenimiento de la exclusión de los riesgos imprevisibles e inevitables según el estado de la ciencia o de la técnica. Reformulación de la fuerza mayor y del deber jurídico de soportar los daños a la luz de los avances científicos y de la previsibilidad y/o evitabilidad de los daños derivados del cambio climático. 4. La limitada legitimación para responsabilizar ambientalmente a la Administración: A) La legitimación para poner en marcha el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y el sistema de «responsabilidad ambiental».

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 19 de diciembre de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 9 de enero de 2020.

(**) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Bioderecho ambiental y protección de la vulnerabilidad: hacia un nuevo marco jurídico. Bio-vul» (DER 2017-85981-C2-1-R) del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Convocatoria 2017 de Proyectos de I+D+i correspondientes al Programa estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016) Duración: 01/01/2018, 31/12/2020.

El necesario reforzamiento del papel del Ministerio Fiscal en procesos sobre responsabilidad patrimonial ambiental. B) La defensa de los derechos de las generaciones futuras. C) Ampliaciones de la legitimación a partir del concepto de vulnerabilidad. 5. Limitación de pretensiones: una traba procesal del ordenamiento español para la defensa de intereses climáticos. 6. La prescripción de las acciones y los límites temporales de aplicación de la normativa sobre responsabilidad ambiental a los efectos del cambio climático.– IV. POSIBLES LITIGIOS SOBRE EL CLIMA EN ESPAÑA: 1. Acciones climáticas frente a las AAPP a la luz del ordenamiento vigente: la responsabilidad patrimonial y la acción vecinal. 2. Una posible acción climática frente al legislador.– V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES: ACERCAMIENTO DE INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS, LA FUERZA DE LOS TRIBUNALES Y LA FUERZA DE LA CIUDADANÍA.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A partir de la revisión de la jurisprudencia sentada por recientes litigios climáticos ocurridos en el entorno europeo y a nivel internacional, se analizan algunas debilidades que presenta el ordenamiento jurídico español sobre responsabilidad ambiental, cambio climático y garantías del derecho a un medio ambiente sano. Se destaca, la relevancia de la especial vulnerabilidad de España, por su posición geográfica, como dato relevante a tener en cuenta en orden a determinar judicialmente el nivel de diligencia exigible, la necesidad de reconsiderar y reinterpretar el alcance del concepto de fuerza mayor y las necesarias reformas en la legislación procesal para dar entrada a pretensiones de condena de hacer a la Administración. Se pone el acento en el control judicial de la inactividad administrativa en espacios en los que la discrecionalidad administrativa es desplazada por la ampliación del espectro de la discrecionalidad técnica que trae causa en los avances de la ciencia en sede de cambio climático.

Palabras clave: Litigios climáticos; responsabilidad patrimonial climática; responsabilidad ambiental; vulnerabilidad.

ABSTRACT: *From the revision of the jurisprudence seated by recent climatic disputes that occurred in the European environment and internationally, some weaknesses presented by the Spanish legal system on environmental responsibility, climate change and guarantees of the right to a healthy environment are analyzed. The relevance of Spain's special vulnerability is highlighted, due to its geographical position, as relevant data to take into account in order to judicially determine the level of diligence required, the need to reconsider and reinterpret the scope of the concept of force majeure and necessary reforms in the procedural legislation to give entry to claims of condemnation of the Administration. It would be the judicial control of administrative inactivity in spaces in which administrative discretion is displaced by the expansion of the space of technical discretion that brings cause in the advances of science in climate change headquarters*

Key words: *Climate litigation; climate heritage responsibility; environmental responsibility; vulnerability.*

I. EL CAMBIO CLIMÁTICO COMO DAÑO AMBIENTAL HISTÓRICO

1. Un nuevo rumbo en la lucha jurídica frente al cambio climático. Las dimensiones espacial, temporal y ética del cambio climático como daño ambiental histórico

A escala internacional y europea llevamos años abordando la problemática jurídica del cambio climático para ofrecer respuestas adecuadas a las alertas de la ciencia. Tras una primera etapa en la que el negacionismo empañaba el avance de las medidas de mitigación que venían abriéndose paso, y que desembarcaron en Europa de la mano del régimen europeo de comercio de derechos de emisión, como uno de los instrumentos más significativos para conseguir los objetivos de reducción de emisiones, en la actualidad la acción jurídica se dirige, además, a la urgente adaptación para corregir la vulnerabilidad climática. Algunos científicos hablan ya de emergencia climática y cada vez más juristas invocan la urgencia de climatizar el derecho, los derechos y las instituciones jurídicas e instrumentos de derecho ambiental (1).

Si desde la perspectiva internacional, en los últimos años se han dado pasos importantes en el abordaje global de este problema ambiental de gran magnitud, debe señalarse que en España las respuestas jurídicas frente al cambio climático se encuentran ralentizadas por el bloqueo político y por la falta de compromiso de los poderes públicos. Después de un frenazo de las renovables que parece estar corrigiéndose (2), y mientras el legislador estatal no consigue aprobar una ley sobre cambio climático, algunas CC.AA. han dado un paso significativo dirigido a la ordenación del cambio climático, a través de leyes autonómicas, las cuales no están siendo muy bien vistas por el Estado (3) ni por el TC (4). También algunos Ayuntamientos, a través de su

(1) M. TORRE SCHAUB (2019a: 660-667).

(2) Ya hace años, cuando parecía que las renovables comenzaban a tomar impulso, e ilusamente comenzábamos a estudiar temas como el régimen jurídico de la energía eólica marina como sector que auguraba un futuro inmediato y prometedor, con sigilo se hacían hueco estudios e iniciativas políticas y normativas sobre el almacenamiento geológico de carbono, y después sobre el fracking, lo que ya nos hizo pensar que la sustitución energética tardaría en llegar más de lo esperado; y así fue, de la mano de la ralentización del desarrollo de las renovables en España y como ha ocurrido con la incorporación al texto del proyecto del Pacto mundial del medio ambiente del término «neutralidad de las emisiones», que lejos de ser ambicioso en este ámbito admite, pues reconoce, que se sigan utilizando los combustibles fósiles.

(3) Las leyes autonómicas aprobadas hasta el momento son la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía y la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de Baleares.

(4) Acaba de ver la luz la STC 87/2019, de 20 de junio de 2019 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España contra varios preceptos

limitada potestad normativa, van más allá de la elaboración de estrategias o planes y consiguen sacar adelante Ordenanzas climáticas, adoptando, además, importantes compromisos (5). No obstante, debe decirse que, aunque quizá demasiado tarde y muy tímidamente, a nivel político-administrativo se vienen desarrollando estrategias e iniciativas en los tres ámbitos, estatal (6), autonómico (7) y local (8), que no dejan de ser medidas no vinculantes que no avanzan en las garantías de los derechos de los ciudadanos que compromete el cambio climático como daño ambiental.

Mientras la tarea normativa termina de despegar, también se observa una llamativa pasividad de las Administraciones Públicas en relación con ciertas actividades y usos del suelo que resultan incompatibles con los actuales escenarios climáticos y los que están por venir. Frente a esta pasividad, a la que se añaden los devastadores efectos de algunos recientes fenómenos meteorológicos extremos, que podrían atribuirse al cambio climático, la sociedad civil comienza a demandar respuestas jurídicas, más allá de aquellas inspiradas en el principio de solidaridad.

de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático, por considerar que vulneran las competencias del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), puertos de interés general (art. 149.1.20 CE), legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma (art. 149.1.22 CE), legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23 CE) y bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE), según los casos. Asimismo, se impugnaban los artículos que regulan el impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono de los vehículos de tracción mecánica (arts. 40 a 50) por no respetar el límite a la potestad tributaria de las Comunidades autónomas establecido en el art. 6, apartados segundo y tercero, de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades autónomas (LOFCA).

(5) Así, desde hace más de una década, cuentan con ordenanzas de cambio climático los Ayuntamientos de Durango, Amurrio, Legazpi, Balmaseda, Areatza y Tolosa (País Vasco).

(6) En el primer ámbito, se encuentra principalmente la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia, Horizonte 2007-2012-2020; donde se recogen las políticas vuelvas a sostener un desarrollo sostenible en sus dos ámbitos de aplicación. Con respecto a la adaptación, por otra parte, fundamental ha sido la adopción en 2006 del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) que ha ido aplicándose a través de diferentes programas de trabajo cubriendo, el tercero y más reciente, el período 2014-2020.

(7) Una recopilación de las iniciativas autonómicas es consultable en la Plataforma de intercambio y consulta de información sobre adaptación al Cambio Climático en España. Disponible en www.adaptecca.es.

(8) Por ejemplo las iniciativas *Climate-ADAPT* <http://climate-adapt.eea.europa.eu/countries/spain> y *Mayors Adapt* <http://mayors-adapt.eu/> de la que, en España, resultan partes las ciudades de: Barcelona, Bullas, Donostia San Sebastián, Gronallers, Madrid, Molina de Segura, Murcia, Puerto Lumbreras y Sant Cuget del Valles.

Si esta es la situación desde el punto de vista legislativo y jurídico-administrativo, a nivel judicial y a escala mundial comienza a haber noticia de heterogéneos *litigios climáticos*, de cuyo análisis se está comenzando a ocupar la doctrina jurídica. Estos litigios, como se verá, responden a reclamaciones que viene planteándose desde el año 2000 a nivel internacional y desde el año 2015 a nivel europeo» (9). En cambio, por lo que a este estudio interesa, siguen siendo escasas las resoluciones judiciales sobre la temática climática en España, a excepción de la reciente STC 87/2019, de 20 de junio sobre Ley catalana o la STC 15/2018, de 22 de febrero, que resuelve el conflicto de competencias generado por el Real Decreto 1494/2011, regulador del fondo de carbono para una economía sostenible, que no dejan de ser resoluciones que resuelven conflictos competenciales propios de nuestro complejo modelo de distribución de competencias, además de todas aquellas sentencias a que ha dado lugar la aplicación del mercado de derechos de emisión.

En una primera aproximación, el cambio climático, como daño ambiental histórico, o como indeseable herencia histórica de la actividad humana, que sigue agravándose en el momento actual, comparte algunas de las características de otros daños ambientales históricos como la contaminación de los suelos o de las aguas. Por ello, en clave de responsabilidad, los tímidos avances en el terreno del daño ambiental histórico podrían, en principio, resultar extrapolables para encarar la problemática del cambio climático. La cuestión no está resuelta, pues faltan respuestas sobre el tratamiento jurídico intergeneracional del daño ambiental que incorpore la dimensión temporal, espacial y ética de los daños. También a primera vista resultan comunes los problemas que en general se plantean en numerosos sectores de ordenamiento ambiental, difíciles de resolver, como la respuesta jurídica que merecen los daños tolerados en el pasado cuando la ciencia aún no era capaz de advertirlos o cuando sólo se alzaban las voces de alerta temprana que se enfrentaban al negacionismo inicial. El principio de precaución, junto con otros principios como «quien contamina paga», pueden servir para inspirar las respuestas que el derecho

(9) Hasta la fecha se han sucedido trabajos doctrinales que estudian el cambio climático desde diversas perspectivas, pero en la actualidad están cobrando protagonismo aquellos que abordan lo que se ha venido en denominar «litigios climáticos». Así, podemos destacar S. GALERA (2018a: 41-83), y su concienzudo estudio sobre contenciosos climáticos en la jurisprudencia europea, entre otros muchos, centrado en los conflictos judiciales generados por el mercado de derechos de emisión y el interesante comentario de la sentencia Urgenda de T. PAREJO (2016); S. BORRÁS (2009), desde la perspectiva internacional y, de parte de la doctrina extranjera, M. TORRE SCHAUB (2019), autora de numerosos trabajos de investigación sobre litigios climáticos en Francia y en el mundo, especialmente su trabajo en el monográfico de la *Revista Catalana de Derecho Ambiental* sobre conceptos jurídicos que acaba de coordinar el Dr. ÁLVAREZ CARREÑO. En fin, obligado también es citar los trabajos de J. JORDANO FRAGA (2019), A. PEÑALVER I CABRÉ (2008) y E. SALAZAR ORTUÑO (2019).

puede ofrecer a estos conflictos en los que, no cabe duda, existe una responsabilidad compartida respecto de un daño que ahora queremos abordar (10).

A partir de estas previas y escuetas reflexiones, que nos sitúan en el contexto actual de la problemática del cambio climático como daño ambiental histórico, pueden destacarse tres dimensiones que nos obligan a reconsiderar las coordenadas clásicas a partir de las cuales abordar el estudio de la responsabilidad climática como una modalidad de la responsabilidad ambiental: una dimensión temporal, una dimensión espacial transfronteriza y una dimensión ética.

Por lo que se refiere a la *dimensión temporal*, el Derecho de la responsabilidad ambiental no nos ofrece una respuesta satisfactoria para enmendar los daños ambientales generados en el pasado, sobre todo cuando fueron compatibles con el derecho y asumidos como riesgos del desarrollo o autorizados por la Administración a sabiendas o no de su ilegalidad. En el mejor de los casos habrán prescrito las acciones. Tímidos avances pueden ser observados en algunos ámbitos, como el de la contaminación de suelos, en el que en virtud de la LRSC surgen obligaciones de descontaminación a cargo de los causantes de la contaminación o de los propietarios del suelo, que suponen una llamativa excepción a la tradicional prescripción de la acción de responsabilidad. También en el ámbito del Derecho sancionador, respecto de la restauración del dominio público o de los elementos del medio ambiente cuando resulta aplicable la Ley de responsabilidad ambiental, se amplían los breves plazos de prescripción que contemplan los sistemas clásicos de responsabilidad, albergados en el Código civil y a día de hoy en la LRJSP (11). El principio «quien contamina paga» encuentra estos obstáculos temporales que, fundamentados en la seguridad jurídica, arbitran la prescripción de las acciones de responsabilidad frente al daño con carácter general.

En cuanto a la referida *dimensión espacial*, otro tanto cabe decir de las dificultades que entraña el carácter transfronterizo de los daños al medio ambiente y, en nuestro caso, del cambio climático como daño ambiental histórico, pues, a pesar de tratarse de un problema global —que no obstante podemos concretizar— es imputable sólo a algunos países y sólo especialmente a algunas empresas —porque en puridad todos contribuimos con nuestro insostenible modo de vida—, según la etapa de la historia que consideremos, y así seguirá siendo, si lamentablemente, como es de esperar, algunos países se descuelgan de la tendencia general hacia la descarbonización del planeta. Exis-

(10) B. SORO MATEO (2017: 87-151).

(11) Alguna Sentencia civil, en cambio, lleva a sus últimas consecuencias el principio quien contamina paga, flexibilizando la decimonónica prescripción de la acción aquiliana (STS —Sala de lo Civil—, de 11 de junio de 2012).

ten dificultades, como comprobamos por ejemplo en la negociación de París, y más recientemente en la Cumbre del Clima de Chile, celebrada en Madrid 2019, para imponer prohibiciones u obligaciones sólo a unos países, los más desarrollados, frente a aquellos que se encuentran en pleno desarrollo, por no citar a EE. UU. y China, que se niegan a adoptar compromisos en este sentido.

En tercer término, desde el punto de vista ético, partiendo de estas dos coordenadas espacio-temporales, también es cierto que se detecta una sensación de irresponsabilidad generalizada de los poderes públicos y de los agentes económicos en relación con el cambio climático como daño ambiental histórico que compromete los derechos de las generaciones actuales y venideras. Los derechos de las generaciones futuras, que carecían de trascendencia jurídica, más allá de su referencia en textos ambientales desde la Conferencia de Estocolmo de 1972, comienzan a ser frecuentemente invocados por el Derecho. Así, desde Estocolmo, la Convención sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), pasando por la Declaración de la UNESCO sobre responsabilidad de las generaciones presentes para con las futuras, de 12 de noviembre de 2007, entre otras, resultan ya cada vez más frecuentes las referencias normativas expresas a las generaciones futuras en el ordenamiento interno español, primero en preámbulos y exposiciones de motivos, como sucedió con el cambio climático, para pasar al texto de las normas, como justificación de la teleología protectora o función social en diversos ámbitos como el urbanismo sostenible, la conservación del patrimonio histórico o incluso la protección de la propiedad intelectual en el ámbito privado. No obstante, aún no se observa que la comprensión de los derechos de las generaciones futuras vaya acompañada del reconocimiento de una figura o instrumento jurídico para la defensa de sus derechos, ni tan siquiera de un reforzamiento de la defensa de sus derechos cuando concurren o no con los derechos e intereses de las generaciones actuales. Sólo a escala local, y es importante ponerlo de relieve, algunos Ayuntamientos españoles han acogido la figura del defensor de los derechos de las futuras generaciones de modo muy heterogéneo. Debe seguir profundizándose, pues, en la fundamentación ética y jurídica de esta figura en nuestro ordenamiento, a partir de su instauración en algunos ordenamientos de nuestro entorno (Suecia, Finlandia, Alemania y Bélgica). En efecto, debemos preguntarnos sobre cómo podría positivarse esta figura y/o sobre cuáles serían los distintos canales de entrada de estos derechos, si es que existen como tales, en todas las clásicas instituciones jurídicas de derecho público (12).

(12) En la UICN se está impulsando la creación y desarrollo de la figura del Defensor/a de las Generaciones Futuras a nivel internacional, nacional, regional y local, y se ha solicitado expresamente a la ONU la difusión de esta figura. Así, en la Declaración aprobada en 2011

2. La responsabilización ambiental –y climática– de las AAPP continúa siendo una laguna pendiente

A pesar de la creciente preocupación de nuestras sociedades por salvar el medio ambiente y la estabilidad del clima, todavía se detecta un escaso estudio de la responsabilidad ambiental y, por ende, también climática, de las Administraciones Públicas por parte de la doctrina administrativista española (13). El signo de los tiempos nos demuestra cómo éstas, en su actuación, pero sobre todo como consecuencia de omisiones, pueden causar directa o indirectamente daños al medio ambiente y a otros bienes jurídicos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones de prevención del daño ambiental en general y del cambio climático en particular (14).

Este abandono doctrinal, sobre todo en los últimos quince años (15), se debió, en parte, a la aprobación de la muy esperada Directiva 2004/35/CE, de Responsabilidad medioambiental (DRMA), que parecía querer venir a satisfacer la inadecuación de los clásicos sistemas de responsabilidad de la mayoría de Estados miembros cuando trataban de aplicarse a los daños ambientales puros. A partir de entonces sí proliferaron los estudios que comentaban la Ley 26/2007, de 23 de octubre (LRMA), de transposición de dicha

por la Conferencia Anual del Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas para las organizaciones no gubernamentales (ONG) solicitó la creación de la figura del Defensor de las Generaciones Futuras, proponiéndose también la creación de un Alto Comisionado de la ONU para las Generaciones Futuras que aborde esta idea moral y la promueva en un mundo sano, con solidaridad intergeneracional y a nivel internacional, regional y nacional. Sobre esta cuestión, puede verse SORO MATEO (2015: 109-118 y 2014: 49-76).

(13) Se ha de advertir que MARTÍN REBOLLO, ya en los años setenta, puso de relieve la Responsabilidad que al investigador corresponde en aras a formular soluciones constructivas en este terreno. L. MARTÍN REBOLLO (1976: 652). Asimismo, González Pérez ha observado, recientemente, que la Responsabilidad patrimonial por daños al medio ambiente parece requerir una regulación que supere las deficiencias de la normativa vigente en algunos aspectos como la falta de claridad en la determinación del tipo de Responsabilidad objetiva o por culpa, la causa del daño, el resarcimiento y la valoración económica de los daños. J. GONZÁLEZ PÉREZ (2000: 289). No obstante, cierta doctrina nos ha precedido en la tarea de colmarla a través del estudio de la institución resarcitoria por daños al medio ambiente. Así, GÓMEZ PUENTE (1999); GALERA RODRIGO (2000); FORTES GONZÁLEZ (1999); GARCÍA TREVIJANO GARNICA (1995); JORDANO FRAGA (1990 y 2000a); REQUERO IBÁÑEZ (1994); POZUELO PÉREZ (2002); CONDE ANTEQUER (2004). Y en los últimos años, y como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2004/35/CE y de la Ley 26/2007, LOZANO CUTANDA (2005: 5-34), ESTEVE PARDO (2008); BETRÁN CASTELLANOS (2018); ROCASALVA (2018).

(14) Piénsese en el caso Mar Menor y en el agravamiento de los efectos de la eutrofización de sus aguas como consecuencia del incremento de las temperaturas y la mayor frecuencia de las lluvias torrenciales en la zona circundante, que arrastra, sin barrera los nutrientes a la laguna.

(15) Desde que vio la luz mi primer trabajo sobre esta temática, titulado *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*. B. SORO MATEO (2005).

Directiva, esto es, el propio sistema diseñado por esta «mal llamada» Ley de responsabilidad ambiental.

Recordemos que esta LRMA, a imagen y semejanza de la DRMA, se arbitra para responsabilizar a cierto sector de operadores económicos, obligándolo a asumir la ejecución de medidas de prevención o evitación y, en su caso, de reparación del daño ambiental, aunque al final no resulten en todos los casos obligados a sufragar estos costes de restauración del medio ambiente dañado. Además, la norma excluye los daños personales, los daños a la propiedad privada, los daños a la atmósfera y los daños a especies no amenazadas o a espacios no protegidos, salvo que se demuestre que debieran estar integrados en la Red Natura 2000. En primer término, los daños a particulares, tanto personales como a la propiedad privada, aunque tengan su causa en lo que la Ley considera daños ambientales, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley, y habrán de buscar su reparación en los sistemas tradicionales de responsabilidad (art. 5.1 LRMA). En segundo, lugar, quedan fuera del concepto de daño ambiental, por extraño que pudiera resultar, los daños a la atmósfera. En realidad la Ley no los excluye expresamente, sino que no se refiere a la atmósfera cuando define daño ambiental e, indirectamente, al enumerar las exclusiones, siguiendo a la Directiva, se refiere a los daños ambientales originados por una contaminación de carácter difuso, como lo es la atmosférica (16). En tercer lugar, se excluyen también otros daños ambientales como los originados a especies no amenazadas o a espacios no protegidos a través de instrumentos comunitarios, internacionales, nacionales o autonómicos. Por otra parte, y ello es importante a nuestro objeto, salvo en aquellos supuestos en que la Administración resultara responsable por actuar como operadora de alguna de las actividades enumeradas en el anexo III de la LRMA, no resulta aplicable a los daños que se deriven de la acción y omisión administrativa que, como se verá, es lo que ahora nos interesa.

De las anteriores precisiones se deriva, pues, que nuestro ordenamiento jurídico sigue sin contar con un sistema adecuado de Responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas coherente con las peculiaridades y naturaleza del medio ambiente, pues las disfuncionalidades ya denunciadas a la luz de la regulación de la institución, contenida antes en los arts. 139 y ss. de la derogada Ley 30/1992, se siguen manteniendo prácticamente en los mismos términos en las más recientes Leyes 39/2015 y 40/2015. Recuérdese que estas leyes, en desarrollo del art. 106 de la CE, reconocen el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspon-

(16) J. ESTEVE PARDO (2008:30) ha criticado esta exclusión, por la gravedad de estos daños, así como por la importancia que desde antiguo para nuestro Ordenamiento jurídico ha significado este tipo de contaminación, considerando idóneo el carácter preventivo de las medidas que acoge la LRMA para este tipo de daños.

dientes por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración se exige que se haya producido un daño cierto, efectivo y evaluable económicamente e individualizado en la persona o bienes del particular; que dicho daño sea imputable a la Administración, es decir, que sea consecuencia del funcionamiento (normal o anormal) de los servicios públicos y que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La complejidad de una eventual regulación especial de este tipo de Responsabilidad aparece ya desde la propia configuración del medio ambiente como bien jurídico protegido. La utilización de las vías de protección jurídica del entorno que brinda el Derecho Privado, como la Responsabilidad civil (arts. 1902 y 1908 CC), la acción negatoria (art. 590 CC) o el abuso del derecho (art. 7.2 CC) ha resultado insuficiente y, en ocasiones, forzada para garantizar la efectiva protección de los recursos naturales y para dar cobertura a todos los supuestos de daños ambientales que pueden darse. En efecto, por un lado, la Responsabilidad que alberga el art. 1902 CC es subjetiva y surge en relación con la propiedad privada; y, por otro, el art. 590 CC parte de una consideración actual incompatible con el carácter de los daños ambientales que exceden de las coordenadas espacio-tiempo albergadas en dicho precepto. Descendiendo a la problemática de la aplicación de estos sistemas al cambio climático como daño ambiental histórico o a los daños derivados del cambio climático, salvo su aplicación frente a empresas contaminadoras y emisoras, estos sistemas no nos sirven, como es sabido, para responsabilizar a las Administraciones Públicas.

El sistema de responsabilidad aplicable a las AAPP en la etapa postconstitucional y ex art. 149.1.18^ª CE se encontró regulado hasta fechas recientes por los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC). A día de hoy, como señalábamos *supra*, se mantiene en términos muy similares y sigue sin adecuarse a la especial naturaleza del medio ambiente. No obstante, sí resultaría aplicable a daños de naturaleza patrimonial o personal derivados de la acción u omisión administrativa en el terreno ambiental.

La dificultad técnica de aplicación de los sistemas resarcitorios vigentes en nuestro ordenamiento deriva, entre otros, del carácter público-privado del daño sobre el medio ambiente, de la compleja tarea de la prueba del nexo causal —en la mayoría de los casos—, del carácter frecuentemente continuado y sobrenenido de los daños —dada la breve prescripción de las acciones resarcitorias positivada en nuestro ordenamiento jurídico— y evidencia una inadecuación de los presupuestos y elementos clásicos configuradores de la institución de la Responsabilidad.

Queda claro, y todos deberíamos convenir en ello, que las consecuencias negativas para el medio ambiente de la actividad humana y de la dejación de los poderes públicos producen un quebranto de los intereses generales, y a veces de intereses de determinados sujetos privados, que merecen ser paliados. El Derecho está llamado a conferir la oportunidad a la sociedad en su conjunto, así como a los particulares especialmente afectados, de instar medidas de prevención y la costosa reparación del daño. La Responsabilidad ambiental se nos presenta, pues, como una materia de enorme trascendencia social, económica y jurídica en nuestros días, la cual se acrecienta con motivo del cambio climático (17). Así, la renombrada emergencia climática justifica retomar el estudio de las cuestiones jurídico-administrativas que ineludiblemente han de ser replanteadas en el momento actual, porque el sector ambiental en sede resarcitoria, como en muchas otras, merece una reflexión específica que no desatienda la especial naturaleza de los bienes protegidos y el carácter y naturaleza del derecho constitucional a un medio ambiente sano. Sigue mereciendo, pues, la pena cualquier esfuerzo enderezado a determinar qué deba ser la Responsabilidad de los Poderes Públicos por daños ambientales porque desde el art. 45 CE se responsabiliza a éstos de la protección del entorno, pero ¿cómo se reparten estas Responsabilidades entre los distintos poderes?, ¿qué carácter tiene esta Responsabilidad?, ¿cómo compatibilizar los principios de «quien contamina paga» y «Responsabilidad compartida» impuestos desde instancias comunitarias? La perfección del sistema ha de partir de una correcta y equilibrada combinación de ambos, no fácil de conseguir, sobre todo en un ordenamiento jurídico de la responsabilidad que ha evolucionado poco para adaptarse a nuevas realidades como la responsabilidad ambiental y ahora a la responsabilidad climática, lo cual requiere un cambio de paradigma, esto es, profundas transformaciones de la institución, que debe tornarse más probabilística, más preventiva y menos antropocéntrica (18).

En relación con lo anterior, debe recordarse que el derecho a un medio ambiente adecuado desligado de una eventual vulneración de un derecho fundamental no encuentra acomodo en el Amparo Constitucional. Tampoco cabe la tutela del derecho a un medio ambiente adecuado, aun cuando se encuentre reconocida la acción popular —como sucede en algunos ámbitos—, pues esta acción en defensa de la *legalidad* puede servir para instar la cesación del incumplimiento de la norma ambiental que, por vía indirecta, dota de contenido a dicho derecho reconocido en el art. 45.1 CE, pero no

(17) En este sentido, la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, de 23 de enero de 2002 ya auguraba que la reparación del daño ecológico se erigiría como uno de los problemas más trascendentes de cara a las próximas décadas y así está siendo

(18) En este sentido, puede verse el estudio de VAN LANG (2019: 656).

para que los vecinos que sufran su vulneración se encuentren legitimados para accionar frente a la Administración eventualmente responsable. Más aún, esta quiebra se agrava cuando el deterioro ambiental se encuentra más lejos del ámbito ordinario del desenvolvimiento de la vida de los reclamantes, esto es, cuando el deterioro ambiental no se puede individualizar y todavía no afecta a la salud. En estos casos, la institución resarcitoria, tal y como la configura nuestro ordenamiento jurídico, carece de operatividad, aunque, como es conocido, la jurisprudencia del TEDH ha supuesto un importante avance de la institución resarcitoria y del alcance del Derecho a un medio ambiente reconocido constitucionalmente.

3. La pasividad del legislador y de las AAPP para afrontar la problemática del cambio climático como daño ambiental histórico. La emergencia de la batalla judicial climática

Enunciadas las tres coordenadas —temporal, espacial y ética— que enmarcan la problemática jurídica del cambio climático, y enunciada también someramente la inadecuación del ordenamiento jurídico español para abordar la problemática del cambio climático como daño ambiental histórico, cuestiones que a día de hoy desbordarían cualquier formato de intento completo de estudio, el punto de partida de nuestro modesto análisis se encuentra en la falta de sensibilidad climática de la normativa española y en la constante permisividad de los poderes públicos, que ha estado condicionada por otros intereses que han nublado la necesaria visión del largo plazo, situación en la que nos encontramos ahora —con algunas loables excepciones— y que ha contribuido a que la degradación del planeta, por lo que a España respecta, no se haya tratado adecuadamente. De momento, puede afirmarse que, a pesar de la conciencia global del problema, aún entrado el siglo XXI no existe una apuesta clara de los poderes públicos a nivel mundial que acabe de una vez por todas con el uso de combustibles fósiles y que obligue a la definitiva generalización de las energías renovables. Han sido decepcionantes, desde este punto de vista, los resultados de las sucesivas cumbres del clima y el peso que han llegado a tener en algunas de estas no muy lejanas en el tiempo los suministradores de petróleo. El presente estudio, pues, se limitará a tratar de responder a algunas preguntas que inmediatamente emergen a resultas de las previas reflexiones: ¿qué están haciendo los poderes públicos en España para remediar este desastre ambiental climático?, ¿está el sureste español, extremadamente vulnerable a estos cambios del clima, preparado para afrontar los daños que ya comienzan a producirse?, ¿todos los daños climáticos son catastróficos?

La incapacidad o impotencia del legislador, más allá de la transposición del régimen del mercado de Derecho de emisión, y de una vaga referencia al

cambio climático en las normas ambientales horizontales y algunas sectoriales, resulta a todas luces insuficiente para frenar el cambio climático y paliar sus efectos a través de medidas de mitigación y adaptación. Por lo que se refiere a las AAPP, a pesar de la previsibilidad de muchos de los efectos del cambio climático, éstas siguen sin escatimar en dar el beneplácito a la modificación de cursos de agua, la autorización de camping en ramblas, la autorización de urbanizaciones en terrenos inundables, teniendo en cuenta escenarios de riesgo que se saben obsoletos como consecuencia de la aceleración de los procesos meteorológicos extremos. En fin, las alertas de la ciencia no se tienen siempre en cuenta y tampoco se despliegan potestades revocatorias o revisoras de la realidad jurídico-administrativa para prevenir y/o evitar daños derivados de los acontecimientos extremos que ya acaecen y que están por venir. Se trata de un flashback bastante decepcionante que pretende destacar la impotencia del legislador y la pasividad y permisividad de las Administraciones, como dos realidades a partir de las cuales abordar ahora la temática de la responsabilidad climática y de los litigios climáticos. Porque, es cierto que cuando ni el legislador ni la Administración dan la talla, quizá sea útil dar la batalla ante los Tribunales (19).

Como anunciábamos *supra*, a nivel mundial estamos comprobando como en los últimos años está emergiendo una judicialización climática como respuesta a una supuesta responsabilidad climática, por lo que no parece tan remota la posibilidad de que el Estado español se vea enjuiciado por no haber fomentado el uso y desarrollo de energías renovables y así asegurado la indemnidad de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, o por no cumplir los objetivos de reducción de emisiones o incluso por no adoptar medidas de adaptación frente al cambio climático, poniendo en riesgo la salud de las personas, entre otras situaciones que pueden fundamentar la demanda. Así, a pesar de las dificultades y obstáculos que presenta el ordenamiento jurídico español sobre responsabilidad ambiental y sobre acceso a la justicia ambiental, que trataremos de poner de relieve seguidamente y que deben ser removidos a través de la modificación de la Ley 40/2015 (LEJSP) y de la Ley 29/1998 (LJCA), no debe excluirse que puedan plantearse demandas

(19) En relación con la que denomina «defensa cruzada de derecho, MARTÍN RETORTILLO (2006: 29) advirtió, en este sentido que *«Hay que animar por eso a los ciudadanos —a los abogados y, cómo no, a los estudiantes alevines de abogados— para que se familiaricen con la utilización de estos resortes, tan eficaces en ocasiones. Pero téngase en cuenta que no se trata sólo de eso, que es muy importante. Esta jurisprudencia está produciendo automáticamente también otro efecto, el de marcar unos estándares y fijar unas líneas que tienen que ser respetadas por los poderes públicos y por las Administraciones. Sabemos que hay autoridades muy responsables, como hay funcionarios pagados y celosos que tratan a toda costa de que sean respetadas las diversas variantes de protección del medioambiente, pero también nos encontramos con que hay autoridades a las que todo esto les resbala».*

climáticas en España o frente al Estado español relacionadas con el cambio climático, que podrían también fundamentarse en la vulneración de los derechos fundamentales, llegando si fuera necesario, una vez agotadas las vías internas, al TEDH. Ejemplos de Derecho comparado, a los que nos referiremos *infra*, pueden inspirar estas futuras acciones que convierten al poder judicial, a partir de la acción ciudadana —individual o colectiva—, en el poder líder en la lucha contra el cambio climático (20).

La doctrina española, señaladamente S. BORRÁS PERTINAT (2013: 3-49), ya se ha interrogado sobre la posibilidad de que el poder judicial, a partir de la jurisprudencia, pueda establecer responsabilidades sin requerir una regulación normativa específica, lo cual supone responsabilizar a la Administración y evitar vacíos de impunidad derivados de la pasividad administrativa. De parte de la abogacía, J. M. MARRACO (2018) advierte que «*cualquier día de estos el Gobierno español puede encontrarse con una demanda de justicia climática por no cumplir sus funciones y asegurar sus compromisos respetando nuestro derecho constitucional al medio ambiente. La situación es grave y exige medidas eficaces porque el deterioro climático sigue avanzando y la pasividad gubernamental es evidente*». Y se preguntaba, *¿Habrá también que acudir a los Tribunales?* Ante estas apelaciones doctrinales es necesario reflexionar sobre las importantes dificultades que plantea nuestro ordenamiento jurídico para amparar una demanda climática y dar cuenta de los nuevos horizontes que parecen abrirse para avanzar en las respuestas dogmáticas, pero también prácticas, que merecen los eventuales litigios climáticos que puedan plantearse en España a la luz de los litigios que se están planteando en el mundo. Por ello, a continuación, y a partir de la revisión de la jurisprudencia sentada por recientes litigios climáticos ocurridos en el entorno europeo y a nivel internacional, se concluirá exponiendo algunas debilidades del ordenamiento español en materia de responsabilidad ambiental y cambio climático y en garantía del derecho a un medio ambiente sano. Debemos advertir, no obstante, que la complejidad del asunto desborda, sin duda, la capacidad de estas páginas para agotar el estudio de la problemática abordada, pero contribuirá, al menos eso se pretendo, a situar en sus justos términos la respuesta jurídica que merecen algunos daños derivados del cambio climático.

(20) Pueden citarse algunos casos como el *Massachusetts, et al. versus Environmental Protection Agency et al.*; *Ned Comer et al. versus Murphy Oil USA et al.*; *Connecticut et al. versus American Electric Power Company et al.*, y *Native Village of Kivalina and City of Kivalina v. ExxonMobil Corporation et al.*

II. LITIGIOS CLIMÁTICOS EN DERECHO COMPARADO: UN RAYO DE LUZ

1. La proliferación de litigios climáticos en el mundo como respuesta ante la pasividad de los poderes públicos

Complejas dimensiones, escepticismo, intereses económicos, cortoplacismo, inacción, inexistencia de unas reglas del juego claras en relación con la sustitución de los combustibles fósiles, insuficientes logros derivados de la aplicación del mercado de derechos de emisión, y unido a ello el carácter voluntario de los compromisos de reducción de emisiones derivados de la Cumbre del Clima de París y, por qué no decirlo, los cada vez más frecuentes fenómenos ¿naturales? adversos que afectan a la calidad de vida de las personas, que algunos confunden con la fuerza mayor ... En este ambiente de irresponsabilidad e inmunidad que ya no convence a todos, se genera un *cocktel* al que ahora se bautiza como *alerta climática*, y que genera un caldo de cultivo idóneo para que la sociedad civil requiera actuar a los poderes públicos sin importar mucho las nueces, pero sí el ruido. La puesta en escena de la sociedad civil no es nueva en Derecho ambiental y se está abriendo paso en diversos ámbitos donde se demanda una *Gobernanza*, término que abarca distintos modelos de gobierno de los asuntos que interesan a la sociedad y que comprende desde la gobernanza pública hasta la autogobernanza de los pueblos (21).

(21) Desde fechas relativamente recientes, viene empleándose el término «gobernanza» al tratar prácticamente cualquier sector de intervención pública, como sinónimo de manera de gobernar más acorde con los tiempos actuales. El diccionario de la RAE incluye dos acepciones del término. En primer lugar, se define como acción y efecto de gobernarse, indicando que se trata de una acepción en desuso. Y, en segundo lugar, como arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía. Se hace, pues hincapié en la habilidad o arte para gobernar, teniendo en cuenta a la sociedad civil como actora de la gobernanza. Pues bien, se trata de esta última acepción la que sin duda se refiere la doctrina que ha tratado de conceptualizar la gobernanza, que ven en este modelo de gobierno una forma de organizar la acción colectiva para el logro de objetivos comunes, en la que participan tanto actores públicos como actores privados. De este modo, se pretende dar cabida al modelo de gobierno que acoge las transformaciones del Estado en la actualidad, que afectan también a las clásicas instituciones del derecho público. En el plano jurídico, que es el que nos ocupa, es cierto que ya son numerosas las normas que se refieren a la gobernanza. Debemos apuntar, sin embargo, que, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, el término se emplea con diferentes significados. En primer lugar, la *Gobernanza por parte del Gobierno*, o gobernanza pública, que puede identificarse con la gobernanza pública y que se aplicaría al cumplimiento de funciones públicas, a la prestación de servicios públicos y a la protección de los bienes de dominio público. En segundo lugar, la *Gobernanza compartida*, que implicaría una gestión «colaborativa» que implica información y consulta de los agentes implicados. Esta gobernanza puede además reforzar la participación

Sin ser este el lugar adecuado para conceptualizar la gobernanza pública y su aplicación al terreno ambiental y climático, sí podemos decir que se trata de una modalidad de materialización de la democratización de la problemática climático-ambiental. Muy en relación con lo que podríamos denominar Gobernanza climática, y muy a pesar de las conocidas dificultades y trabas en el acceso a la justicia ambiental en España, muy bien puestas de manifiesto por la doctrina ambientalista, señaladamente por E. SALAZAR ORTUÑO (2009), A. PI GRAU SOLÉ (2008:403) y A. PEÑALVER I CABRÉ (2016), en países de nuestro entorno se constata un envidiable incremento de casos en los que se demanda *Justicia ambiental, ecológica o climática* ante diversos Tribunales que traen causa en el cambio climático y sus devastadores efectos.

Todo este prolegómeno es útil para justificar el objeto en el que centraré a partir de estas líneas mi aportación, ya que, de modo previo a encarar la problemática jurídica que presenta el acceso de la cuestión climática a nuestros Tribunales, me referiré muy de pasada pero necesariamente a algunos de los ya numerosos litigios climáticos más relevantes, resueltos o que penden ante Tribunales de todo tipo (en Argentina, Pakistán, Francia, Irlanda, Nigeria, Bélgica, EE.UU., Canadá, Alemania, Colombia y Noruega, entre otros), meticulosamente recopilados por la Universidad de Columbia, y que contextualizan muy bien esta tendencia común que, sin embargo, en España está tardando en producirse. Varios centros de investigación del mundo anglosajón llevan años centrando sus investigaciones en el estudio del fenómeno de los litigios climáticos, especialmente el *Centro de Economía y Política del Cambio Climático (CCCEP)* (22), el *Instituto de Investigación Grantham sobre Cambio Climático y Medio Ambiente*, integrado en la London School of Economics and Political Science (23) y al

e implicar una gestión colaborativa, asignando a grupos de varios agentes implicados la responsabilidad de desarrollar propuestas técnicas. Otra modalidad de gobernanza compartida sería la gestión «conjunta», según el cual diversas instancias de poder territoriales forman parte de la instancia que toma de decisiones y se responsabiliza de la gestión. Es posible que las decisiones requieran consenso, lo cual implica un complejo desarrollo de la capacidad de negociación. En tercer lugar, se encontraría la *Gobernanza privada* y por último, se encontraría la *Gobernanza por parte de pueblos indígenas y comunidades locales*. Descendiendo al plano normativo, puede afirmarse que todavía son escasas, aunque cada vez más frecuentes, las normas que emplean el término gobernanza, aunque para referirse a realidades diversas. Además, se emplea con frecuencia en las Exposiciones de motivos y títulos al diseñarse la estructura de las normas, omitiéndose en todos los casos un deseable concepto jurídico de gobernanza.

(22) Conjuntamente participado por la Universidad de Leeds y la London School of Economics and Political Science y financiado por el Consejo de Investigación Económica y Social del Reino Unido desde hace más de 10 años centra sus esfuerzos en el avance de la acción pública y privada sobre el cambio climático (www.cccep.ac.uk).

(23) El Instituto reúne a expertos internacionales en economía, finanzas, geografía, medio ambiente, desarrollo internacional y economía política para establecer un centro líder

Centro Sabin sobre Derecho del Cambio Climático, integrado en la Facultad de Derecho de Columbia (24).

Sería imposible en este lugar analizar los cientos de contenciosos climáticos identificados por estos centros, pero sí conviene, para hacernos cargo de la envergadura, volumen y tipología de casos en los que el cambio climático está llegando a los Tribunales, hacer referencia al recentísimo Informe del Instituto Grantham titulado *Tendencias mundiales en litigios sobre cambio climático: resumen de 2019* (25). Dicho estudio ha sido desarrollado a partir de una base de datos de acceso abierto de litigios por cambio climático que se actualiza continuamente y que es mantenida al día conjuntamente por el Centro Sabin y el referido Instituto Grantham. Hasta mayo de 2019 se habían identificado 1023 casos solo en los EE.UU. Debe advertirse que la base de datos, que incluye a su vez una base de datos sobre litigios climáticos planteados en EE.UU. y otra sobre los planteados en el resto del mundo, comprende reclamaciones ante organismos de distinta naturaleza, tanto administrativa como judicial (26). Además, debe atenderse a que la mayoría de casos se plantean frente a gobiernos, aunque no faltan reclamaciones frente a empresas contaminantes. En tercer término, son promovidos por ciudadanos, inversores, ciudades y Estados, bien por omisión del deber de protección frente al cambio climático, bien por contribuir al cambio climático afectando a la salud de las personas.

La primera conclusión que puede ser extraída del estudio de estos casos es que estos litigios pueden verse como instrumentos de presión frente a los Estados, para que incorporen el riesgo climático en su toma de decisiones o para para que sean más ambiciosos o hagan cumplir la legislación existente. También en los litigios climáticos los gobiernos se justifican ante los *lobys* cuando tienen, porque deben, que adoptar decisiones poco populares para los intereses de éstos. En tercer lugar, las acciones climáticas ejercen en la actualidad una importante función propagandística y de control, aunque no prosperen. No obstante, algunos de estos procesos, concretamente los planteados frente a empresas, pretenden una indemnización de daños y perjuicios, esto es, hacer realidad el principio «quien contamina paga».

en el mundo para la investigación, enseñanza y capacitación sobre políticas relacionadas con el cambio climático y el medio ambiente. Está financiado por la Fundación Grantham para la Protección del Medio Ambiente, que también financia el Instituto Grantham – Cambio Climático y Medio Ambiente en el Imperial College de Londres (www.lse.ac.uk/grantham/).

(24) <http://columbiaclimatelaw.com/>.

(25) SETZER and R. BYRNES (2019).

(26) Pueden consultarse las siguientes web: <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>; www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/climate-change-laws-of-the-world/ y <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>.

La responsabilidad climática, pues, se erige como una realidad a la que los ordenamientos deben dar respuesta. Así, si los contenciosos climáticos se iniciaron a partir de conflictos surgidos en la implementación y desarrollo del mercado de derechos de emisión (27), ahora los derroteros de los litigios climáticos amplían el horizonte y se adentran en el terreno de la responsabilidad climática de las empresas emisoras de GEI y de los Estados, por haber contribuido y permitido —estos últimos—, llegar a los niveles actuales de emisión y, como consecuencia, de vulneración y vulnerabilidad. La vulneración de derechos y la vulnerabilidad climática de las generaciones presentes y futuras, con las consiguientes implicaciones para la salud y la propia supervivencia humana, se convierten ahora en el objeto de los litigios climáticos. No se trata ya sólo de plantear la tutela de intereses colectivos, como el interés ambiental, sino también de la tutela de derechos individuales.

Por otra parte, debe señalarse que los derechos humanos y la ciencia juegan y van a jugar un papel cada vez más importante en los litigios ambientales en general y sobre cambio climático en particular. La vulneración de los derechos humanos, como en su día entendió la STEDH de 9 de diciembre de 1994 (caso López-Ostra), puede favorecer las condenas. También el avance de la ciencia, y como consecuencia la reducción de la incertidumbre y del espacio propio de la precaución, va a facilitar progresivamente la prueba de la relación de causalidad. En este sentido, puede apelarse a la necesidad de establecer una presunción de causalidad y un papel activo del juez, que tenga en cuenta la evolución de la ciencia y las variaciones del nivel de diligencia exigible a los poderes públicos.

En fin, a pesar de las trabas jurídicas que encuentra el acceso del clima a los Tribunales, lo cierto es que los Estados están empezando a ser condenados por incumplimiento de sus deberes constitucionales relativos a la obligación gubernamental de proteger a sus ciudadanos y su entorno natural de las dinámicas de cambio climático. Se alega el derecho a un medio ambiente sano tanto en el presente como para las generaciones futuras (28). En suma,

(27) S. GALERA RODRIGO (2018:41-83).

(28) Como afirmó Martín Mateo, *para que el hombre pueda garantizar su pervivencia futura, como especie se entiende, debe dotarse de un cuerpo normativo que recoja los dictados de las Ciencias de la Naturaleza, para una prudente utilización económica de la Biosfera. Para ello se necesitará contar además con el apoyo de la Ética y de la Física. Para que pueda adoptarse un Derecho Ambiental adecuado es presupuesto indispensable que haya sido asumida previamente por la comunidad implicada una Ética ecológica concorde, lo que implica ya desde luego el valor de la solidaridad interplanetaria, pero sobre todo intertemporal.* MARTÍN MATEO (2000). La doctrina ha planteado la instauración de la figura de un Defensor de la justicia intergeneracional, ahora bien, en el caso citado esta figura se articula como tutor y representante de las generaciones futuras que, significativamente, ha presentado la demanda junto y en apoyo a los jóvenes demandantes. Además, el caso resuelve en parte las dificulta-

las demandas climáticas planteadas por la sociedad civil por vulneración de derechos fundamentales puestos en peligro por el calentamiento global, ante la apatía política frente al cambio climático, están generando que el protagonismo en este ámbito sea asumido por los Tribunales (29).

2. Algunos litigios climáticos en el mundo

De todos los casos que hemos podido conocer, sobre todo los más recientes e ilustrativos de pretensiones relevantes a efectos de estudiar las posibilidades de éxito de una eventual demanda frente al Estado español, vamos a dar cuenta de los siguientes:

En primer lugar, se encuentran aquellos que suponen demandas frente a Estados por inacción climática.

Un caso emblemático, al que dedicamos además un especial epígrafe, es el asunto *Fundación Urgenda v. Estado de los Países Bajos*. Se trata del primer caso que defiende con éxito la adopción de objetivos más estrictos de reducción de emisiones por parte de un Gobierno, esto es, se acuerda la reducción de emisiones más allá de los que se deriva de la normativa aplicable. En diciembre de 2019 el Tribunal Supremo de Países Bajos (Urgenda 3) confirma la Sentencia de octubre de 2018, del Tribunal de Apelación de La Haya (Urgenda 2) que rechazó todas las objeciones del Gobierno holandés, incluido que la decisión del Tribunal de Distrito de junio de 2015 (Urgenda 1) infringió el principio de separación de poderes, confirmando que el Gobierno debía reducir las emisiones en al menos un 25 por ciento respecto de los niveles de 1990 para 2020.

El caso *Grande-Synthe* ante el Conseil d'Etat francés también resulta ilustrativo de la acción climática por parte de municipios frente a los Gobiernos estatales. Así, el municipio francés Grande-Synthe pretende que se reduzcan las emisiones para al menos cumplir con la normativa aplicable, teniendo en cuenta la vulnerabilidad climática del territorio de dicho municipio, que se encuentra por debajo del nivel del mar, en Dunkerque. Los riesgos naturales inducidos por los fenómenos del cambio climático aumentan los riesgos de inundaciones y complican la gestión del sistema de riego y del drenaje. En concreto se solicita que las autoridades involucradas adopten todas las medidas apropiadas

des derivadas de identificar los titulares del derecho a un ambiente sano— las generaciones presentes y futuras— admitiendo, en el caso de estas últimas, que sean las primeras a actuar y exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales en su representación (*on behalf of future generations*). BISO (2012).

(29) SPIER, J., abogado de la Corte Suprema de holandesa, en relación al caso *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* advirtió que «Los procedimientos judiciales son tal vez la única manera de romper la apatía política sobre el cambio climático».

para reducir la curva de emisiones de gases de efecto invernadero producidas en el territorio nacional para respetar al menos los compromisos nacionales e internacionales ya contraídos por Francia. La especial vulnerabilidad del municipio de Grande-Synthe frente al cambio climático sirve para fundamentar la demanda ante el Consejo de Estado para que inste al Gobierno a tomar medidas legislativas y reglamentarias útiles para que la prioridad climática sea obligatoria y prohibir cualquier medida que pueda aumentar emisiones de gases de efecto invernadero (30).

También en Francia, pero en este caso por parte de cuatro ONG (*Fondation pour la Nature et l'Homme (FNH)*, *Greenpeace France*, *Notre Affaire à Tous* y *Oxfam France*), el 17 de diciembre de 2018 se planteó una reclamación contra el Gobierno francés por inacción frente al cambio climático e incumplimiento de sus propios objetivos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, aumentar la energía renovable y limitar el consumo de energía. El 15 de febrero de 2019, el Gobierno francés rechazó la demanda y el 14 de marzo de 2019 los demandantes plantearon de nuevo la solicitud ante el Tribunal Administrativo de París. Los demandantes solicitan que se ordene al Estado de Francia que remedie su acción sobre el cambio climático y en concreto que adopte medidas adecuadas para reducir las emisiones, desarrollar energías renovables, adaptar el territorio nacional a los efectos del cambio climático y proteger la vida y la salud de los ciudadanos de los riesgos del cambio climático. Solicitan además una indemnización por los daños sufridos como resultado de la incapacidad del Estado de abordar el cambio climático que se pagará como «*la suma simbólica de 1 euro por daños morales*». Los fundamentos jurídicos en que se sustenta esta demanda son los siguientes. Por un lado, la Carta Francesa para el Medio Ambiente contempla el deber de cuidado del medio ambiente (arts. 1 y 2). Este deber de cuidado implica que el Estado debe asumir todas las medidas necesarias para identificar, evitar, reducir y compensar las consecuencias del cambio climático. Tal perspectiva sobre el deber del Estado también es aplicable con respecto a las disposiciones del CEDH, que obliga a los Estados a implementar un «*marco legislativo y reglamentario destinado a una prevención eficaz contra daños al medio ambiente y la salud humana*», para garantizar la protección de la vida y la salud de los habitantes contra los riesgos ambientales, ya sean de origen natural o antropogénico (31). Por otro lado, la demanda también se fundamentaba en los arts. 2 y 8 del CEDH y en el principio general del dere-

(30) Sobre este litigio climático, puede verse VIEIRA (2019: 636,-641).

(31) STEDH, 30 de noviembre de 2004, *Öneryıldız vs. Turquía*, caso n.º 48939/99; CEDH, 20 de marzo de 2008, *Boudaïeva vs. Rusia*, caso n.º 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673 / 02 y 15343/02; STEDH, 30 de noviembre de 2004, *Öneryıldız vs. Turquía*, caso n.º 48939/99, 90; STEDH, 27 de enero de 2009, *Tártaro vs. Rumanía*, caso n.º 67021/01, 88; STEDH, 30 de marzo de 2010, *Bacila vs. Rumanía*, caso 19234/04,61.

cho según el cual toda persona tiene derecho a vivir en un sistema climático estable. Este derecho, sostienen, deriva de la legislación nacional (como el preámbulo de la Carta del Medio Ambiente, artículo L. 110-1 del Código del Medio Ambiente francés) y del derecho internacional (32). Si bien este principio general aún no ha sido explícitamente reconocido por la ley francesa, como otros principios generales del derecho, entienden los demandantes que puede deducirse del espíritu de la Ley.

En el caso *Juliana v. EE. UU.*, un grupo de jóvenes sostiene ante el Tribunal de Apelaciones de Portland (Oregón) que las acciones del Gobierno que contribuyen al cambio climático violan sus derechos constitucionales a la vida, la libertad y la propiedad. Se solicita el cese de extracción de combustibles fósiles por vulneración de derechos fundamentales a la vida, a la propiedad y a la libertad. También desde la perspectiva de los derechos fundamentales algunos procesos se encuentran pendientes de resolución. En Alemania, *Amigos de la Tierra* ha presentado una queja constitucional contra el Gobierno alemán, alegando que el incumplimiento del Gobierno de sus propios objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y los objetivos de la UE 2020 supone un incumplimiento y una violación los derechos fundamentales de los demandantes. O el caso *Jeunesse v. Gobierno canadiense*, en el que la demanda sostiene que el Gobierno de Canadá no protegió los derechos fundamentales de los jóvenes. Llamativo resulta el caso *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*, en el que 25 jóvenes colombianos presentaron un contencioso constitucional especial para combatir la deforestación en la selva amazónica, sobre la base de la infracción de la legislación vigente y, en última instancia, de los derechos fundamentales (a un medio ambiente sano, vida, salud, comida y agua). La Corte Suprema dictó una sentencia que reconoce a la Amazonía colombiana como un «sujeto de derechos», con derecho a protección, conservación, mantenimiento y restauración, ordenando al Estado a implementar planes de acción para abordar la deforestación.

En fin, en segundo lugar, y dejadas a un lado las demandas climáticas enclavadas en el ámbito del Derecho privado, frente a empresas como Exxon, también encontramos la impugnación de una norma comunitaria por vulneración de derechos fundamentales. En efecto, en sede de derechos fundamentales, pero en este caso frente a una norma, resulta interesante la demanda presentada el 4 de marzo de 2019 por seis países (un grupo de personas y organizaciones no gubernamentales de Estonia, Irlanda, Francia, Rumanía,

(32) La Declaración de Estocolmo, la Carta Mundial de la Naturaleza, la Declaración de Río, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el protocolo de Kyoto, el Acuerdo de París, la acción climática y el paquete de energía renovable para 2020, la Decisión núm. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009).

Eslovaquia y los Estados Unidos) contra la Unión Europea ante el Tribunal General Europeo, que impugna el tratamiento de la biomasa forestal como combustible renovable por parte de la Directiva revisada de energía renovable de la Unión Europea de 2018 (conocida como RED II), por violación del TFUE y el CEDH. RED II requiere que los Estados miembros de la UE alcancen una meta de 32% de consumo de energía proveniente de fuentes renovables para 2030. Los demandantes alegan que RED II acelerará la devastación de los bosques, lo que hará aumentar significativamente las emisiones de gases de efecto invernadero. Se describen los impactos ambientales, sociales y de salud pública asociados con el aumento de la tala, la fabricación de pellets de madera y la producción de energía de biomasa impulsada por la política de biomasa forestal RED II. Alegan que la política es incompatible con los objetivos medioambientales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y viola la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (arts. 32 y 57).

Vistas algunas de las demandas que están generalizándose en el momento actual, y a la espera de las resoluciones que pongan fin a estos procesos, según las conclusiones del referido informe *Tendencias mundiales en litigios sobre cambio climático* de julio de 2019 puede afirmarse con rotundidad que se advierte el fortalecimiento de la acción climática como consecuencia de la proliferación de litigios climáticos, aunque todavía no ha dado tiempo a evaluar el impacto de los mismos, el cual depende de una serie de variables como los cambios de gobierno, los cambios normativos, los daños a la reputación, la divulgación de riesgos, (33) el compromiso de los Estados y, entre otros la influencia de sectores que defienden otros intereses. Lo que sí queda claro es que, como señala dicho informe, que recomienda que los litigantes del cambio climático consideren cuidadosamente qué casos nuevos llevar y cómo llevarlos, y que evalúen los posibles impactos de los litigios dentro del contexto más amplio de los esfuerzos para mejorar la mitigación del cambio climático y la acción de adaptación a nivel mundial, es que aunque difícilmente prosperen demandas climáticas en España, dada la rigidez de nuestro ordenamiento jurídico para acoger esta problemática que trasciende los enfoques clásicos del derecho de daños, sí que puede resultar útil indagar sobre la posibilidad de su planteamiento y sobre los obstáculos que deben ser removidos para que caminemos hacia una verdadera Justicia ambiental.

(33) Además de los litigios por no incorporar el riesgo climático en las decisiones de inversión, varios casos han tratado de exigir una mejor divulgación del riesgo climático a los inversores y accionistas. Por ejemplo, en julio de 2018, *Mark McVeigh*, beneficiario del fondo de pensiones REST, presentó una demanda contra el fondo, argumentando que su falta de información adecuada relacionada con su exposición a riesgos relacionados con el clima le impide hacer un juicio informado sobre la gestión y la situación financiera del fondo (*McVeigh v. Australian Retail Employees Superannuation Trust*).

3. Análisis de un caso emblemático y algunas reflexiones desde el ordenamiento español y a la luz de la jurisprudencia del TEDH: la condena Urgenda 2 (y 3)

De todos los litigios climáticos de los que hemos tenido la oportunidad de dar cuenta a modo casi telegráfico en el epígrafe anterior, el emblemático asunto *Urgenda Foundation v. The State of The Netherlands* (34) merece un análisis más profundo, pues resulta sin duda el que, *mutatis mutandi*, puede servir como modelo para inspirar una eventual reclamación frente al Estado español. Y ello es así porque curiosamente, a pesar de los graves efectos del cambio climático que ya se hacen notar, como es conocido a día de hoy en España carecemos de litigios climáticos pendientes o resueltos, más allá de la jurisprudencia vertida sobre la implantación del mercado de derechos de emisión o que resuelve la impugnación de normas por motivos competenciales que directa o indirectamente abordan la problemática del cambio climático.

Dicho lo anterior, y entrando a dar cuenta de este caso, en junio de 2015, la Corte de distrito de La Haya ordenaba al Gobierno holandés la reducción de sus emisiones en *por lo menos* un 25% para 2020 y respecto a los niveles de 1990 (35), a raíz de la demanda presentada por la *Fundación Urgenda*, representante de las solicitudes de 886 ciudadanos que consideraban insuficiente la tasa de reducción de emisiones adoptada por Países Bajos hasta el momento y consiguientemente negligente la conducta estatal. Tres años después, la Sentencia del Tribunal de Apelación de La Haya, de 9 de octubre de 2018, recientemente confirmada por la STS de Países Bajos, de 20 de diciembre de 2019, respaldando la Sentencia del Tribunal de instancia de 2015, mantiene la orden dirigida al Gobierno holandés de reducir sus emisiones de GEI en un 25% para 2020, en comparación con los niveles de 1990, esto es, por encima de los umbrales contemplados en la normativa aplicable, que a su vez deriva de compromisos supranacionales, pues no hacerlo equivaldría, según el Tribunal, a una violación de los derechos de los ciudadanos holandeses (36).

A continuación nos referiremos a la fundamentación jurídica en que se basa el Tribunal holandés a la hora de estimar la demanda, que constituye, sin lugar a dudas, un giro en el alcance de la responsabilidad de los poderes públicos y un avance en el reconocimiento de la legitimación de las ONG

(34) La sentencia en inglés se encuentra disponible en <http://edigest.elaw.org/sites/default/files/urgenda.pdf> (Accedido el 12 de junio de 2016).

(35) Vid. N. KUGLER (2015).

(36) El texto de la Sentencia puede consultarse en la siguiente web: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechtshoven/Gerechtshof-Den-Haag/Nieuws/Paginas/State-must-achieve-higher-reduction-in-greenhouse-gas-emissions-in-short-term.aspx>.

en litigios ambientales en los que se plantea la afectación de los derechos fundamentales de la colectividad vulnerable, a la luz del art. 34 del CEDH.

A) La omisión de la *diligencia pública debida* como título de imputación de la responsabilidad del Estado

El Tribunal de Apelación del caso «*Urgenda*» fundamenta su decisión en la ilegalidad de la omisión del deber de actuación del Estado holandés, reconociendo que éste *no puede eludir su responsabilidad de tomar medidas de inmediato frente al cambio climático*. Lo que denomina la «postergación del Estado» supone que éste ha actuado ilegalmente, aun cumpliendo con los umbrales de emisión contemplados en la normativa aplicable, por suponer su insuficiente actividad un atentado del derecho a la vida, que comprende también el derecho a estar protegido frente a influencias ambientales dañinas.

Se considera que el Estado está actuando ilegalmente (debido al incumplimiento del deber de diligencia en relación con los derechos reconocidos en los arts. 2 y 8 del CEDH), al no llevar a cabo una reducción de las emisiones más ambiciosa de lo que establecen las normas, llegando a apreciar una «negligencia grave». Este entendimiento, que puede ser tenido como el nacimiento de una obligación del Estado de lucha contra el cambio climático, que trasciende el cumplimiento de las obligaciones internacionales, incluidas, como se verá, obligaciones positivas de la Administración necesarias y suficientes para proteger la vida de las personas, que emergen de los arts. 2 y 8 del CEDH, supone avanzar en la definición de los contornos de la diligencia pública debida.

En España todavía se carece de estudios que desarrollen en profundidad la idea de la diligencia debida de los poderes públicos, con el mismo alcance con el que se ha desarrollado como institución en el ámbito del derecho privado la *diligencia de un buen padre de familia* (37). Quizás, como se verá *infra*, la explicación se encuentre precisamente en el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las AAPP, a pesar de que la Jurisdicción contencioso-administrativa, con frecuencia y como es conocido, haga el esfuerzo en encontrar un actuar culpable para justificar la condena. Una omisión o un descuido en relación con la diligencia pública debida debe ser tenida por negligente, resultando la negligencia una forma pasiva de la imprudencia y

(37) Nótese que en Francia ha desaparecido la referencia al *buen padre de familia* en el Código civil, en Código rural y de la pesca marítima, en el Código de urbanismo, en el Código de la construcción y en el Código de consumo, a partir de la Ley de igualdad real entre las mujeres y los hombres (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes). Un estudio sobre el calado de esta reforma puede encontrarse en G. TOMÁS MARTÍNEZ (2015: 57-103).

comprendiendo el quebranto de las precauciones impuestas por la prudencia, cuya observación hubiera prevenido, aminorado o evitado el daño (38). Resulta difícil que el Derecho público pueda concretar más esta idea, que podría resultar sinónima de lo que conocemos como *test de razonabilidad*. Así, de conformidad con este entendimiento, serían los Tribunales los que deberán determinar, caso por caso, cuál es el nivel de diligencia exigible al poder público. Del mismo modo que en el ámbito privado, cuando en la norma no constan las obligaciones concretas por la propia naturaleza de la mismas, se lleva a cabo una remisión a la *diligencia exigible a un buen padre de familia*, la precaución jugaría como estándar o regla de conducta que una sociedad normal espera de una Administración razonable dado el estado de la ciencia en ámbitos de incertidumbre. De este modo, sin ser muy ambiciosos, y aportando un criterio de razonabilidad, sería posible imputar responsabilidad a las AAPP o incluso al legislador por omisión de este deber genérico de diligencia. Ahora bien, continuando con este discurso, debe apostillarse que si se responsabiliza a la Administración por omisión de medidas que deberían haberse acordado en aplicación del principio de precaución (39), correríamos el riesgo de vaciar de contenido el principio «quien contamina paga», pues precisamente quien contamina, que representa el sector frente al que no se han adoptado medidas de precaución, se habrá lucrado como consecuencia de una normativa permisiva y de una actuación administrativa no diligente y, habiendo contaminado, no pagaría, corriendo el coste de los daños a cargo de la colectividad, afectando negativamente al medio ambiente y, en consecuencia,

(38) En Francia, no en materia climática, pero si en un caso de contaminación atmosférica, se estima la responsabilidad del Estado por inacción frente a la polución. *Vid.* Resolución núm. 1802202 del Tribunal Administrativo de 25 de junio de Montreuil.

(39) Sobre la complejidad de la adopción de las decisiones basadas en el principio de precaución, a propósito del tratamiento de los riesgos, *Vid.*, CONDE ANTEQUERA (2015: 88). Advierte el autor que, «*Sin embargo, a veces es complejo para la Administración adoptar la decisión de autorizar o no una actividad, sobre todo en esos casos mencionados en que no es conocido el riesgo, aun siendo posible conocerlo según la tecnología disponible, o cuando existen posibilidades de adaptación de la actividad al mismo. Seguramente, el conocimiento previo del riesgo puede determinar, por aplicación del principio de precaución, que una actividad no se autorice, pero, si no se conocía, no será tenido en cuenta y, probablemente, se concederá la autorización. A esta situación añadiríamos la dificultad que en otras ocasiones conlleva para la Administración la presión de los interesados para obtener las autorizaciones administrativas para el desarrollo de una actividad en zona de riesgo alegando y justificando con informes técnicos la adopción de medidas de reducción de la vulnerabilidad de las instalaciones o edificaciones ante el peligro, o alegando razones técnicas (indeterminación del riesgo). En estos casos cobra especial importancia el principio de proporcionalidad, junto al de precaución, para resolver la tensión entre la asunción del riesgo al dar la licencia y el riesgo social que se asumiría en caso de no darla por los intereses económicos y sociales del desarrollo que conlleva la actividad (sociedad del riesgo)*».

a la salud de concretas poblaciones (40). En sede de cambio climático, este sector vendría representado por todo aquel responsable de las emisiones de gases de efecto invernadero, al que difícilmente podríamos responsabilizar en España si ha desarrollado su actividad de conformidad con el ordenamiento jurídico, al no resultar aplicable la LRMA a las emisiones de estos gases a la atmósfera, por estar expresamente excluidas.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, puede señalarse que el Tribunal holandés vence la problemática jurídica que plantea la dimensión espacial del cambio climático como daño ambiental histórico, y a pesar de reconocer que el cambio climático es un problema global y que el Estado no puede resolverlo por sí solo, no exime al mismo de su obligación de adoptar medidas en su territorio y dentro de sus capacidades. Como puede deducirse, la especial vulnerabilidad de la población holandesa frente al cambio climático es tenida en cuenta por el Tribunal holandés para modular el nivel de diligencia debida del Estado, por lo que estimamos que esta Sentencia constituye un importante hito en la protección de la vulnerabilidad frente a las agresiones ambientales.

En tercer lugar, también en estrecha relación con la obligación de diligencia pública debida como título de imputación de la responsabilidad pública, el Tribunal aplica directamente el principio de precaución contemplado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y que viene siendo aplicado por el TEDH (41). Las incertidumbres del cambio climático y otras incertidumbres como que la situación podría ser mucho peor de lo que se prevé actualmente, lleva a estimar que el Estado ha hecho muy poco para evitar los peligros derivados del cambio climático y está haciendo muy poco para ponerse al día, al menos en el corto plazo. De este modo, la sentencia resulta emblemática en la medida en que, en ámbitos de incerteza, en los que cabe aplicar el principio de precaución, esto es, en el terreno ambiental y de la salud, cuando el derecho comunitario y/o el nacional no proscriba su aplicación a las AAPP, por haber sido ya agotado por el legislador correspondiente, se ha responsabilizado a aquellas por omisión de medidas que deberían haberse acordado en su aplicación (42).

Vistos estos tres fundamentos jurídicos que sirven al Tribunal para argumentar la omisión de la diligencia pública debida, debe señalarse que el caso *Urgenda* viene siendo objeto de análisis recientes por parte de la doctrina

(40) Piénsese, por ejemplo, en los daños a la salud provocados por la exposición a pesticidas ahora prohibidos o a metales pesados procedentes de las balsas de residuos mineros abandonados, riesgos conocidos por la Administración, y frente a los cuales la Administración no opera como es de esperar.

(41) *Tătar/Rumanía*, 27 de enero de 2009, N° 67021/01 sección 120.

(42) B. SORO MATEO (2017: 87-151).

administrativista (43). Así, T. PAREJO NAVAJAS (2016:10) calificó la Sentencia Urgenda 1 de presuntuosa, por lo que se refiere a la determinación del deber de diligencia respecto de los efectos peligrosos del cambio climático (además de por expresar ella misma las consecuencias que la misma tendrá en otros países, pues es cierto que puede constituir un impulso al activismo judicial en este ámbito) (44). La autora advierte que sienta un importante precedente al romper el principio de separación de poderes, uno de los argumentos de defensa del Estado holandés no acogido después por los Tribunales holandeses, llamando también la atención sobre la superación de la jurisprudencia europea *Francovich* y *Bonifaci*, pues según la doctrina mantenida por el TJUE no puede atribuirse responsabilidad al Estado en estos casos en los que no existe incumplimiento normativo (45). A mi juicio, sin embargo, debe distinguirse la responsabilidad del Estado por incumplimiento de derecho comunitario, por no transposición, por defectuosa transposición o por contravención del derecho comunitario, cuando como consecuencia de ello causa daños a particulares, de la responsabilidad en que incurre el Estado frente a sus ciudadanos cuando, a pesar de no existir incumplimientos normativos concretos éstos no tienen el deber jurídico de soportar el daño imputable a la Administración, por ostentar ésta potestades que le permiten, a través del despliegue de la diligencia pública debida, evitar o al menos aminorar el daño. De este modo, a pesar de existir multitud de concausas del cambio climático como daño ambiental histórico, la falta de diligencia pública y no el incumplimiento debe servir de título de imputación en estos casos para responsabilizar a los poderes públicos.

Así, y atendiendo al diseño de la Responsabilidad patrimonial de las AAPP en el ordenamiento jurídico español, como se verá *infra*, es la antijuridicidad

(43) Vid. S. BORRÀS PENTINAT (2016), A. RUDA GONZÁLEZ,(2018). N. RODRÍGUEZ GARCÍA (2016) J. JARIA I MANZANO (2018).

Asimismo, de parte de la doctrina extranjera, vid. M. TORRE SCHAUB (2019c: 307-312); J.H. JANS, K. J. DE GRAAF (2015: 517-527); P. DE VILCHEZ MORAGUES (2016: 71-92). A. S. TABAU, Ch. COURNIL (2015: 672-693). R. NEHMELMAN, M. VETZO (2016: 509-522); CH. HILSON (2019 361-379). J. PEEL, M. HARI and A. OSOFSKY (2019: 275-307; O. QUIRICO (2018: 185-215).

(44) T. PAREJO NAVAJAS (2016: 10).

(45) Recuérdese que en la STJUE *Francovich*, de 19 de noviembre de 1991, confirmaba que los particulares tienen derecho a reclamar reparación de su Estado por los daños sufridos a causa de que su legislación nacional no hubiere transpuesto una directiva comunitaria en el plazo determinado para ello, siempre que se cumplieran tres requisitos. Que el resultado prescrito por la Directiva implicara derechos a favor de particulares. Que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Y, finalmente, que existiera una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al estado y el daño sufrido por las personas afectadas. El Estado, en este caso, «debía reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad».

del daño, y no la ilegalidad de la conducta omisiva de las Administraciones Públicas, la que debe fundamentar la estimación de la responsabilidad patrimonial. En dichos términos se diseñó la responsabilidad patrimonial de las AAPP y así lo recoge hoy el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público (LRJSP), según el cual *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.* Veremos, no obstante, las limitaciones que plantea este sistema al pretender aplicarse al daño ambiental puro y cuáles son las necesarias reformas que deben ser abordadas para dar cobertura al cambio climático como daño ambiental complejo, de naturaleza bifronte, al tratarse de un daño colectivo con manifestaciones que generan también daños individualizados en relación a personas o poblaciones concretas a la vez (46).

B) La obligación de prevención de vulneración de derechos fundamentales. Las obligaciones positivas de los Estados

Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Sentencia *Urgenda 2* estima la vulneración de derechos fundamentales protegidos por el CEDH, concretamente el art. 2 del CEDH (derecho a la vida), que incluye situaciones relacionadas con el medio ambiente que afectan o amenazan con afectar el derecho a la vida, y el derecho que protege el art. 8 (derecho a la vida privada, a la vida familiar, al hogar y a la correspondencia), que como es sabido también puede aplicarse según la doctrina del TEDH a situaciones relacionadas con el medio ambiente. Como es sabido, partir de la STEDH *López Ostra* de 9 de diciembre de 1994, cuya doctrina hoy hacen suya todos nuestros Tribunales internos, se puso fin a una demanda de amparo por vulneración del derecho a la salud y otros derechos derivada de un problema de contaminación atmosférica acaecida como consecuencia de las emanaciones de una EDAR en el municipio de Lorca (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). A partir de entonces, el derecho a un medio ambiente se convierte felizmente en un derecho tutelable desde la perspectiva de los derechos humanos a través de lo que L. MARTÍN RETORTILLO (2006:23) denominó «defensa cruzada de los

(46) La STEDH de 24 de enero de 2019, demandas nº 54414/13 y 54264/15, *Cordella y otros c. Italia señala* solo cuando el Estado justifique con elementos precisos y circunstanciales las situaciones en que ciertos individuos deben soportar grandes cargas en nombre de los intereses de la sociedad —deber jurídico de soportar el daño— entonces la Administración quedará eximida de responsabilidad.

derechos» (47). Con posterioridad, han sido interesantes los pronunciamientos del TC español que, haciendo suya esta doctrina *López Ostra*, reconocen la susceptibilidad de amparo constitucional frente a agresiones al medio ambiente, en el entendimiento de que toda contaminación va a ocasionar irremediablemente un daño a la salud que, eso sí, lamentablemente a veces el Tribunal en cuestión nos exige demostrar.

El reconocimiento del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona se encuentra formulado en España en el art. 45 de la CE. No obstante, formalmente, el texto de nuestra carta magna contempla un tratamiento separado del derecho a la salud y del derecho a un medio ambiente adecuado. Así, la salud, por su íntima conexión con la vida y la integridad fue elevada *ab initio* a rango de derecho fundamental y puede ser tutelada a través del recurso de amparo constitucional, mientras que el derecho a un medio ambiente adecuado aparece enunciado entre los principios rectores de la política social y económica, de modo que su efectivo alcance dependerá de su configuración por parte del legislador estatal y autonómico, los cuales comparten la tarea normativa en materia ambiental. En principio, pues, la tutela del derecho a un medio ambiente adecuado no llegaría al nivel de protección al que llega la salud, y no tendría acceso a la tutela constitucional, sino hasta la formulación de la referida doctrina *López Ostra* por el TEDH (48).

(47) Señala el autor que *«Por ejemplo, el Protocolo Adicional Uno, artículo primero, protege el derecho de propiedad. Pues bien, encontramos cómo, defendiéndose el derecho de propiedad, puede llegarse a una defensa de lo medioambiental. En otras ocasiones es a través del derecho a la justicia, que marca el artículo sexto. Es muy aparatoso, también, lo que ha sucedido con el artículo 8, sobre el derecho a la intimidad o el derecho al domicilio, que ha dado lugar casos muy espectaculares, a alguno de los cuales aludiré enseguida. Desde la defensa de la intimidad de los ciudadanos o de su domicilio, afloran sentencias que son un claro apoyo en defensa de opciones medioambientales. En ocasiones, será la libertad de expresión la que sirva de palanca para garantizar el medio ambiente. Otras veces, a través de la defensa del derecho de asociación: amparando el contenido del derecho de asociación, se protege el medio ambiente. O incluso, por dar una última muestra, no exhaustiva, al proteger la no discriminación o el derecho a la igualdad, nos encontraremos con que se hace una defensa clara de lo medioambiental. Arrancando de un aparente vacío, resulta muy espectacular constatar cómo la defensa de lo medioambiental va penetrando a través de la metodología de la defensa».*

(48) El desarrollo del Derecho de los riesgos está adelantando las respuestas del derecho en estos casos y cada vez menos se exige demostrar un daño efectivo a la salud para estimar la responsabilidad y, como consecuencia, el derecho a indemnización, erigiéndose así el derecho a un medio ambiente adecuado como verdadero derecho subjetivo susceptible de la tutela que merece. Recordemos que tanto la DRMA como la LRMA se refiere ahora a la mera probabilidad de daños. Si descendemos al ordenamiento jurídico infraconstitucional, también encontramos una tendencia por parte de las leyes a conectar los efectos que para la salud humana implican los daños al medio ambiente, prácticamente en todas las normas ambientales.

Sin hacer un análisis exhaustivo de todo el arsenal normativo ambiental, sí merece la pena aclarar que el derecho a la salud aparece invocado expresamente en todas ellas, al enunciar su ámbito objetivo de aplicación. Así, tanto las normas que disciplinan la protección de los

Esta tendencia seguida en relación con los daños a la salud derivados de la exposición al ruido y a la contaminación atmosférica provocada por fuentes estáticas, que están recibiendo respuesta desde hace más de dos décadas a través de la tutela de los derechos fundamentales (49), es superada por la Sentencia *Urgenda 2*. El Tribunal holandés va más allá, entendiendo que si un acto u omisión tiene un efecto adverso en el hogar y/o en la vida privada de un ciudadano y si ese efecto adverso ha alcanzado un cierto nivel mínimo de gravedad, el Gobierno ex arts. 2 y 8 del CEDH tiene obligaciones tanto positivas como negativas relacionadas con la protección de estos derechos, incluida la obligación positiva de tomar medidas concretas para prevenir una futura violación de estos intereses, lo que se traduce en lo que puede denominarse un «deber de cuidado», sin exigir la prueba de un daño efectivo en la salud de las personas ni incumplimiento normativo concreto. Este entendimiento constituye, como señalamos, un avance respecto a la Sentencia *López-Ostra* y concordantes, así como respecto de la doctrina constitucional española que acoge a su vez la doctrina *López-Ostra* (50), pues para responsabilizar al

elementos del medio ambiente (agua, atmósfera, suelo, flora y fauna ...) como las que disciplinan protección frente agresiones ambientales (ondas electromagnéticas, residuos, vertidos, emisiones, ruido, entre otros), se refieren expresamente a la salud como un importante bien jurídico protegido que se adjunta al ambiental. Así, por ejemplo, la Ley 37/2003, de protección frente al ruido, somete a intervención las actividades que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente. En relación con el agua, qué duda cabe de que la contaminación, la sobreexplotación y la desertificación provocan pérdida de hábitats y biodiversidad, hipotecan el desarrollo social y económico del futuro y amenazan la salud humana. La problemática social y jurídica que plantean los distintos tipos de vertidos, en especial, cuando en las aguas residuales se encuentran determinadas sustancias especialmente peligrosas o nocivas es uno de los retos que tiene pendiente la Administración Pública del agua. Así, podríamos referirnos, en el mismo sentido a la Ley 22/2011 de Residuos y suelos contaminados, a la Ley 42/2007, de Patrimonio natural y biodiversidad, entre otras, y podríamos constatar, igualmente, cómo uno de los más importantes bienes protegidos por estas normas ambientales va a ser la salud de las personas, sin lugar a dudas.

(49) Dando lugar a lo que B. LOZANO CUTANDA (2002: 175-205) denomina ecologización de los derechos fundamentales; Vid. O. BOUAZZA ARIÑO (2003: 167-202); F. LÓPEZ RAMÓN y J. ALENZA GARCÍA (2015: 141-168); y L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER (2006: 727-746 y 2008: 781-807); VELASCO CABALLERO (1995: 305-340); A. VERCHER NOGUERA (1993: 97-111); LOPERENA ROTA (2003: 2533-2545).

(50) Nos referimos a la STC núm. 119/2001 (*Caso Moreno Gómez*). La doctrina sobre esta cuestión ha sido abundante. Así, sin ánimo exhaustivo, destacan: MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER (2006: 727-746); VELASCO CABALLERO (1995: 305-340); B. LOZANO CUTANDA (2002: 175-205); LOPERENA ROTA (2003: 2533-2545); O. BOUAZZA ARIÑO (2003: 167-202); Más recientemente SIMÓN YARZA (2010: 87-110). Sobre la sentencia *Moreno Gómez c. España*, véase entre otros los siguientes estudios: E. ARANA GARCÍA (2005: 283-296); M. ALMODÓVAR IÑESTA (2005: 161-165); F. CACHO SÁNCHEZ (2005); J. A. MORENO MOLINA (2005). Sobre el ruido derivado de infraestructuras aeroportuarias, L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER (1994: 103-120) y M. RAZQUIN LIZARRAGA (2009: 45-61).

Estado, además de no resultar necesario el incumplimiento de los estándares establecidos en la normativa aplicable, tampoco se requiere una efectiva vulneración de los derechos fundamentales invocados. Se responsabiliza, pues, por la *omisión de los deberes de prevención del daño a derechos fundamentales* y se obliga al Estado a adoptar medidas de prevención de dicho daño, lo cual, como se verá, supera también óbices importantes que plantea el ordenamiento jurídico español, que no admite sentencias de condena de hacer a las Administraciones públicas responsabilizadas por omisión de deberes genéricos, y que no siempre adelanta la barrera punitiva de la responsabilidad al riesgo de daños en sede de responsabilidad ambiental (51).

Por lo que se refiere a las obligaciones positivas del Estado, también el TEDH, y ello puede servir de inspiración para una eventual demanda climática en España, apelando al principio de efectividad, ha sostenido que incluso por respeto a las previsiones que no crean expresamente una obligación positiva, puede existir a veces la obligación de actuar en una determinada forma (52). La importante STEDH de 24 de enero de 2019, demandas n° 54414/13 y 54264/15, *Cordella y otros c. Italia*, posterior a la Sentencia Urgenda 2,

(51) En puridad, la relevancia del cumplimiento del derecho interno ya había sido superada ya antes de *Urgenda II* por el propio TEDH, que sólo en una primera etapa entendió que, demostrándose cumplido el derecho interno, no había violación de los derechos humanos. Porque, ¿es que la vulneración de los derechos fundamentales debe tomar como parámetro el cumplimiento del derecho interno? Desde luego que el cumplimiento del derecho interno no es garantía de indemnidad. Así, el TEDH en su STEDH de 2 de octubre del 2001, caso *Hatton y otros c. Reino Unido* entendió que había vulneración en un supuesto de contaminación acústica, en concreto los ruidos derivados de las aeronaves que operan en el aeropuerto de Heathrow, al considerar que la política permisiva mantenida por las Autoridades competentes suponía una injerencia ilegítima del artículo 8 del Convenio, esto es, del derecho de los ciudadanos que viven en las inmediaciones del aeropuerto al pleno disfrute de su vida privada y familiar, así como el de su domicilio. No obstante, se observó un retroceso con posterioridad, cuando la Sentencia del TEDH de la Gran Sala, de 8 de julio de 2003 (*Hatton y otros contra Reino Unido*, conocida como *Hatton II*), estimó el recurso del Gobierno británico frente a la Sentencia *Hatton I* dictada por el TEDH el 2 de octubre de 2001, precisamente por la inexistencia de incumplimiento de norma alguna de Derecho interno por parte del Gobierno británico al autorizar los citados vuelos nocturnos del aeropuerto londinense de Heathrow.

(52) Se puede dar cuenta de otros *leading case* que, como la Sentencia *López-Ostra*, inciden en la doctrina de las obligaciones positivas del Estado, como las STEDH *Guerra y otros c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, *Hatton y otros c. R. Unido*, de 2 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003, *Kyrratos c. Grecia*, de 22 de agosto de 2003, *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004, *Ockan y otros c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2006, de 19 de febrero, *Caso Guerra*, y de 20 de mayo de 2010, caso *Oluic c. Croacia*, entre ros. En el Asunto Cuenca Zarzoso V. España (*Demanda n° 23383/12*) el TEDH destaca la insuficiencia de las medidas preventivas adoptadas por el Ayuntamiento sobre la base del principio de efectividad, que conlleva la obligación no solo de que se prevean medidas en el ordenamiento jurídico interno para resolver los problemas de contaminación, sino que sean debidamente aplicadas de manera oportuna y eficaz.

abunda sobre en esta cuestión relativa a las obligaciones positivas de los Estados, señalando que el art. 8 del CEDH no solo obliga al Estado a abstenerse de injerencias arbitrarias. Este compromiso más bien negativo puede complementarse con las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. En cualquier caso, el tema debe abordarse desde la perspectiva de la obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos del individuo. Así, particularmente en el caso de una actividad peligrosa como la que trata la Sentencia *Cordella*, el Estado debe establecer regulaciones que se adapten a la naturaleza específica de la actividad, no bastando con que estén contempladas en las normas, sino debiendo ser aplicadas de manera oportuna y eficaz, de modo que la pasividad o la permisibilidad de los poderes públicos pueden dar lugar a la vulneración del convenio. En consecuencia, a pesar de que el Estado Italiano cuenta con normas y ha propuesto actuaciones para reducir el impacto ambiental de la planta en la población, su puesta en marcha está paralizada o los plazos de ejecución son muy lentos, lo que da lugar a que se prolongue la situación de contaminación ambiental poniendo en peligro la salud de los demandantes, con la consiguiente violación del art. 8 del Convenio, al no garantizarse una protección efectiva del derecho a su vida privada. Puede decirse que la pasividad de los Estados en la adopción de medidas de evitación y prevención de daños derivados del cambio climático puede afectar, además de al derecho a la vida privada, a otros derechos humanos como el derecho a la vida y al goce pacífico de los bienes. De este modo, la Sentencia *Cordella* parece dar carta de naturaleza a estos pronunciamientos positivos de condena, también en supuestos de daños y de riesgo de daños derivados del cambio climático cuando se vean afectados derechos fundamentales como los reconocidos en los arts. 2 y 8 del CEDH.

C) Avances en sede de legitimación. El alcance del art. 34 del CEDH

La Sentencia *Urgenda 2* también aborda una interesante interpretación del alcance del art. 34 del CEDH en sede de legitimación. Recordemos que el art. 34 del CEDH establece que el TEDH «*podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*».

El Estado holandés, en su defensa, sostuvo que del art. 34 del CEDH se derivaba que una ONG, como *Urgenda*, no podía invocar directamente los arts. 2 y 8 del CEDH, porque las personas jurídicas no pueden ser víctimas de atentados a la integridad física y por entender que el art. 34 del CEDH

sólo se refiere al acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y no a los Tribunales nacionales.

En cambio, considera el Tribunal de apelación que las acciones de interés público, como la que se ejercita por la ONG Urgenda y por alrededor de 900 ciudadanos, no caben solo ante el TEDH. Esto significa que el art. 34 del CEDH no puede servir de base para negar la posibilidad de basarse en los arts. 2 y 8 del CEDH en un procedimiento por responsabilidad frente al Estado en el ámbito jurisdiccional interno, cuando se ejerce una acción por una ONG. Téngase en cuenta, en relación con ello, que el TEDH ha admitido la legitimación de una ONG (asunto *Gorraiz Lizarraga vs. España*) para defender los derechos reconocidos en el CEDH en relación con daños directos y específicos (53).

Ha sido numerosa ya la doctrina del TEDH sobre el alcance del concepto de víctima a efectos del art. 34 del CEDH (54). En este sentido, y para después concluir sobre la posibilidad de articular una demanda climática en España, vuelve a resultar muy interesante el análisis de la reciente Sentencia del TEDH *Cordella y otros c. Italia* de 24 de enero de 2019 (demandas n° 54414/13 y 54264/15). El TEDH deja claro que ex art. 34 CEDH, el individuo, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos fundamentales frente a un Estado parte debe demostrar que ha sido afectado directamente por la situación alegada y tiene que existir un vínculo suficientemente estrecho entre el demandante y el perjuicio sufrido. No caben, en consecuencia, las reclamaciones en defensa de intereses públicos o generales, sin identificar a las víctimas directas o indirectas, pues la Convención claramente prohíbe la *actio popularis*. Ello no obsta, sin embargo, a que se admitan reclamaciones colectivas, como la que resuelve la STEDH *Cordella y otros c. Italia*, a partir de la prueba de la relación de causalidad entre la actividad dañosa y la situación sanitaria en la provincia italiana que afecta al bienestar de los demandantes.

(53) STEDH de 27 de abril de 2004 (Asunto *Gorraiz Lizarraga y otros c. España*).

(54) Como advirtió MARTÍN RETORTILLO, «A veces, un mismo problema afecta a un grupo de residentes en un barrio o vecinos de una ciudad. Hay suficientes ejemplos en que varía enormemente el número de personas que concurren. Por citar una muestra paradigmática, aludiré al caso *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, que a mí me gusta denominar «las cuarenta de Manfredonia», pues en este destacado asunto de sensibilidad medioambiental habían firmado la demanda cuarenta mujeres, todas de un pueblo de Italia, imagino que vinculadas a los hombres que trabajaban en unas instalaciones industriales de cierta peligrosidad y poco respetuosas con el medio ambiente (p. 268) ... Significativa muestra de la primera tendencia la ofrece el caso *Vides Aizardzibas Club c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004: una asociación medioambiental publica en la prensa un enérgico artículo denunciando que el sistema de dunas de Riga está siendo objeto de ataques por parte de urbanizaciones desaprensivas e ilegales ... En este contexto será la asociación quien recurra al Tribunal Europeo, que le dará la razón, condenando a Letonia (p. 270). L. MARTÍN RETORTILLO (2008: 253-284.

III. DEBILIDADES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS PARA AFRONTAR LOS RETOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. Necesidad de un nuevo enfoque de la responsabilidad climática a la luz de la vulnerabilidad ambiental: la diligente función pública ambiental como actividad administrativa debida

Hace quince años sostenía que la responsabilidad patrimonial ambiental de las AAPP *podía brindarse como vía de reducción de procesos penales de Responsabilidad ambiental y supondría una medida disuasoria que motivaría una actuación administrativa más rigurosa con los condicionamientos ambientales* y, añadimos ahora, más diligente y rigurosa con la vulnerabilidad frente a los atentados ambientales, incluidos los efectos del cambio climático. Señalaba además que «*en este entendimiento, en la dimensión funcional del medio ambiente, en la tarea de protección, guarda y custodia, tendría cabida la acción de Responsabilidad frente a los Poderes Públicos*» (55). Pues bien, estas reflexiones se encuentran ahora en la línea de las obligaciones de diligencia pública a que apelan algunas resoluciones como la comentada Urgenda 2 o alguna demanda climática como la francesa referenciada *supra*, planteada por *Fundation pour Nature et homme, Greenpeace France, Notre Affaire a tous* y *Oxfam france*, y pendiente aún de resolución.

En efecto, la especial vulnerabilidad de la población holandesa frente al cambio climático es tenida en cuenta por el Tribunal holandés para modular el nivel de diligencia debida del Estado, por lo que estimamos que esta Sentencia *Urgenda 2* constituye un importante hito en la protección de la vulnerabilidad frente a las agresiones ambientales (56). La clave de la responsabilidad climática a nivel interno se encuentra en avanzar en la definición de los contornos de un concepto que, como señalábamos, no ha recibido la atención que se merece, al menos en el ámbito ambiental, esto es, el concepto de diligencia pública debida (57). A este respecto conviene distinguir el deber de cuidado genérico o *duty of care*, que se corresponde con un deber público de actuar para reducir el riesgo en ausencia de norma que concrete las actuaciones debidas y cuya omisión supone un incumplimiento o conducta antijurídica por contraria a derecho, porque no existe el deber jurídico de soportar dichos daños, del estándar de diligencia o *stand of care*, sobrepasado el cual se estima sobrepasado el nivel de diligencia debida, por lo que la conducta activa u omisiva es tenida por culpable. El derecho alemán acoge una nítida

(55) B. SORO MATEO (2005).

(56) B. SORO MATEO (2017: 87-151).

(57) Sobre el deber de cuidado ambiental, *vid.* J. ALENZA GARCÍA (2019: 33).

distinción entre estos dos conceptos que, sin embargo, en derecho español no ha existido la necesidad de diferenciar, habida cuenta de la objetividad de la responsabilidad de las AAPP, que nos sitúa en el ámbito del *duty of care* cuando hablamos de responsabilidad pública.

Así las cosas, y a falta de una concreción legal de estos extremos en nuestro ordenamiento, son los Tribunales los que deberán determinar, caso por caso, cuál es el deber público de actuar o el nivel de diligencia exigible al poder público, porque fuera de los contornos de este espacio existirá entonces el deber jurídico de soportar el daño, lo que viene a formar parte de lo que comúnmente viene a identificarse con riesgos asumidos. Del mismo modo que en el ámbito privado, cuando en la norma no constan las obligaciones concretas por la propia naturaleza de la mismas, se lleva a cabo una remisión a la *diligencia exigible a un buen padre de familia*, la precaución en el ámbito de la responsabilidad pública jugaría como estándar o regla de conducta que una sociedad normal espera de una Administración razonable dado el estado de la ciencia. Ese sería el nivel del deber genérico de cuidado exigible a una AP responsable (58).

Asimismo, en estos casos debe tenerse en cuenta la responsabilidad compartida entre el causante y el omisor que, a sabiendas, permite el daño. Debe distinguirse, en consecuencia, cual es la aportación porcentual al daño de cada uno de los «actores» y «omisores» para poder determinar la porción de esa responsabilidad compartida, pública y privada, que se encuentra en el origen del daño y del riesgo climático. Esta relación trilateral que se entabla entre los causantes de la contaminación y las Administraciones Públicas como garantes no diligentes y los titulares del derecho a un medio ambiente exige afrontar el asunto apreciando una corresponsabilidad por los daños y riesgos derivados del cambio climático. La jurisprudencia desde hace tiempo comenzó a batirse con estos complejos envites, destacando la SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de enero de 1999, que a propósito de un asunto de contaminación de las aguas, considera que la *omisión del deber de vigilancia debida* constituye un título de imputación suficiente para estimar la existencia de Responsabilidad patrimonial de la Administración (59). Pero entiende, asi-

(58) Sobre la compatibilidad de una cláusula general de diligencia debida y los concretos estándares de diligencia como instrumentos complementarios y necesarios, *vid.* J. PONCE SOLÉ (2019: 129-130). Abunda el autor también sobre la concreción del estándar como labor del juez, que considera, podría facilitarse reformando el art. 29 de la LJCA, añadiendo como pretensión poner fin no sólo la omisión del comportamiento debido sino también su realización defectuosa, que vulnera el estándar de debida diligencia y deber de cuidado.

(59) En el mismo sentido la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de abril de 2003 condena a la Administración a indemnizar a un particular para restablecer su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, vulnerado como consecuencia de la pasividad de ésta al no adoptar las medidas oportunas tras la denuncia correspondiente (f.j. 7).

mismo, que cuando el daño producido por el tercero es imprevisible, a pesar del deber genérico de las Administraciones Públicas en relación con el art. 45 CE (60) y aunque tampoco exista el deber jurídico de soportarlo por parte de los perjudicados, la Administración no es cabalmente responsable al no ocupar la posición de garante que permite imputar Responsabilidad patrimonial por omisión. En este caso, el derecho a resarcimiento del perjudicado se corresponde con el deber del tercero de indemnizar los daños conforme al régimen de Responsabilidad extracontractual de Derecho Privado. Mas cuando nos enfrentamos al cambio climático, no cabe duda de que la Administración pasa a ocupar una posición de garante que permite responsabilizarla por omisión, tal y como trataremos de fundamentar seguidamente.

2. La necesaria revisión de la teoría de la responsabilidad patrimonial de las AAPP por omisión

El cambio climático a nivel global es un daño cierto, un riesgo seguro, que exige por parte de los Estados la adopción de medidas de evitación, mitigación y adaptación, pudiendo constatarse una relación causa-efecto entre la omisión del deber de cuidado y el cambio climático, prorrateando la participación de cada uno de los Estados que han contribuido a la generación del cambio climático de origen antrópico.

Descendiendo al terreno local e interno, como es sabido, en un primer momento, la idea de la Responsabilidad de la Administración sólo se concibió por acción y nunca por inactividad, concepción que evolucionó hasta el reconocimiento de la Responsabilidad patrimonial por omisión. Se hacía necesario arbitrar un mecanismo para que cuando la Administración producía un daño, si éste era consecuencia de una obligación de actuar omitida, se indemnizaran los perjuicios irrogados (61).

(60) Según A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2002: 22), el art. 45.2 CE *impone a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales ... se refiere a lo que se ha denominado como una función de los poderes públicos ... impone a los poderes públicos la utilización de todos los poderes y competencias que tienen atribuidas por el ordenamiento jurídico para alcanzar los indicados objetivos de protección ambiental ... es lógico deducir que la suma de poderes y competencias, con los medios personales y materiales adecuados, da lugar a un servicio público, al menos en sentido subjetivo, servicio que puede ser considerado como de protección ambiental ...* Según el autor, la CE impone el servicio y la legislación autonómica y local lo contempla y regula.

(61) La LJCA de 1956 se referirá sólo y exclusivamente al control de los actos de la Administración, pero no a las omisiones (art. 1). La Jurisdicción Contencioso-administrativa se concebía como una jurisdicción revisora de actos producidos en la vía administrativa. No obstante, la interpretación jurisprudencial formalista de este carácter fue progresivamente abandonada. Señaladamente, la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31 de marzo de 1997 aborda la cuestión del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,

No obstante, hasta los años noventa no fue uniforme la jurisprudencia del TS sobre la Responsabilidad de las Administraciones Públicas derivada de daños producidos por terceros como consecuencia de la omisión de vigilancia de actividades cuyo desarrollo entraña un riesgo. En ocasiones se responsabiliza a la Administración por los daños causados por un tercero cuando a ésta incumben potestades y obligaciones de vigilancia y control (62); aunque cierta jurisprudencia no lleva hasta sus últimas consecuencias la objetivación de la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y las exoneraba de responder cuando el deber de vigilancia se consideraba cumplido, esto es, la actividad administrativa era calificable como normal o, como señalábamos *supra*, se entendía cumplida la diligencia pública debida (63).

Pues bien, esta última tendencia jurisprudencial resulta, a nuestro juicio y a día de hoy, más que discutible, en la medida en que nos parece redundante calificar los deberes de vigilancia que corresponden a la Administración en determinadas materias como debidos, porque está claro que cuando la Administración omite un deber, en este caso de vigilancia, el mismo siempre resulta «debido». En el sentido apuntado, negador de la consideración como nexo causal o título de imputación suficiente de la omisión de ciertos deberes de vigilancia, se encontró la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de marzo de 1993, en la que se advirtió que, en relación con la contaminación de los cauces públicos, las abstractas facultades de policía y vigilancia de estos no constituían un nexo causal o un título suficiente para imputar la

disponiendo que *la naturaleza revisora de esta jurisdicción exige, como presupuesto procesal la existencia de un acto expreso, o de una presunción o ficción de acto, emanado o relacionado con el ejercicio de potestades administrativas de cualquier ente que merezca la calificación de Administración Pública o pertenezca a alguna de las mencionadas en el apartado 2 del art. 1 de su ley rectora. Vid. asimismo la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de mayo de 1997. Finalmente, a nivel normativo, la LJCA de 1998 extiende el objeto del proceso contencioso a la inactividad material y a la vía de hecho, incorporando la última y constante interpretación que se le dio al art. 1 de la LJCA de 1956. Vid. A. JIMÉNEZ BLANCO (1986: 127). Vid., asimismo, A. NIETO (1962:75) y L. GOMIS CATALÁ (1998: 137).*

(62) SsTS de 28 de junio de 1983, de 15 de junio de 1988 y de 27 de septiembre de 1991, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Aragón, de 30 de enero de 2001, STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de octubre de 2001, entre otras. En concreto, en la primera sentencia referenciada, esto es la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de junio de 1983, el Alto Tribunal entiende que un Ayuntamiento, como titular del servicio es el responsable de los daños producidos por una inundación por obstrucción de un colector, independientemente de que el daño se produjera como consecuencia de una modificación ilegal en el colector realizada por el concesionario excediéndose en los límites en los que le fue concedida la licencia, de los daños causados pues venía obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento normal y eficaz del mismo de impedir que el concesionario realizara, al amparo de la licencia, obras no autorizadas.

(63) SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de febrero de 1987 y de 17 de marzo de 1993.

Responsabilidad patrimonial a la Administración. No obstante, la jurisprudencia también ha entendido que la omisión del deber de vigilancia no puede apreciarse cuando se trata de la inspección de actividades que por su propia naturaleza son dinámicas, como es el caso de los vertidos puntuales, pero sí cuando el deber de cuidado se refiere a elementos estáticos como depuradoras, chimeneas, medidas de insonorización e inexistencia de EIA, entre otras (64).

Frente a estas posiciones jurisprudenciales que deben ser superadas, se ha de advertir, en primer término, que por lo general las normas no detallan casuísticamente las obligaciones concretas de cuyo cumplimiento ha de velar la Administración a través de su actividad inspectora, dificultándose, en consecuencia, la localización del elemento de imputación que la jurisprudencia referida exige para apreciar la existencia de Responsabilidad patrimonial por omisión. No obstante, es cierto que precisamente en materia ambiental es fácil encontrar «*regulae artis*», como normas técnicas y estándares que servirán para señalar la diligencia normal exigible en las tareas de vigilancia y control incluso de los elementos dinámicos. Ahora bien, a nuestro juicio, el incumplimiento de estas obligaciones tasadas constituye una manifestación de un funcionamiento anormal y no una licencia de exoneración de Responsabilidad patrimonial. Esta opinión nuestra, ya mantenida antes, vino avalada por los Tribunales Superiores de Justicia de algunas CC. AA. que suscitaron un profundo debate ya resuelto sobre la Responsabilidad patrimonial por omisión, precisamente en sede ambiental y en concreto en materia de ruido (65).

En el supuesto en que un particular sufriera un daño como consecuencia de la actividad de un tercero que incumple la normativa vigente, la jurisprudencia civil ha reconducido la reparación de dichos daños a través de la institución de las relaciones de vecindad ex art. 1908 CC (66). Ahora bien, cuando se parte del cumplimiento de la normativa por parte del tercero y, aun así, se

(64) Sobre esta distinción, *vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de enero de 1997, f. j. 3º.

(65) SsTSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Andalucía, de 29 de mayo y de 29 de octubre de 2001, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Valencia, de 9 de julio de 2000, STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Murcia de 29 de octubre de 2001 y STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 de abril de 2003. *Vid.* A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2002:12) y R. MARTÍN MATEO, R (2002).

(66) *Vid.* STS (Sala de lo Civil) de 3 de septiembre de 1999 y SAP (Sala de lo Civil) de Burgos de 29 de noviembre. Señala la Audiencia Provincial que

[...] Si bien no se trata tanto de determinar si los ruidos procedentes de la actividad desarrollada en el local de la parte demandada son administrativamente correctos, o están dentro de los límites fijados por la normativa administrativa, sino si son civilmente excesivos o molestos para los vecinos del bar, en este caso para el actor, que viven justo encima del Bar Muñoz, aun cuando hay que partir, salvo prueba en contrario [...], que toda inmisión dañosa que supere el límite reglamentariamente permitido por la ordenanza municipal es molesta civilmente [...] (f. j. 6º).

producen daños, el perjudicado encuentra en la práctica dos posibles opciones que han recibido a día de hoy respaldo jurisprudencial. Por un lado, puede dirigirse en vía civil contra el tercero causante directo del daño ex art. 1908 CC como en el supuesto anterior. En efecto, la Jurisdicción civil, como sabemos, ha entendido que el elemento culpabilístico propio de la Responsabilidad aquiliana no resulta desvirtuado por el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias, cuando éstas se revelan insuficientes para evitar aquellas perturbaciones (67). Esta dirección jurisprudencial no entra en considerar la eventual Responsabilidad concurrente que podría ser imputable a la instancia normadora, bien Administración o bien el legislador.

Ahora bien, la insuficiencia de la normativa, como señalamos, puede servir como título de imputación de Responsabilidad a la Administración y así lo ha apuntado la STSJ (Sala de lo Contencioso-administrativo) de Sevilla de 29 de octubre de 2001, que finalmente condena a la Administración por omisión de sus deberes de vigilancia. Esta sentencia resuelve un litigio en el que se solicita una indemnización por las lesiones sufridas como consecuencia de la omisión por parte de la Administración municipal de los medios necesarios para impedir las molestias y ruidos que, de manera constante, sufría la actora; esto es, se trata de un recurso contra la inactividad de la Administración. Pues bien, dicha sentencia reconoce que de los efectos de la «movida nocturna» son responsables la Sociedad —por tratarse de un fenómeno social—, la Administración municipal, la del Estado y la de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, siendo esto así, puntualiza el Tribunal, lo que se está enjuiciando no es la conducta de los padres, educadores o de la sociedad, sino que se trata de la revisión de la inactividad de la Administración municipal demandada por los vecinos afectados en una zona concreta de la movida (68). Considera, además, que *no basta con regular mediante las oportunas ordenanzas los límites de emisión de ruidos o la prohibición de bebida de alcohol en la calle, sino que se pueden adoptar medidas adecuadas para evitar el ruido ... como es una dotación policial adecuada que exija, en todo momento el cumplimiento de cuantas normas y ordenanzas estén vigentes, en sus estrictos términos* (69). En consecuencia, se estima el recurso por entenderse que a la Administración le incumbe en su función de policía, el control del cumplimiento de las normas, habiendo quedado demostrada cierta inactividad que perjudica a los vecinos

Se parte pues de que los umbrales de ruido se establecen en función del daño que ocasiona el factor contaminante, en este caso la contaminación acústica, cosa que no necesariamente es así en todos los casos, habida cuenta de que puede resultar molesto un ruido permitido, y, no sólo molesto sino negativo para la salud física y mental.

(67) SAP (Sala de lo Civil) de Burgos, de 29 de noviembre de 2001 (f. j. 6°).

(68) Vid. f.j. 5°.

(69) Vid. f.j. 6°.

de la zona —relación de causalidad suficiente, a juicio de la Sala—. Advierte el Tribunal que estas molestias que los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar se pueden paliar si la Administración, en el ámbito de su competencia, no hace dejación de sus funciones y adopta cuantas medidas sean necesarias para exigir el cumplimiento del ordenamiento jurídico, haciendo posible que el ejercicio de un derecho por parte de unos no impida o menoscabe el disfrute de los derechos de otros.

En suma, el nudo gordiano de la Responsabilidad patrimonial de la Administración, por lo que a este estudio interesa en el terreno del cambio climático, se encuentra en la identificación del límite a partir del cual es exigible a la Administración el deber de diligencia genérico. Porque, ¿se trata de un deber ilimitado? Y, más aún, ¿existe este deber sólo respecto del cumplimiento del derecho o excede las fronteras normativas, como parece entender la jurisprudencia civil al apreciar la existencia de Responsabilidad ex art. 1908 CC derivada de daños originados por terceros con cumplimiento estricto de la normativa administrativa? Si contestamos afirmativamente a esta última cuestión tendremos que convenir afirmando la existencia de la Responsabilidad patrimonial independientemente del cumplimiento normativo por parte de las actividades generadoras del daño.

J. CONDE ANTEQUERA (2015: 67-100) destaca, en este sentido, toda la normativa producida con ocasión del cambio climático, incluida la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, en la que se establecía la obligación de prever, prevenir o reducir y mitigar los efectos adversos del cambio climático. El autor parte de la premisa de que no cabe escudarse en la incertidumbre científica para posponer medidas preventivas en los casos de amenaza de daño grave y, en consecuencia, se han de tomar medidas adecuadas, resultando, el deber de prevención un fundamento para la imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de incumplimiento (70). En esta línea, debiera ser revisada la responsabilidad patrimonial por omisión.

(70) Considera el autor que «Como consecuencia de este deber de actuación, el riesgo natural generado por el cambio climático ha de tenerse en cuenta en la elaboración de mapas de riesgos naturales. En este sentido, en el caso de los riesgos de inundaciones, por ejemplo, la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuya transposición se realizó por R.D. 903/2010, de 9 de julio, establece que los Estados miembros tendrán que tener elaborada una evaluación del riesgo potencial de inundación y, por lo tanto, se ha de adaptar la ordenación del territorio y “la planificación de los usos del suelo a los riesgos de crecidas torrenciales, ajustando las normas de construcción existentes para que las infraestructuras de largo plazo sean resistentes a futuros riesgos climáticos”. Y, por lo tanto, no podrá la Administración escudarse en el concepto de fuerza mayor o en la falta de conocimientos».

3. El mantenimiento de la exclusión de los riesgos imprevisibles e inevitables según el estado de la ciencia o de la técnica. Reformulación de la fuerza mayor y del deber jurídico de soportar los daños a la luz de los avances científicos y de la previsibilidad y/o evitabilidad de los daños derivados del cambio climático

Debe recordarse que, a partir de 1999, por otra vía distinta a la imputación, como es el caso de la ruptura del nexo causal por fuerza mayor, se eximió a la Administración de responder en casos que, a nuestro parecer, suponen la concurrencia de lo que tradicionalmente habíamos tenido por caso fortuito, enmascarando, en ocasiones, cierto grado de negligencia o cuanto menos de mal funcionamiento o defectos por acción u omisión de la actividad administrativa. Nos referimos a la conocida reforma del art. 141 de la ya derogada LRJAP y PAC operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que se mantiene en idénticos términos en la regulación del sistema de responsabilidad patrimonial vigente contenido en la LRJSP. En efecto, el art. 32.1 de este último texto legal establece hoy que *Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.* Y continúa el art. 34.1 disponiendo que *Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.*

Pero, ¿qué es entonces funcionamiento normal? nos preguntábamos hace unos años en respuesta a la modificación del art. 141 de la LRJAP y PAC. La normativa vigente no siempre determina los parámetros objetivos que aclararían, en su caso, cuando se está ante esta modalidad de funcionamiento, lo acabamos de ver. Y parece que los únicos supuestos que pueden calificarse de funcionamiento normal van a poder ser excepcionados en virtud de dicho precepto, que introduce una cláusula que atemperó la extensión del generoso sistema anterior, excluyendo los daños que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica del momento, engordando el elenco de supuestos en los que existe, para los particulares, el deber jurídico de soportar el daño. De este modo, en puridad, los acontecimientos imprevisibles

y a la vez inevitables constituyen fuerza mayor (71). E incluso cuando falta uno de estos elementos, pues el precepto utiliza la disyuntiva, nos encontraríamos en un supuesto, no de fuerza mayor sino de no indemnizabilidad de los daños. A renglón seguido, la ausencia de uno de estos elementos, la previsibilidad o evitabilidad, debe apreciarse según el estado de la ciencia o de la técnica del momento de producción del daño (72). Si bien pudo ser comprensible esta exclusión, que sigo manteniendo que supone el establecimiento del deber jurídico de soportar daños derivados del caso fortuito, tal y como este ha sido entendido, debemos reflexionar sobre si los daños derivados de la inacción administrativa en materia de cambio climático, o si se quiere, de la falta de diligencia en sede climática, queremos o no que reciban respuesta de manos de la responsabilidad por inacción administrativa o por el contrario, estimamos que se trata de daños que tenemos el deber jurídico de soportar (73).

Puede decirse que el cambio climático y los daños que vienen aparejados al mismo, por ejemplo, derivados de inundaciones, son previsibles, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica del momento. Además, son evitables si la acción de los Estados y de las Administraciones Públicas en la evitación y en la adaptación fuera enérgica o al menos suficiente. Ello debe ser puesto en conexión con la diligencia pública debida a la que nos referíamos *supra*. Si este es el parámetro que utilizamos para determinar la barrera entre un

(71) Para los supuestos de fuerza mayor derivada de fenómenos naturales que provocan daños catastróficos, pues no todos los daños derivados de fuerza mayor se consideran catastróficos a estos efectos, la vigente Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, cuyo art. 2.6 define catástrofe. Como «Una situación o acontecimiento que altera o interrumpe sustancialmente el funcionamiento de una comunidad o sociedad por ocasionar gran cantidad de víctimas, daños e impactos materiales, cuya atención supera los medios disponibles de la propia comunidad» Véase JORDANO FRAGA (2000b) y CONDE ANTEQUERA (2015: 67-100).

(72) La introducción de esta limitación de la generosa configuración de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas de la que fue acreedora la LRJAP y PAC, antes de su reforma, se debió, como es por todos conocidos, a la proliferación de reclamaciones que en materia sanitaria fueron planteadas a la Administración como consecuencia de contagios de SIDA cuando no se conocían las vías de transmisión de dicha enfermedad.

(73) J. CONDE ANTEQUERA (2015: 77) advierte sobre este extremo que *«En virtud de tal precepto, que nos lleva a la máxima «cuanto más sabemos, más responsables somos», no ha de resultar extraño que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños sufridos a consecuencia de fenómenos naturales, lo normal sea que la Administración fundamente las resoluciones de inexistencia de responsabilidad de este tipo en la ruptura del nexo causal por concurrencia de fuerza mayor, debido al carácter «extraordinario» de dichos fenómenos naturales que originan los daños a los particulares (la inundación extraordinaria, el desplazamiento de terreno, etc.) y la imposibilidad de preverlos o prevenirlos por falta de conocimiento técnico. De este modo, a través del artículo 141 parece admitirse un deber jurídico de soportar los daños por parte de los perjudicados en los casos en que la técnica no hubiera permitido preverlos, excluyéndose así el requisito de la antijuridicidad del daño ...».*

actuar responsable e irresponsable, aun manteniendo la exclusión del caso fortuito, podríamos responsabilizar a las Administraciones Públicas respecto de muchos daños climáticos o derivados del cambio climático. Como entiende J. CONDE ANTEQUERA (2015: 75) *«en este caso nos encontramos ante peligros naturales conocidos y zonas de riesgo delimitadas cartográficamente, por lo que, como decimos, los daños derivados de dichos fenómenos naturales, que pueden ser individualizados, podrían haber sido previstos, eliminados o reducidos. Entendemos que estos daños podrían dar lugar, en su caso, a la responsabilidad que abordamos»*. El cambio climático, como riesgo natural o como causa de generación o agravación de riesgos naturales y de sus efectos desde la perspectiva de la responsabilidad de la Administración Pública, según el autor, es *ya un hecho técnicamente aceptado y sus consecuencias, generalmente fenómenos naturales generadores de riesgo (por ejemplo, la subida del nivel del mar en las zonas costeras), son ya previsibles o, al menos, en cierto modo previsibles, desde un punto de vista científico* (74).

Los últimos meses estamos viendo cómo las Administraciones Públicas se esfuerzan en reconducir a la fuerza mayor o a esta socorrida causa de exclusión de responsabilidad los acontecimientos dañosos derivados de inundaciones, incendios, tempestades, sequías y demás fenómenos cuya frecuencia acrecienta y acrecentará el cambio climático (75). Así, podríamos convenir que cuando se trata de incumplimientos administrativos, por ejemplo, la autorización para construir en terrenos conocidos como inundables, podría apreciarse un funcionamiento anormal (76). J. CONDE ANTEQUERA (2015: 68) dijo muy claro que el papel del Derecho es limitado desde el punto de vista de la responsabilidad, cuando la naturaleza, por sí misma y sin intervención de la actividad humana, causa daños a las personas o a los bienes. Sin embargo, cuando la actividad de la Administración interviene o puede intervenir en la generación, evitación o prevención de los daños derivados de esos fenómenos

(74) CONDE ANTEQUERA (2015: 96-97).

(75) La jurisprudencia es vacilante en el reconocimiento de fuerza mayor en supuestos sustancialmente iguales. Así, exige para distinguirla del caso fortuito, que se trate de una fuerza extraña al ámbito de actuación del agente, pero en el caso de los riesgos naturales, la inclusión o exclusión de hechos en el concepto de fuerza mayor es una cuestión técnica. Así, el avance de la técnica y del conocimiento puede hacer que estas notas desaparezcan, dejando de ser apreciable entonces la fuerza mayor.

(76) Sobre la responsabilidad patrimonial derivada de la autorización de urbanizaciones en zonas inundables, *vid.* A. EMBID IRUJO (2018: 123). Advierte el autor cómo la inclusión de un terreno como inundable en la Cartografía de zonas inundables no exime, *per se*, a la Administración de responder en todo caso, pues el deficiente estado de conservación de los cauces, inadecuada gestión de los desembalses, el estado de los embalses entre otros motivos, puede suponer la antijuridicidad del daño (SsAN de 8 de julio de 2014, 15 de marzo de 2016, 22 de enero de 2018, entre otras).

naturales, de un modo u otro, entonces si es posible valorar la existencia de responsabilidades (77).

A modo conclusivo, respecto de los desastres ambientales imprevisibles asumidos por la colectividad y por los Poderes Públicos, por resultar imposible su evitación dado el estado de la ciencia y de la técnica, se han de formular las siguientes consideraciones. Las actividades encuadrables en la categoría de causas de daños ambientales pueden, a su vez, clasificarse del modo siguiente. En un primer grupo incluiríamos aquéllas actividades que por su naturaleza implican un riesgo que, aun adoptando las más estrictas medidas de seguridad, no desaparece, como lo son aquéllas que indefectiblemente generan emisiones. En estos casos, sólo la sustitución de la actividad generadora de emisiones o la drástica transición energética podría evitar el daño. Se trata, en definitiva, de eventos dañosos cuyos efectos nocivos para las personas y para el entorno se encuentran, si no libremente asumidos, porque cada vez son más las voces que se levantan a favor de la descarbonización, sí permitidos por el ordenamiento jurídico. En este caso la reparación podría proceder de un sistema socializador de los daños (no de los riesgos) que habrían de imputarse, no al que contamina —en aplicación del principio ambiental comunitario «el que contamina paga»— sino a toda la colectividad. Tampoco los daños producidos por acontecimientos previsibles, pero inevitables a través de medidas correctoras, por muy avanzada que la técnica llegara a ser en un lugar y en una época concreta —como las inundaciones que suelen producirse como consecuencia de lluvias torrenciales harto frecuentes en épocas y zonas concretas del levante español—, encajan, a nuestro juicio, como supuestos de fuerza mayor» (78).

Reiteramos que en estos supuestos falta la imprevisibilidad, nota de inexcusable presencia para apreciar la concurrencia de fuerza mayor. Alguna jurisprudencia acogió esta postura, al entender que las lluvias torrenciales, que ahora se van generalizando de sur a norte, eran propias del sureste, y que un mismo acontecimiento, en función de la previsibilidad según la geografía, podría ser tenido o no por fuerza mayor, responsabilizando a las AAPP del sur de los daños derivados de inundaciones.

(77) Entiende el autor que *En los casos de daños originados por peligros naturales, el Derecho tiene poco que decir si no es para el establecimiento, organización y gestión de las ayudas y compensaciones basadas en la solidaridad, principalmente, cuando los daños son catastróficos.*

(78) Como entiende J. CONDE ANTEQUERA (2015: p. 94), refiriéndose a los supuestos de inundaciones reiteradas, «*como consecuencia de esta nota de la imprevisibilidad, entendemos que no cabe hablar de concurrencia de fuerza mayor cuando se reiteran los fenómenos naturales, ya que no puede predicarse entonces tal imprevisibilidad, a pesar de que encontramos algunos casos en los que el tribunal ha mantenido la exclusión de responsabilidad por fuerza mayor aunque con anterioridad se habían repetido los hechos causantes de daños en la misma zona de riesgo.*»

4. La limitada legitimación para responsabilizar ambientalmente a la Administración

A) La legitimación para poner en marcha el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y el sistema de «responsabilidad ambiental». El necesario reforzamiento del papel del Ministerio Fiscal en procesos sobre responsabilidad patrimonial ambiental

Uno de los problemas que se plantean en la defensa del medio ambiente ha sido desde antaño la legitimación para accionar frente a los daños por su carácter colectivo. Así, cuando pueden imputarse a las acciones u omisiones de las AAPP, los daños en la esfera particular previsibles y evitables derivados del cambio climático, la legitimación estará clara. Pero cuando se trata de imputar responsabilidad climática en abstracto, también respecto del deterioro de los bienes ambientales y de los servicios que estos prestan, que forman parte del bienestar humano, entonces nos encontramos con los clásicos problemas de legitimación en la defensa de intereses colectivos, por mucho que afecten a la esfera individual de los humanos.

El daño indemnizable, según el art. 32 de la LRJSP, ha de ser *individualizado o individualizable en relación a una persona o grupo de personas*. Se trata del requisito de la responsabilidad patrimonial más difícil de adecuar al daño ambiental y de cuyo alcance e interpretación dependerá en gran medida la legitimación para poner en marcha el sistema. Cuando el titular del bien dañado es un particular, en principio, resultará sencillo demostrar la individualización del daño, tradicionalmente ligada al título del dominio, que se computaría como un daño no personal. Ahora bien, cuando el bien es de dominio público o cuando el bien de titularidad privada se erige como elemento integrante del ambiente, será difícil, por no decir imposible, reconducir la individualización del daño ambiental a una persona concreta indirectamente dañada por el detrimento del entorno (79). Así, en los casos en que el daño afecte a un grupo de personas —piénsese en los vecinos del municipio asolado como consecuencia de la pasividad de los poderes públicos en orden a la adopción de medidas de adaptación al cambio climático— se ha propuesto en aras de la individualización del daño la aplicación de la teoría general de las obligaciones y en concreto del artículo 1138 del Código Civil, según el cual el crédito o la deuda se presumirá dividido

(79) Como es sabido, ciertos elementos del ambiente son susceptibles de propiedad privada y, como tales, facilitarán la individualización del daño y por ende la determinación de la persona o personas con derecho a ser indemnizadas por la Administración, cuando ésta resulte responsable de su deterioro. No obstante, se ha de tener en cuenta que, aun tratándose los elementos dañados o perjuicios sobre bienes de propiedad privada, puede también resultar compleja la determinación del daño sufrido por cada individuo cuando se trata de varios afectados

en tantas partes iguales como acreedores. Ahora bien, la gran mayoría de los bienes ambientales quedan fuera del tráfico jurídico por su carácter demanial y, además, son precisamente éstos los elementos naturales más sensibles al deterioro (80). El carácter colectivo del daño ambiental complica, pues, el esquema tradicional de determinación del sujeto o sujetos pasivos de éste, y la institución resarcitoria, tal y como está configurada, sólo será útil cuando el medio ambiente dañado sea propiedad de una persona o afecte a su integridad física (81); pero los daños ecológicos puros deberán recibir una solución de la mano de uno de los instrumentos siguientes: el reconocimiento de la acción popular en este ámbito, el reconocimiento de la legitimación de las asociaciones en defensa de la naturaleza o de las Administraciones Públicas (82).

En primer lugar, en relación con este tipo de daños colectivos, como es de sobra conocido, no se encuentra reconocida expresamente la acción popular en asuntos ambientales, a pesar de que la doctrina, señaladamente JORDANO FRAGA (2000a: 351), desde hace más de veinte años ha sostenido que la posición jurídica de la persona con respecto al medio ambiente es un derecho subjetivo y que la acción popular es un mínimo constitucional *ex arts. 24 y 45 CE* (83). En el marco del art. 105 de la CE, la LJCA reconoce la acción popular en su art. 19.1 h) a cualquier ciudadano, en los casos previstos expresamente en las leyes, lo cual obliga a acudir a la normativa sectorial ambiental y caso por caso, para descubrir dicho reconocimiento. Si bien en sede urbanística o en el ámbito de la protección del patrimonio cultural se encuentra plenamente reconocida la acción popular, en materia ambiental, el enfoque multisectorial

(80) Se trata del deterioro de ciertos bienes y derechos que corresponden a una *serie de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos deriva de razones de hecho contingentes* GONZÁLEZ PÉREZ (2000: 182).

(81) Resulta obligada, sobre este extremo, la referencia a la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de abril de 1989, que reconoce la legitimación de un vecino en virtud de los arts. 24, 45 y 106.2 CE en relación a las molestias y riesgos derivados del vertido de aguas fecales. Esta resolución fue duramente criticada por J. M. BAÑO LEÓN (1996: 617), que considera que se podía haber llegado a la misma solución, sin necesidad de invocar el art. 45 CE, en virtud de la legitimación que regula la normativa jurisdiccional.

(82) El Derecho comparado nos ofrece sistemas donde se encuentran legitimados para reclamar los daños al medio ambiente el Estado y demás entes territoriales —Ley italiana de 18 de julio de 1986 (art. 18)—, y sistemas donde concurre la legitimación pública y la colectiva —EE.UU., Brasil, Holanda y Francia—. Tampoco el ordenamiento jurídico español cuenta con el reconocimiento de las *citizen suits* o acciones ciudadanas que pueden dirigirse frente a las Administraciones Públicas que no han ejercido potestades regladas, muy idóneas frente a daños ambientales que traen casusa en la inactividad administrativa ante vulneraciones de derecho ambiental, esto es, que suponen un incumplimiento de una obligación concreta. Por ello, esta vía sólo serviría para reclamar los daños en la propiedad privada o en la integridad personal y no para defender intereses colectivos.

(83) *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, 1985, pp. 413-499

de la regulación de los elementos del medio ambiente, de los factores contaminantes y de los instrumentos de protección nos obliga a indagar, caso por caso, el reconocimiento de la acción popular en cada uno de los ámbitos. Lo cierto es que al carecer de una Ley sobre cambio climático deberíamos buscar el reconocimiento de la acción popular en cada una de las normas sectoriales en función del tipo de daño o en las Leyes de EIA y responsabilidad ambiental.

Por lo que se refiere a la legitimación de las ONG, encontramos algún pronunciamiento jurisprudencial que puede ser encuadrado en lo que denominamos *defensa pública del medio ambiente*. En primer término, la jurisprudencia viene admitiendo cierta ampliación de la legitimación activa para solicitar la restauración del entorno deteriorado. Así lo muestran las STS (Sala de lo Penal) de 1 de abril de 1993, que admite la legitimación del Fondo Asturiano para la Protección del Medio Ambiente —persona jurídica— para instar la Responsabilidad civil dimanante de delitos que atenten contra los valores ambientales (84).

Por otra parte, en cuanto a la legitimación de las Administraciones Públicas, además de los problemas de individualización del daño, el art. 32 de la LRJSP se refiere a «los particulares» sin mayor precisión. Procede en esta sede que nos cuestionemos si el término «particulares» que utiliza el legislador en el art. 32 (antiguo art. 139 de la LRJPAC) puede englobar también a las propias Administraciones Públicas titulares de los bienes de dominio público y patrimoniales integrantes del ambiente o si, por el contrario, sólo los particulares se encuentran legitimados para iniciar el procedimiento de Responsabilidad patrimonial. Sobre la cuestión planteada la jurisprudencia ha sido vacilante. En un primer momento, conforme a una interpretación exclusivamente literal del entonces art. 139 LRUPAC, se entendió que el derecho a indemnización correspondía sólo a los particulares «administrados», tanto personas físicas como personas jurídicas. Pero, posteriormente, la doctrina del TS ha entendido comprendidos no sólo a los particulares, sino también a las Administraciones públicas, a la luz del art. 9.3 CE (85). En esta línea, esto es, en el sentido reconecedor de la indiferencia de la naturaleza pública o privada de la persona que tenga derecho a la indemnización, y por tanto *sufridora* de la lesión indemnizable, se encuentra, entre otras la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de febrero de 1994 que reconoció

(84) El autor advierte cómo ciertas personas jurídicas como asociaciones de damnificados se encuentran legitimadas para reclamar Responsabilidad patrimonial a la Administración vía art. 139 de la LRJAP y PAC.

(85) *Vid.*, entre otras, las SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de febrero de 1994 y de 2 de julio de 1998, que incluye a las Administraciones Públicas como posibles *particulares* a efectos de la reclamación de Responsabilidad patrimonial, con la finalidad de evitar que las personas jurídicas públicas o privadas hayan de soportar un daño antijurídico producido por el funcionamiento de los servicios públicos.

la legitimación activa a un Ayuntamiento para la reclamación de perjuicios causados por otra Administración pública (86). Del mismo modo evolucionó la doctrina del Consejo de Estado, que también viene entendiendo comprendidas a las Administraciones públicas en el concepto de perjudicados a que se refiere el sistema de responsabilidad patrimonial (87). Y, a mayor abundamiento de esta interpretación dada por jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ciertos autores han abordado esta problemática derivada de la dicción literal del derogado art. 139 LRJPAC, aduciendo argumentos a favor del reconocimiento de la legitimación de las Administraciones públicas, en vía administrativa y en vía Contencioso-administrativa, para entablar la acción de Responsabilidad patrimonial (88). Todo lo anterior, sin obviar que el Estado cuenta con legitimación para accionar en defensa del medio ambiente cuando éste constituye dominio público, a través de la instrucción del correspondiente procedimiento sancionador. Se trata de una acción que puede ser ejercitada frente a particulares, pero también frente a la Administración cuando ésta es la causante del daño ambiental (89).

(86) Dispuso el Alto Tribunal que [...] *si bien es cierto que existe una tradición normativa muy consolidada que utiliza la expresión de «los particulares» como sujeto pasivo receptor de los daños (el art. 14 de la Ley de Policía de Ferrocarriles; arts. 121 de la LEF y 133 del REF; arts. 40 de la LRJAE y 106.2 de la Constitución), también lo es que en criterios de buena hermenéutica jurídica no es posible hacer una exégesis restrictiva del referido término, debiendo incluir en el mismo, no sólo a los sujetos privados, sino también a os sujetos públicos, cuando estos se consideren lesionados por la actividad de otra Administración Pública, lo que nos ha de llevar a una exégesis amplia del mismo, pudiendo comprenderse dentro de aquel las Corporaciones Locales, como ya señaló la sentencia del TS de 8 de febrero de 1964 (Arz. 1652) [...] (f.j. 5ª). El Tribunal argumenta que, al actuar la Corporación como simple persona jurídica en defensa de sus intereses patrimoniales —por tratarse de un bien explotable en régimen privado—, es válida su legitimación activa para accionar frente a la Administración estatal. Vid. considerando primero de la Sentencia.*

(87) Vid. Dictámenes del Consejo de Estado, de 7 de febrero de 1991 y 1418/1994, de 10 de diciembre y STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 8 de junio de 2000.

(88) De este modo, las dificultades derivadas del requisito de la individualización del daño en relación a la Administración, pueden ser vencidas, a juicio de REQUERO IBÁÑEZ, con una interpretación amplia del art. 31 de la LRJAP y PAC y 19.1.b de la LJCA. También por la posibilidad de iniciación de oficio del procedimiento administrativo de Responsabilidad patrimonial (art. 142.1 de la LJCA). En tercer lugar, porque la pretensión puede consistir en la reparación y no en la indemnización (1995: 171). Por su parte, J. GONZÁLEZ PÉREZ (2000: 153) entiende que tendrá el derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que hubiera sufrido la lesión que reúna los requisitos que la Ley establece.

(89) Así, además de esa Responsabilidad administrativa típica, por otra parte, prevista en la mayoría de normas ambientales, la Ley también establece que, con independencia de las sanciones procedentes, podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios al dominio público. Esta obligación, como ha entendido la jurisprudencia, puede ser impuesta

Si hasta aquí hemos dado cuenta del régimen general de la legitimación para entablar una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a las AAPP, en el plano normativo encontramos normas que abordan tímidamente la cuestión que tratamos específicamente en el terreno ambiental. Así, desde 2006 se reconoce la acción popular para recurrir actos y omisiones imputables a autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la normativa ambiental y para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos que esta Ley reconoce en materia de información y de participación pública (arts. 3.3. a y b de la Ley 27/2006) (90). Aunque después, el art. 22 de la misma norma establece que *Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1, podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23* a través de los procedimientos regulados por la LRJSP y por la LJCA (91). Pues bien, además de la falsa ilusión del reconocimiento de una acción popular en asuntos ambientales (92), no es posible poner en marcha el sistema de responsabilidad patrimonial diseñado por la LRJSP por parte de una ONG, dada la dicción literal del art. 32 de la LRJSP, aunque es cierto que la jurisprudencia en algún momento ha condenado

sin necesidad de que se aprecie la existencia de infracción. La STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de febrero de 2001 señala que [...] *tal carácter indemnizatorio y no sancionador se desprende de todo lo actuado en el expediente ... no se trata pues de la facultad sancionadora de las infracciones que establece el art. 109 de la Ley de Aguas, sino de la facultad reparadora o indemnizadora de los daños y perjuicios ocasionados, que es consecuencia de la culpa o negligencia del particular que queda obligado a reparar el daño o perjuicio conforme al art. 1902 del CC y por tanto la Confederación Hidrográfica del Júcar en el caso presente, no actuó como órgano administrativo sancionador sino como órgano de vigilancia y control del dominio público hidráulico, exigiendo la reparación de daño causado (f.j. 3^ª)*.

(90) El art. 3 de la Ley 27/2006 sobre derecho de acceso a la información, participación y acceso a la Justicia en materia de medio ambiente establece que *Para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, todos podrán 3) En relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa: ... b) Ejercer la acción popular para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental en los términos previstos en esta Ley*.

(91) *Se exceptúan los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas enumeradas en el artículo 2.4.2*

(92) Vid. Art. 20 de la Ley 26/2007, que establece que *El público que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley en materia de información y participación pública podrá interponer los recursos administrativos regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás normativa aplicable y, en su caso, el recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

a la Administración a indemnizar a una ONG. Puede decirse, pues, que la Ley 27/2006 no generaliza la acción popular y legitima sólo a asociaciones frente a actos y omisiones de autoridades públicas que vulneren normas relacionadas con el medio ambiente previstas en el art. 18, en el que, por cierto, a pesar de la amplia interpretación de este precepto, que no recoge una lista cerrada, no está enumerado el cambio climático como tal.

Por otra parte, ya hemos advertido cómo la LRMA no resulta aplicable para responsabilizar a la Administración, aunque sí resulta una vía útil para instar a la Administración a adoptar medidas de prevención, evitación y reparación de los efectos del cambio climático como daño ambiental. La LRMA contempla un procedimiento de responsabilidad ambiental que se inicia de oficio, pero puede ser impulsado por los que ésta entiende por interesados. Tendrán la condición de interesados a los efectos de lo previsto en esta Ley *toda persona física o jurídica en la que concurra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. a) Cualquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular. 2.º Que se hubieran 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. 3.º Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.* También estarán legitimados *b) Los titulares de los terrenos en los que deban realizarse medidas de prevención, de evitación o de reparación de daños medioambientales y c) Aquellos otros que establezca la legislación de las comunidades autónomas.* Esto es, interesados, ONG y propietarios pueden instar el procedimiento de responsabilidad ambiental ante la Administración y frente a los operadores causantes del daño ambiental para requerirles la adopción de medidas de evitación y en su caso reparación. Si a resultados de dicho procedimiento el asunto accediera a la Jurisdicción contencioso-administrativa, el Ministerio Fiscal estará legitimado para intervenir en un eventual proceso que traiga causa en la aplicación o inaplicación de la LRMA por inactividad formal (93).

(93) Así, según la Disposición adicional octava de la LRMA, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1.f) de la LJCA, el Ministerio Fiscal *estará legitimado en cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación de esta ley.* A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la autoridad competente pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todos los supuestos de responsabilidad medioambiental derivados de esta ley. Las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para que sus autoridades y el personal a su servicio presten al Ministerio Fiscal el auxilio técnico, material o de cualquier otra naturaleza que éste pueda requerir para el ejercicio de sus funciones en los procesos

A nuestro modo de ver, los procesos de responsabilidad patrimonial ambiental debieran ser uno de los procesos en los que la Ley contemplara la legitimación del Ministerio Fiscal, como sucede en el ámbito de aplicación de la LRMA, pues ello redundaría en las garantías que merece la defensa del ambiente y, como veremos, la defensa de los derechos de las generaciones futuras. Así, además de la propia naturaleza colectiva de los bienes ambientales como fundamento del reconocimiento de la legitimación del Ministerio Fiscal, otro argumento a su favor se encuentra en la naturaleza de los derechos de las futuras generaciones. Debe recordarse, en relación con la idoneidad del emplazamiento del Ministerio Fiscal como parte en los procedimientos en que se sustancien acciones de reparación por deterioro ambiental que ésta fue contemplada hace veinte años por el abandonado Anteproyecto de Ley de Responsabilidad derivada de actividades con incidencia ambiental de 1999 (art. 5.4). Cuando estudiábamos dicho texto, nos interrogábamos sobre si dicho emplazamiento quería también ir dirigido a los supuestos en que, conforme al art. 2 del proyectado texto, fuera una Administración Pública la presunta responsable, esto es, a los casos para los cuales se efectuaba una remisión al régimen de Responsabilidad patrimonial regulado entonces en los arts. 139 y ss. de la LRJAP y PAC (94).

B) La defensa de los derechos de las generaciones futuras

Debe destacarse que una de las líneas de avance más novedosas del Derecho Ambiental (95) es el progresivo reconocimiento de los derechos de las generaciones venideras, que incorpora esa dimensión temporal al derecho de todos proclamado por el art. 45 CE. Además de la formulación constitucional implícita de los derechos de las futuras generaciones en la Constitución española de 1978, el ordenamiento jurídico español contempla ya frecuentes referencias normativas expresas a estas «generaciones venideras» en normas de diverso rango. Si bien en un primer momento dichas referencias podían encontrarse exclusivamente en la fundamentación de las normas, esto es, en preámbulos y exposiciones de motivos (96), en el momento actual puede cons-

contencioso-administrativos a los que se refiere el apartado anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

(94) El Anteproyecto diseñaba un sistema de Responsabilidad civil especial, no aplicable cuando las responsables resultaban ser las Administraciones Públicas, en el entendimiento de que éstas ya contaban con una disciplina sobre Responsabilidad propia. Ahora bien, al tratarse —el art. 5.4 del Anteproyecto— de una norma procesal, no quedaba claro si sólo iba dirigida a incidir en los procesos civiles de Responsabilidad o también en los Contencioso-administrativos.

(95) B. SORO MATEO (2014: 49-76).

(96) Así, la Ley 22/1988, de Costas.

tatarse que dichas alusiones progresivamente se están incorporando a la parte dispositiva de la generalidad de normas de carácter tuitivo no necesariamente ambientales (97). Por ofrecer algunos ejemplos de esta tendencia, puede resaltar-se dicha referencia en la definición de desarrollo urbanístico sostenible (98), en la formulación del concepto de depósito legal (99) y en la descripción de los motivos de la protección del patrimonio cultural (100). En efecto, la normativa sobre urbanismo, depósito legal y patrimonio cultural, además de la ambiental, hacen referencia expresa a las generaciones futuras para justificar la teleología de las medidas de protección que se establecen en relación con los bienes jurídicos protegidos, en el caso del medio ambiente y del patrimonio cultural, o bien para justificar la función social de algunos derechos de carácter privado, como sucede en relación con el derecho de propiedad y la propiedad intelectual. Otras normas más transversales también hacen suya como patrón de crecimiento sostenible la protección de los derechos de las generaciones futuras. Así, la Ley 2/2011 cuyo objetivo fundamental se concreta en introducir en el ordenamiento jurídico español las reformas estructurales necesarias para crear condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible, define el mismo como aquel que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades (art. 2).

La comprensión de los derechos de las generaciones futuras en el derecho positivo español, como botón de muestra de esta tendencia en los ordenamien-

(97) Por citar las más recientes, *vid.* Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (art. 2) y 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal (art. 2).

(98) El art. 3.1 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto que aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña define desarrollo urbanístico sostenible como «*la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales con el fin de garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras*».

(99) El art. 2.1. de la Ley 22/2011, de Depósito Legal establece como objetivos del mismo *Recopilar, almacenar y conservar, en los centros de conservación de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, las publicaciones que constituyen el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital español, con objeto de preservarlo y legarlo a las generaciones futuras, velar por su difusión y permitir el acceso al mismo para garantizar el derecho de acceso a la cultura, a la información y a la investigación.*

(100) *Vid.* Ley 16/1985 y toda la normativa autonómica que desplaza parte de sus preceptos, en base a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas para la protección de patrimonio cultural.

tos jurídicos de nuestro entorno, obliga a plantearnos cuestiones que pasamos a enunciar a continuación (101). Por un lado, debe reivindicarse la ampliación del espectro de actuación del Ministerio Fiscal, o pensarse en acoger la figura del defensor de los derechos de las generaciones venideras.

En Francia se está estudiando desde hace años la justicia intergeneracional y en concreto el acceso de los jóvenes a la jurisdicción administrativa. Se duda de cuál será la respuesta del Consejo de Estado francés respecto a la necesaria concurrencia de un interés directo, cuando los recurrentes invoquen los derechos de las generaciones futuras (102). Sin duda esta temática hace emerger nuevas problemáticas para el derecho público que deben ser abordadas desde la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Además de la ampliación del espectro de acción del Ministerio Fiscal o de la instauración de la figura del Defensor de los derechos del Menor que debería estar legitimado para actuar en el proceso civil, penal y contencioso, los obstáculos que plantea la defensa de los intereses de las generaciones futuras con respecto al requisito del interés actual, directo, personal y cierto, se podrían vencer también a través de la institución de la representación de los padres.

(101) En primer término, debemos interrogarnos sobre la naturaleza jurídica de estos derechos. La discusión sobre la naturaleza jurídica de los derechos de las futuras generaciones, desde esta óptica del Bioderecho y en este ámbito, debe ir encaminada a identificarlos, en su caso, como derechos sociales o derechos de la humanidad no nacida, frente a las frecuentes consideraciones individualistas y subjetivas que incorporan derechos individuales y subjetivos al estatuto jurídico del embrión. ¿Existen los derechos sociales de la humanidad no nacida? ¿Se trata más bien de derechos morales que fundamentan obligaciones de hacer o no hacer de las generaciones presentes? Debe explorarse si más bien se trata de derechos morales que sirven de fundamento ético de las obligaciones de solidaridad del ser humano para con el no nacido, lo cual exige a los legisladores la incorporación de una ética ecológica y cultural en las normas y a los científicos la inclusión, en sus códigos deontológicos, de una suerte de objeción de conciencia científica cuando se comprometan los derechos de las generaciones venideras. En segundo lugar, debemos preguntarnos si añade algo en el panorama jurídico el reconocimiento de los derechos de las generaciones futuras cuando los derechos reconocidos coinciden o concurren con los derechos de las generaciones actuales. ¿Cómo arbitrar mecanismos concurrentes a los ya existentes para la simultánea defensa de los derechos de las actuales y futuras generaciones? ¿Cómo formular los límites de los derechos de las actuales generaciones? Finalmente, debemos interrogarnos sobre cómo articular la defensa de estos derechos de las futuras generaciones. Posiblemente, el desarrollo e institucionalización de un Defensor de la justicia intergeneracional, como sostiene el *Informe Social watch 2012 «El derecho a un futuro»*, elaborado por ROBERTO BISIO, puede suponer un importante avance en la efectividad de estos derechos. En fin, en quinto y último lugar, debe abordarse el problema que supone, como consecuencia de todo lo anterior, la eventual responsabilidad derivada de la privación de derechos antes de la propia existencia.

(102) M. CANEDO PARIS (2012: 193-210).

C) Ampliaciones de la legitimación a partir del concepto de vulnerabilidad

En primer lugar, teniendo en cuenta algunas consideraciones éticas, debemos reforzar la existencia del derecho a un ambiente sano como corolario de los derechos humanos, abriéndose paso últimamente los debates acerca de la existencia del derecho a un clima estable o a un clima sostenible que garantice la supervivencia de la especie humana (103). Abordar el cambio climático desde la perspectiva de la ética y el Bioderecho quiere decir no sólo adoptar un nuevo punto de vista (104), sino explorar la cuestión en su trasfondo ético, por las repercusiones que el mismo generará seguro sobre las generaciones futuras, como hemos visto, con infracción del principio de justicia intergeneracional según el cual las generaciones presentes deben entregar un ambiente sano y saludable a las futuras (105). Hablar del cambio climático como un problema ético nos permitirá vincularlo a los derechos humanos, reforzándose de este modo el alcance del derecho consagrado por el art. 45 CE (106) que debe pertenecer a cada individuo por el solo hecho de existir, como el derecho a la vida, el derecho a la salud o a la integridad personal. Esta perspectiva, ya reivindicada por el célebre oceanógrafo COSTEAU, supone ampliar el espectro

(103) Así lo sostiene la demanda del caso *Julianna vs. Estados Unidos* presentada ante un Tribunal de Oregón, que enarbolaba el derecho a la vida, la libertad y la propiedad planteada frente al Gobierno de EE. UU..

(104) Como ya advirtió S. BORRÁS PENTINAT (2012: 103), la sociedad civil ha impulsado la creación de Tribunales éticos con el fin de determinar las causas del cambio climático y de juzgar los Estados y empresas principales responsables de ello y de sus efectos sobre los derechos humanos, de los pueblos y de la naturaleza. Advierte la autora que estos tribunales se proponen como un espacio donde los movimientos sociales y los pueblos promueven la justicia climática llamando la atención de quienes están decidiendo en las actuales negociaciones para lograr, no sólo mayor firmeza en el cumplimiento de los compromisos, sino también nuevos mecanismos vinculantes que refuercen el régimen sobre el cambio climático, y que permitan una verdadera justicia climática. En los últimos años, existen algunos ejemplos de este tipo de tribunales que nacen con la vocación de denuncia, y que constituyen distintas experiencias de Tribunales de Opinión como el Tribunal Nacional de Crímenes del Latifundio (Brasil, 1986); el Tribunal Internacional del Agua (1983-1992); el Tribunal Nacional del Agua celebrado en Florianópolis (Brasil, 1993); Tribunal por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Mujeres (Perú, 2004); el Tribunal por la Soberanía Alimentaria (Quito, 2004), y el Tribunal sobre Cambio Climático (Colombia, 2007).

(105) Los dos principios emanan de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992. Vid. United Nations Rio Declaration on Environment and Development (1992) <http://www.un.org/documents/ga/conf/151/aconf15126-1annex1.htm>. Y La Carta de la Tierra <http://earthcharter.org/invent/images/uploads/Text%20in%20Spanish.pdf>.

(106) En el ámbito europeo y en relación a los países desde que se escribe, España e Italia, parece relevante citar las sentencias del caso *López Ostra c. España* (1994) o del caso *Guerra y otros c. Italia* (1998). De la misma forma se remite para una profundización del tema a AGUILERA VÁQUEZ (2014: 67-94).

interpretativo del art. 45 de la CE y refuerza la necesidad del reconocimiento de la acción popular para la defensa del derecho a un medio ambiente adecuado. Y hemos visto que la acción popular no queda garantizada en el ordenamiento español, y que tampoco es garantizada por la CEDH, al venir exigiendo el alto tribunal la necesidad de un perjuicio en el ámbito personal o familiar. También sabemos que esta exigencia queda relativizada, según la más reciente jurisprudencia que admite accionar a municipios de alto riesgo ambiental, de los que España cuenta con algunos ejemplos, en los que por los efectos del cambio climático sus vecinos están siendo afectados en su vida privada familiar y salud.

Este riesgo ambiental de los pueblos, como consecuencia de su situación geográfica, entronca con una nueva perspectiva de análisis que en la última década ha ido ganando importancia, basada en el concepto de vulnerabilidad, que traslada el foco de atención hacia las personas, los grupos o los elementos o realidades expuestas a cambios ambientales (trabajadores agrícolas, pescadores artesanales, reservas naturales, colegios, lactantes, niños, personas sin recursos, discapacitados, etc.) (107). A diferencia del planteamiento tradicional, que centra su atención en el daño ambiental, el análisis de vulnerabilidad considera las diferentes presiones a las que puede verse sometida la persona, el grupo o el elemento, por sus propias características y contexto en el que se desenvuelven, y en ese marco se propone, por un lado, determinar el riesgo de sufrir resultados desfavorables y, por otro, identificar aquellos factores que pueden reducir la capacidad de respuesta y adaptación a los cambios, precisamente como consecuencia de la vulnerabilidad para actuar o intervenir sobre ellos. Sin ser este el lugar apropiado para el análisis del concepto de vulnerabilidad manejado por otras disciplinas, como la política, la bioética y la filosofía en general, ni siquiera para conceptualizar la vulnerabilidad desde la óptica jurídica con carácter general a partir de su distinción respecto de conceptos afines como fragilidad, dependencia, incapacidad, entre otros, pues ello excedería la naturaleza del presente estudio, a partir del *excursus* seguido en el presente trabajo sí que estamos en condiciones de afirmar que la vulnerabilidad de las personas incrementa la probabilidad y gravedad de los daños a la salud derivados de los daños al medio ambiente y condiciona el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona. Las causas que conducen al incremento de la vulnerabilidad pueden no resultar siempre evidentes o notorias. No siempre están identificadas y con frecuencia pasan desapercibidas para el Derecho. En ocasiones, las causas que las provocan responden a la propia condición humana o al lugar en que se desarrolla, muy

(107) M. C. BARRANCO AVILÉS, C. CHURRUCA MUGURUZA (2005: 84-110); P. TRINIDAD NÚÑEZ (2012: 125-168).

condicionado por las coordenadas espaciales y por los niveles de calidad ambiental del entorno. Por ello para considerar las situaciones de vulnerabilidad, hay que tener en cuenta la proximidad a focos de contaminación, la edad (la juventud, los niños, los ancianos, las mujeres en edad fértil, los lactantes) y otras condiciones que inciden en la especial exposición al daño para identificar qué situaciones conforman el damero de vulnerabilidad sobre el que el Derecho ambiental debería actuar.

Como consecuencia de lo anterior, se advierte la necesidad de un nuevo enfoque jurídico integral en el tratamiento jurídico de la vulnerabilidad que vincule a los poderes públicos a la hora de ofrecer respuestas normativas cuando el factor espacial o temporal en razón de edad, especiales características físicas del individuo o una combinación de los mismos, se encuentre en el origen o en el agravamiento sustancial de la vulnerabilidad, y que a la vez supere el tratamiento disperso, sectorial, heterogéneo y, en ocasiones, improvisado, tanto por parte de las distintas disciplinas jurídicas, como, por lo que a este estudio interesa, por la normativa específica que afecta a los identificados como sectores vulnerables de la población (108).

Debemos recordar en este lugar que el art. 34 del CEDH establece que el TEDH «*podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho*». Así, en el caso de que el deterioro ambiental o los efectos del cambio climático vulneren los derechos fundamentales de los individuos, independientemente de lo que dispongan los ordenamientos internos respecto del acceso a la Justicia ambiental, el TEDH admite el acceso, dejando claro que, a pesar de que no caben las reclamaciones en defensa de intereses públicos o generales, sin identificar a las víctimas directas o indirectas, pues la Convención claramente prohíbe la *actio popularis*, ello no obsta a que se admitan reclamaciones colectivas, como la que resuelve la STEDH *Cordella y otros c. Italia*, a partir de la prueba de la relación de causalidad entre la actividad dañosa y la situación sanitaria en la provincia italiana que afecta al bienestar de los demandantes. En efecto, la STEDH de 24 de enero de 2019, demandas n° 54414/13 y 54264/15, *Cordella y otros c. Italia* constituye un avance en este sentido, para la comprensión de la vulnerabilidad de las poblaciones, al entender que la prolongación de una situación de contaminación ambiental que pone en peligro la salud de los solicitantes y, en general,

(108) R. LUQUIN BERGARECHE (2013: 28-31). A. PÉREZ MORALES, F. NAVARRO HERVÁS, y. ÁLVAREZ ROGEL (2016); C. GARCÍA GARCÍA (2004).

la de toda la población que reside en las zonas de riesgo, no es conforme con el CEDH. La omisión imputable sería no adoptar medidas razonables y apropiadas para proteger a los ciudadanos, en la línea de la STEDH. En esta importantísima Sentencia el TEDH entiende que la prolongación de una situación de contaminación ambiental que pone en peligro la salud de los solicitantes y, en general, la de toda la población que reside en las zonas de riesgo, nos lleva a entender que las autoridades nacionales no tomaron todas las medidas necesarias para garantizar la protección efectiva del derecho de las personas al respeto de su vida privada. En orden a la legitimación y para determinar la relación de causalidad entre la contaminación y el bienestar de los afectados demandantes, la Sentencia otorga relevancia a las poblaciones expuestas por su vulnerabilidad a diversas enfermedades. Por lo tanto, concluye el Tribunal que el equilibrio adecuado entre el interés de los solicitantes en no sufrir daños graves al medio ambiente que puedan afectar su bienestar y su vida privada y, por otro lado, el interés de la sociedad en su conjunto no se ha conseguido, y entiende vulnerado el derecho reconocido en el art. 8 de la Convención.

Se trata de una Sentencia que debe servir a la Jurisdicción contencioso-administrativa para seguir avanzando en esta senda y al TC español para reinterpretar el acceso al recurso de amparo de colectivos vulnerables al cambio climático que ven mermados sus derechos fundamentales como consecuencia de la inacción administrativa, cuando estas acciones no prosperen en la vía ordinaria.

En este orden de cosas, J. JORDANO FRAGA (2019: 52) da cuenta de una interesante STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), 7 de diciembre de 2011 (Ponente *Rodríguez-Zapata*, núm. Rec. 377/2008) que reconoce legitimación a un Ayuntamiento conforme a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido. Así, frente a la oposición del Abogado del Estado, según el cual Ayuntamiento no es titular de los derechos fundamentales invocados, el TS entiende que esta objeción no prospera porque no se trata de invocar derechos fundamentales ajenos en su dimensión de normas de derechos subjetivos (109), sino en su dimensión objetiva de normas esenciales del ordenamiento jurídico constitucional, dada la naturaleza dual de las normas que consagran derechos fundamentales en la CE (110), para lo que no se puede negar legitimación al Ayuntamiento, una vez reconocido su ámbito competencial.

(109) Cfr. STC 26/2011, de 14 de marzo, FJ 3)

(110) STC 196/2006, de 3 de julio, FJ 6)

5. Limitación de pretensiones: una traba procesal del ordenamiento español para la defensa de intereses climáticos

Vencida, no sin dificultades como acabamos de ver, la cuestión de la legitimación, si se consideran las pretensiones que pueden sostenerse respecto a los derechos e intereses vulnerados por las omisiones de la Administración en sede de cambio climático la cuestión se complica aún más. Así, para la defensa de intereses individuales y colectivos frente a la inactividad administrativa frente al cambio climático y sus causas encontramos importantes trabas en el acceso a la justicia ambiental.

El Derecho debe prepararse para dar una respuesta satisfactoria al cambio climático como daño ambiental histórico y a los concretos eventos dañosos que se derivan o que agrava el cambio del clima, sobre todo en lugares especialmente expuestos o vulnerables. El cambio climático como daño ambiental genera una pluralidad de daños de diversa naturaleza a los que es preciso que el ordenamiento jurídico otorgue una respuesta. Así, genera y agrava daños a bienes individuales y colectivos, pudiendo atentar además contra derechos fundamentales y/o humanos. Pero para estar preparado no basta con un reconocimiento legal de los derechos, ni con una perfección del sistema de responsabilidad aplicable, sino que es necesario que el derecho procesal también acoja las posibilidades para la defensa de los ciudadanos, tanto de derechos individuales como de intereses colectivos. Y dada la implicación de los poderes públicos en este terreno, por recaer sobre ellos parte de la responsabilidad respecto del daño y en todo caso la obligación de garantizar un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, se trata ahora de dilucidar si la LJCA se encuentra a la altura de ofrecer unos cauces adecuados al alcance de las pretensiones que interesa sostener para la defensa de dichos intereses. Por lo que se refiere a los derechos e intereses individuales que puede lesionar el cambio climático, no encontramos problema de legitimación más allá de las trabas en el acceso a la justicia administrativa que pueden predicarse con carácter general. Más cuando nos centramos en el análisis del régimen jurídico aplicable a la defensa del interés climático como derecho colectivo, se reproducen como veremos, los problemas que encontramos en el acceso a la Justicia ambiental.

El art. 31 de la LJCA establece que *«El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente»*. También podrá pretender *«el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda»*. Ahora bien, cuando el recurso se dirija contra la inactividad administrativa, que es lo que más interesa en el caso que estudiamos, conforme

a lo dispuesto en el art. 29 LJCA, *el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas* (art. 32 LJCA). El art. 29 de la LJCA limita las pretensiones que pueden sostenerse ante los Tribunales frente a la inactividad administrativa, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos. Así, salvo en el caso de inejecución de un acto administrativo firme (arts. 29.2 y 32.1 LJCA) o en relación a una vía de hecho (art. 32.2 LJCA), el juez no puede ordenar una actuación material o su cese. En consecuencia, si no están concretamente establecidas las obligaciones climáticas de la Administración, difícilmente podrá prosperar una acción en la que se pretenda que la Administración no omita su deber de diligencia genérico.

En consecuencia, puede decirse que es necesario que se amplíen las pretensiones que pueden hacerse valer a través del ejercicio de la acción popular en materia ambiental en el contencioso-administrativo, superando la exclusiva defensa de la legalidad, para la efectiva protección de intereses colectivos, esto es, es necesario que la LJCA contemple las pretensiones constitutivas y de condena directas frente a la inactividad administrativa cuando se defienden intereses colectivos (111).

Como ha tratado PEÑALVER I CABRÉ (2013: 183 y 185) encontramos limitaciones objetivas del recurso contra la inactividad administrativa que en sede ambiental son inadecuadas, pues sólo podemos obtener una sentencia de anulación. Debe acogerse, pues, la crítica que efectúa el autor que, al referirse al recurso frente a la inactividad de la Administración, pone de manifiesto cómo la pretensión de anulación no es suficiente, siendo necesario admitir pretensiones constitutivas y de condena directas frente a la inactividad de la Administración en la defensa de intereses colectivos, máxime, añadido yo, cuando dicha inactividad, como en el caso resuelto por la Sentencia *Urgenda II*, genera un daño o pone seriamente en peligro un derecho fundamental incluido en la CEDH. Recuérdate que el recurso frente a la inactividad es más limitado que la interpretación que hace la jurisdicción penal de la prevaricación por omisión, pues se limita a la inactividad referida a una prestación concreta a una persona o grupo de personas que tuvieran derecho a ella y cuando la Administración estuviera obligada a actuar en virtud de una disposición legal.

Por otra parte, nos interesa ahora el contenido del art. 32.2 LJCA, según el cual, *si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2*. Podría platearse, a sensu contra-

(111) Por ahora sólo caben sentencias de condena respecto de deberes prestacionales ambientales concretos y así establecidos en la normativa ambiental.

rio, la posibilidad de entender que la no actuación material debida en sede de prevención, evitación, adaptación y reparación de los efectos del cambio climático, constituye una vía omisiva de hecho —contraria a derecho—, sobre todo cuando se defienden intereses colectivos y se comprometen derechos fundamentales, lo cual permitiría al juez hacer un pronunciamiento de condena de hacer a la Administración que tendría acceso a la jurisdicción por la vía del art. 32.2. De este modo, ese mirar para otro lado podría recibir una respuesta judicial que ordenara a la Administración la adopción de medidas concretas frente al cambio climático. Así, forzando la interpretación de la vía de hecho, los tribunales podrían plantearse la posibilidad de entender que la no actuación material debida exigida o derivada de la ciencia constituye un supuesto que contempla el art. 32.2. Se trataría, en suma, del control judicial de la inactividad administrativa en espacios en los que la discrecionalidad administrativa es desplazada por la ampliación del espacio de la discrecionalidad técnica que trae causa en los avances de la ciencia en sede de cambio climático (112).

6. La prescripción de las acciones y los límites temporales de aplicación de la normativa sobre responsabilidad ambiental a los efectos del cambio climático

Se trata de un lugar común, al abordar el estudio de la responsabilidad ambiental, tanto en el ámbito del Derecho Público como en el ámbito del Derecho privado, la discusión acerca de la prescripción de las acciones resarcitorias y de reparación. Una vez opera ésta, el daño ambiental se torna histórico y difícilmente encuentra una respuesta satisfactoria de la mano de los ordenamientos nacionales y supranacionales contemporáneos. La legislación vigente en sede de responsabilidad ambiental no ofrece una respuesta satisfactoria para los daños ambientales generados en el pasado, y las razones de esta laguna jurídica se encuentran ligadas a la dificultad de conciliar las categorías y principios jurídicos clásicos, como el de irretroactividad, buena fe, seguridad jurídica o propiedad privada, con los instrumentos o mecanismos necesarios para afrontar la restauración.

La prescripción de la acción de responsabilidad frente a las AAPP o prescripción de la acción de Responsabilidad patrimonial se ha encontrado regulada hasta fechas recientes por el art. 142.5 de la LRJAP y PAC, según la cual, *en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido*

(112) Aunque a veces, como denuncia M TORRE SCHAUB (2019: 30), derecho y ciencia cada vez estén más distanciados en las cumbres. La autora advierte del reciente distanciamiento entre la ciencia y el derecho del clima tanto por el carácter voluntario del Acuerdo de París, como porque en las últimas Conferencias no ha habido avances en los objetivos de reducción. (2019: 30).

el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (art. 142.5). En los mismos términos, el art. 67.1 de la hoy vigente LPAC, establece el mismo plazo de prescripción que para las acciones obligacionales en el art. 1968 CC, a todas luces insuficiente cuando se trata de daños ambientales, habida cuenta de su frecuente manifestación retardada y continuada. El fundamento o justificación de la brevedad de dicho plazo, basado en el principio de seguridad jurídica, a la vista del legado ambiental de nuestro tiempo, debería ser urgentemente reconsiderado y ampliado, como ya hemos advertido (113) y como ha tenido lugar en el caso de que resulte aplicable la LRMA, cuyo art. 4 establece un plazo de prescripción de 30 años (114).

Consciente de esta problemática derivada de la inadecuación del plazo de prescripción de un año de estas acciones, la jurisprudencia ha entendido que cuando los daños se producen día a día, de manera acumulativa, esto es, en el caso de los denominados *daños continuados*, el plazo de prescripción de la acción no empieza a computarse hasta que no cesan todos los efectos lesivos, frente a lo que ocurre en los casos de daños permanentes, para los que el plazo de prescripción comienza a computarse en el momento en que se produce la actuación o el hecho dañoso (115). En un sentido parecido, en el ámbito de la responsabilidad administrativa por infracción del ordenamiento, esto es, en materia sancionadora, la reciente LRJSP ha acogido esta tendencia jurisprudencial, añadiendo en su art. 30 que, *en el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora*. Así, puesto que las omisiones de la Administración en sede climática son continuadas, podría invocarse esta doctrina jurisprudencial que el legislador no ha positivado en 2015 (116).

A todas luces, pues, es evidente que cuando se trata de daños ambientales los plazos que suelen establecer los sistemas de responsabilidad clásicos han venido resultando manifiestamente insuficientes. La justificación del establecimiento de plazos para el ejercicio de acciones de responsabilidad por daños, basada siempre en el importante principio de seguridad jurídica, se desdibuja en relación con este tipo de daños al medio ambiente que se manifiestan fre-

(113) B. SORO MATEO (2005: 88).

(114) El art. 4 de la LRMA establece, al regular el ámbito temporal de la responsabilidad ambiental que *la ley no será de aplicación a los daños medioambientales si han transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó*, debiendo computarse el mismo desde día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.

(115) *Vid.* SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de enero de 1998 y 19 de junio de 2001, a propósito de contagios de la hepatitis C en centros hospitalarios.

(116) Esta regulación, como es sabido, ha servido para reconocer la independencia de la acción de reparación y de la obligación de restitución respecto de las infracciones que, en su caso, hubieran constituido las acciones dañosas.

cuentemente de modo tardío y que lamentablemente provocan efectos nocivos continuados para la salud de las personas. Este debilitamiento del fundamento de la prescripción ha aconsejado, además de algunas conocidas modulaciones de la mano de la normativa sectorial ligada al dominio público (117) y, como veremos seguidamente, por la propia normativa específica sobre responsabilidad ambiental, interpretaciones jurisprudenciales que flexibilizan la apreciación de la prescripción.

En efecto, del modo indicado operó la LRMA que, entre otras cosas, venía a paliar, de la mano de la Directiva 2004/35/CE sobre Responsabilidad medioambiental la inadecuación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños al medio ambiente heredada de los clásicos sistemas de responsabilidad. Así, *la Ley no será de aplicación*, dispone el precepto, *si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar el hecho dañoso*. El *die a quo* se sitúa, como se desprende del precepto, en el día que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o incidente (art. 4). No obstante, esta aparentemente adecuada solución se encuentra de nuevo con un obstáculo que deriva ahora, no ya del principio de seguridad jurídica, sino de una cuestionable interpretación del principio de irretroactividad de las disposiciones menos favorables o restrictivas de derechos. Y es que al regular la entrada en vigor y ámbito de aplicación de la Ley, su DT única señaló que *la Ley no se aplicará a los daños causa-*

(117) Por otra parte, interesa destacar en este lugar que cierta normativa ambiental sectorial se preocupó, hace unos años, de adecuar el plazo de prescripción de las acciones de Responsabilidad al carácter del daño ambiental, positivando sistemas de prescripción de las acciones de resarcimiento distintos de los configurados por el CC y por la LRJAP y PAC, hoy LRJSP. Es el caso de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas que establecía que *cualquiera que sea el tiempo transcurrido se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior* (art. 92 *in fine*). Se trata de una acción de Responsabilidad derivada de las infracciones administrativas positivadas en los arts. 90 y 91 que implican daños a los bienes de dominio público marítimo-terrestre como bienes integrantes del medio ambiente. No obstante, la imprescriptibilidad de la acción se somete a la condición de que se trate de bienes de dominio público. A nuestro juicio, el sostenimiento de la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los bienes ambientales dañados ha de buscar su fundamento, no en su carácter de demanio natural o de dominio público del bien ambiental dañado, sino precisamente en el carácter ambiental del mismo, independientemente de que integre o no patrimonios privados. Por este motivo, sostenemos el conveniente establecimiento de la imprescriptibilidad de las acciones de resarcimiento de daños al medio ambiente, resultando indiferente el carácter público o privado del bien dañado. Mas la regresión del Derecho Ambiental de la crisis a la que hemos asistido en los últimos años, se ha manifestado también en sede prescriptiva, con la reforma los arts. 92 y 95 de la LC, preceptos que garantizaban en todo caso la reparación, independientemente del tiempo transcurrido desde el deterioro y que han constituido el ejemplo a seguir por parte de la más reciente normativa sobre responsabilidad ambiental, en el sentido de la ampliación de los plazos de prescripción o incluso de la instauración de la imprescriptibilidad de la obligación de reparar.

dos por una emisión, suceso o incidente producido antes del 30 de abril de 2007 o después, cuando se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha. No tiene en cuenta la norma el momento en que se conocen los daños o debieran haberse conocido (así, por ejemplo, se establecía en la LRJAP y PAC y a día de hoy en la LPAC en relación con la acción de responsabilidad patrimonial), sino el momento de la producción del hecho dañoso, lo cual complica su aplicación en casos de contaminación difusa en los que, desde la emisión, depósito o vertido hasta la manifestación del daño puede transcurrir bastante tiempo.

Merece, en este contexto, ser traída a colación una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 1 de junio de 2017 (asunto C529/15), que tiene por objeto la resolución de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo de Austria), mediante Resolución de 24 de septiembre de 2015, que versa sobre la interpretación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. En concreto, se pregunta al Tribunal si la Directiva es aplicable también a los daños que, pese a seguir produciéndose después de la fecha a que se retrotrae su aplicación (art.19, apartado 1, de la Directiva sobre responsabilidad medioambiental, esto es, al 30 de abril de 2007), son causados por una actividad autorizada y puesta en marcha antes de esa fecha y que están cubiertos por una autorización. El Tribunal de Justicia ya ha sostenido que del art. 17.1 y 2, en relación con su considerando 30, se desprende que la Directiva 2004/35 se aplica a los daños causados por una emisión, suceso o incidente que se hayan producido el 30 de abril de 2007 o después de esa fecha, «cuando los referidos daños se deriven de actividades realizadas con posterioridad a dicha fecha o anteriormente pero que no hubieran concluido antes de la misma». En consecuencia, entiende el Tribunal que *el artículo 17 de la Directiva 2004/35 debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de las comprobaciones que debe realizar el órgano jurisdiccional remitente, dicha Directiva es aplicable ratione temporis a los daños ambientales producidos después del 30 de abril de 2007, pero que han sido ocasionados por la explotación de una instalación autorizada puesta en marcha antes de esa fecha. Repárese en que el Tribunal se refiere a «daños producidos con posterioridad», no de hechos dañosos producidos con posterioridad, como reza nuestra Ley. De este modo, si fuera posible constatar daños que se producen con posterioridad a dicha fecha, aunque deriven de hechos dañosos anteriores a la misma, debería ser aplicada la Directiva.*

Pues bien, esta interpretación jurisprudencial puede resultar útil para fundamentar una demanda climática frente a operadores del Anexo III de la LRMA.

IV. POSIBLES LITIGIOS SOBRE EL CLIMA EN ESPAÑA

1. Acciones climáticas frente a las AAPP a la luz del ordenamiento vigente: la responsabilidad patrimonial y la acción vecinal

A pesar de las trabas que encuentra el acceso a la jurisdicción contenciosa para la defensa del medio ambiente, motivo por el cual se penalizan demasiados asuntos, lo que viene a ser muestra de la debilidad práctica de nuestro Derecho Ambiental, y sin perjuicio de que sean necesarias y urgentes algunas reformas, sería factible plantear en España algunas reclamaciones judiciales que podrían incardinarse en la categoría de «litigios climáticos» frente a los poderes públicos (118).

(118) Recién acaecidas las inundaciones del mes de septiembre, ha surgido el debate acerca de la pretendida modificación de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia (Decreto n.º 57/2004, de 18 de junio), modificación que se encontraba proyectada y a falta de aprobación cuando nos sorprendió la DANA que ha causado destrozos en toda la geografía murciana pero señaladamente en el litoral. El art. 22 de este Decreto define zonas inundables como aquel suelo cuyo régimen de protección responde a la necesidad de controlar los daños producidos por las inundaciones, para lo cual se delimita una zona a ambos lados de los cauces que presenta un alto riesgo de inundabilidad. Esta protección territorial se realiza sin perjuicio del cumplimiento del régimen establecido en la legislación de aguas para la zona de policía. Por su parte, el art. 23 establece que el Suelo de Protección de Cauces está formado por una banda de 100 metros a ambos lados de los cauces, medida en los márgenes que se reflejan en la cartografía regional 1: 5000. No estarán incluidos en esta categoría los suelos urbanos y urbanizables sectorizados que tengan dicha clasificación a la entrada en vigor de las Directrices y Plan de Ordenación Territorial del Litoral de la Región de Murcia, si bien en estos suelos se realizarán en caso de ser necesarias, las actuaciones de encauzamiento y protección de avenidas por parte de las administraciones competentes, con el objetivo de mitigar los posibles efectos de las inundaciones. En el Anexo II se incluye una delimitación espacial, a fin de inventariar aquellos cauces que tienen la relevancia necesaria para gozar de la presente protección. Por su parte, el art. 24 se refiere a los Estudios de inundabilidad. Establece dicho precepto que: «*La realización de un estudio de inundabilidad y su aprobación por la administración competente en materia de ordenación del territorio, permitirá la modificación de los 100 metros de protección a aquellos nuevos límites que marque dicho estudio. Los estudios de inundabilidad se realizarán de acuerdo con la normativa que a tal efecto desarrolle la Comunidad Autónoma, pudiendo éstos llevarse a cabo, a través del Ayuntamiento por cuyo término municipal discorra el tramo del cauce, de oficio o a instancia de parte, o bien por la Consejería competente en materia de ordenación del territorio.*».

Pues bien, la CARM hizo pública hace unos meses una propuesta de modificación de este Decreto en la que se propone temerariamente, y con contravención del principio de no regresión, eliminar la obligatoriedad del estudio de inundabilidad y eliminar la banda de protección para admitir la edificación en estos 100 metros. ¿Podrá entonces oponerse la fuerza mayor cuando los daños en las viviendas tengan lugar en esa franja que pretende desprotegerse? ¿Con qué fundamento los gobiernos, como el de la Región de Murcia, exigen al Gobierno Estatal las ayudas, inspiradas en el principio de solidaridad para hacer frente al desastre provocado por las inundaciones en zonas inundables indebidamente construidas? Concretamente todas las casas levantadas desde 1998 lo han sido en terrenos inundables,

Una de las vías para articular en España un posible litigio climático viene constituida por la reclamación de responsabilidad patrimonial regulada en los arts. 32 y ss. de la LRJSP. Esta reclamación, que debería iniciarse en vía administrativa y, en su caso, continuar en vía contencioso-administrativa podría encontrar, a su vez, dos fundamentos

En primer lugar, por *acción*, como consecuencia de la autorización y respaldo administrativo de infraestructuras e instalaciones que generan o agravan la vulnerabilidad y el riesgo cuando coadyuvan los efectos del cambio climático (autovías y autopistas que se trazaron sin tener en cuenta el cambio climático o los actuales escenarios del cambio climático, desvío de cursos de agua o roturaciones de espacios forestales que agravan también los efectos devastadores de las inundaciones). En segundo lugar, por *omisión*. A su vez, comprendería, en primer lugar, la omisión de medidas legales de protección frente al cambio climático de poblaciones especialmente expuestas por encontrarse en las proximidades de la costa o en zonas inundables. En segundo término, aquellos supuestos en los que se omite el deber de obligar suficientemente a los operadores a cumplir las disposiciones de la Ley de responsabilidad ambiental en lo relativo a la prevención, evitación y reparación del daño. Se trataría, en este último caso, de plantear una acción en base a la inaplicación de la normativa ambiental (art. 18 de la LIPAJAMA) incluida la LRMA, pues, aunque no está comprendida la responsabilidad ambiental en el elenco de materias que relaciona el art. 18 de la LIPAJAMA, se trata de una lista abierta como viene entendiendo la Jurisprudencia (119). La responsabilidad patrimonial de la Administración derivaría del mal funcionamiento por omisión del deber de incoar el procedimiento de responsabilidad ambiental para prevenir, aminorar y en su caso reparar de manera pronta los efectos del cambio climático. En tercer lugar, podría incluirse también la acción frente a la inactividad administrativa en la modalidad de omisión material frente a un deber legal genérico de actuar frente al cambio climático (120), derivado del carácter funcional de la potestad deber de protección del medio ambiente y demás derechos de los ciudadanos frente al cambio climático. Por último, podría entablarse la acción frente a la inactividad formal cuando solicitada la incoación de un procedimiento sancionador o de responsabilidad ambiental en aplicación de la LRMA, la Administración no los iniciara, atacándose entonces la desestimación presunta de estos procedimientos.

contemplados así en el mapa de zonas inundables de 2013 del Ministerio. ¿Qué sostendría en los procedimientos autorizatorios de dichas urbanizaciones la Confederación Hidrográfica en sus informes? No estamos ya hablando de responsabilidad patrimonial sino en ocasiones de responsabilidad penal.

(119) STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 16 de junio de 2016.

(120) M. GÓMEZ PUENTE (2011:72 y 1994: 140 y ss.).

Estas eventuales acciones de responsabilidad patrimonial ex arts. 32 y ss de la LRJSP podrían ser entabladas por una *persona o grupo de personas afectadas por estas acciones y omisiones no diligentes de las Administraciones Públicas*, teniendo en cuenta que esta acción no serviría para la defensa de intereses colectivos ambientales, pues se ha arbitrado única y exclusivamente para la defensa de derechos e intereses individuales.

No obstante, es cierto que en cuanto a la legitimación para accionar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración nos encontramos con una interpretación amplísima del concepto de «particulares» desde hace décadas ya referido *supra*, que a día de hoy emplea el art. 32 de la LRJSP y que comprende incluso a las Administraciones Públicas. Podría pensarse, entonces, en la activación de este sistema por parte de un Ayuntamiento frente al Estado o la Comunidad Autónoma correspondiente, que pretendiera la reparación de bienes públicos de su titularidad deteriorados por la acción u omisión de la Administración responsable (121). Pero, si la acción entablada por una Administración Pública no prosperara en vía administrativa, existe un óbice procesal importante, pues el art. 19.1. c), d) y e) de la LJCA sólo se refiere a la legitimación de las Administraciones Públicas para impugnar actos y disposiciones y no para accionar frente a la acción u omisión material.

Por otra parte, en estas posibles demandas climáticas, será relevante tener en cuenta las referidas y necesarias *modulaciones del concepto de fuerza mayor* derivadas del cambio climático. Hasta ahora, la mayor parte de supuestos en los que se reclaman daños derivados de inundaciones son resueltos con la estimación de la causa de fuerza mayor, que rompe la necesaria relación de causalidad. Entendemos que dado el avance de la ciencia y de la técnica, ya no es posible excepcionar la responsabilidad pública en todos los casos, resultando posible responsabilizar a las AAPP de los perjuicios derivados de la inactividad frente a fenómenos naturales derivados del cambio climático, pues éstos, cada vez más, serán previsibles y algunas veces evitables, aunque la evitación lleve a trasladar a poblaciones de urbanizaciones autorizadas en el pasado (122). La diligencia pública debida debe tener en cuenta el cambio climático en la toma de decisiones administrativas autorizatorias y revocatorias y debe restar espacio a algunos supuestos que antaño sí que eran considerados

(121) STS de 24 de febrero de 1994 y de 8 de junio de 2000 y Dictámenes del Consejo de Estado de 7 de febrero de 1991 y 1418, de 10 de diciembre de 1994. En este sentido, *vid.* J. L. REQUERO IBAÑEZ (1995: 171).

(122) Si bien debido a la naturaleza histórica y transfronteriza de la contaminación que coadyuva al cambio climático resulta complicado conseguir un arsenal probatorio suficiente como para demostrar a un Tribunal la vinculación entre un daño sufrido por un particular y la acción u omisión de la Administración, el estado de la ciencia resulta a día de hoy lo suficientemente avanzado como para no excluir esta eventualidad.

como fuerza mayor. Es más, no resulta conforme con estos postulados que cuando reiteradamente acontecen inundaciones en los mismos municipios o en las mismas zonas por defectos en la planificación o en las infraestructuras, o por la propia evolución de los mapas de riesgos o escenarios climáticos, las medidas que adopten las Administraciones Públicas con carácter urgente se fundamenten en el principio de solidaridad (123). Este modo de resolver el asunto legitima una suerte de irresponsabilidad de las Administraciones Públicas y ofrece como respuesta un *pseudoindemnización* de daños a particulares y la reparación de bienes públicos y no la adopción de medidas de prevención y evitación de futuros daños previsibles, que pueden llevar, incluso, al desmantelamiento de urbanizaciones e infraestructuras y realojo de los ciudadanos si fuera necesario. En efecto, cuando el sistema de responsabilidad patrimonial se aplica al ámbito ambiental, en esta eventual demanda climática frente a las Administraciones Públicas, sólo podríamos solicitar indemnización de lesiones a derechos individuales, pues sólo se contempla la reparación si existe acuerdo con el perjudicado y conviene al interés público, lo cual es fácil de conseguir cuando quien demanda es una Administración Pública, y a ellas podría con-

(123) Todo ello ha de tener necesariamente consecuencias sobre el régimen de responsabilidad administrativa teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 141.1 de la LRJPAC. De este modo, si el riesgo natural no ha sido previsto porque no se disponía en el momento de la confección de los mapas de riesgo de las técnicas adecuadas para detectar el peligro natural, la Administración quedaría exenta de responsabilidad, como ha sido reconocido jurisprudencialmente, por concurrir fuerza mayor, dada la imprevisibilidad del hecho. Sin embargo, si disponiéndose de las técnicas no se han empleado o hubieran podido evitarse los daños derivados de un fenómeno natural de haberse tenido en cuenta los mapas de riesgo existentes que se han obviado, la jurisprudencia se muestra proclive al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por otro lado, los avances técnicos y de conocimiento científico obligan a plantear el carácter retroactivo de los mapas de riesgos, a efectos de la responsabilidad de la Administración. Si la detección de un peligro natural antes desconocido en un territorio da entrada a la disposición del artículo 12.2 del TRLS, comparto la opinión de quienes entienden que ello ha de suponer, forzosamente, la necesaria revisión de la ordenación urbanística conforme a estos nuevos mapas (24) para adaptarlos a la realidad y convertirlos así en instrumentos encaminados a evitar la exposición a tales peligros ambientales y garantizar la seguridad de las personas. Y, asimismo, la revisión de los mapas de riesgo es obligada en virtud del principio de prevención. Finalmente, una cuestión consecuente a la revisión del planeamiento sería la necesaria aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y la de progreso técnico a las autorizaciones otorgadas conforme a la ordenación anterior, especialmente en los casos en que así lo prevé la normativa ambiental. J. CONDE ANTEQUERA (2015: 83). En este sentido, *vid.* la jurisprudencia que cita el autor, STS 14 de octubre de 2002 (rec. 5294/1998) o la STSJ Cataluña de 1 de abril de 2004 (JUR 2004/146546). Asimismo, la SAN de 4 de abril de 2001 (rec. 245/2000) entendió que «las lluvias torrenciales sí han podido preverse y no exoneran de responsabilidad a la Administración, con fundamento en la existencia de unos mapas de riesgos que se ignoraron». También la STS de 31 de octubre de 2002 (JUR 2003/25584), en el caso del desbordamiento de un río, estando cartografiado el riesgo, sin que la Administración adoptara medidas para evitar los daños.

denar el juez si los demandantes ofrecieran dicho acuerdo a la Administración en el *petitum* de la demanda. La inadecuación de la regulación en orden a la prelación de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad patrimonial, denunciada hace más de quince años, se mantiene a día de hoy. Por ello, a la luz del ordenamiento vigente, proponemos tratar de defender bienes y derechos de los particulares a través de la solicitud por parte de éstos de medidas de prevención, evitación y reparación, que podrían entonces ser impuestas en vía jurisdiccional a la Administración responsable, en aplicación de la LRMA.

Otra vía para la defensa jurisdiccional frente al cambio climático que admite el ordenamiento jurídico español es el ejercicio de la acción vecinal, en defensa de los bienes y derechos de la entidad local, contemplada en el art. 68 de la LBRL. Esta acción supera las cuestiones de mera legalidad que pueden ser planteadas en un contencioso-administrativo por inactividad de la Administración, pues se admite la defensa y protección de los derechos y bienes de la entidad local. El juez contencioso-administrativo podría pronunciarse sobre estas medidas de prevención, evitación y reparación frente al cambio climático, obligando a la Administración local a adoptarlas, aunque sólo resultaría aplicable para la defensa de bienes de titularidad municipal, no de bienes que constituyen el dominio público del Estado, como la costa, las playas y los cursos de los ríos, entre otros.

2. Una posible acción climática frente al legislador

Otra senda de responsabilidad podría abrirse frente a los mínimos esfuerzos emprendidos por el legislador español para adecuarse al camino marcado por la Unión Europea en materia de renovables, que han resultado no solo escasos, sino en contradicción con la jurisprudencia de los Tribunales Europeos (124). Se trataría de un supuesto de responsabilidad del Estado legislador por contravención del derecho comunitario, que encuentra su regulación a día de hoy en el art. 32.5 de la LRJSP. Según dicho precepto, *Si la lesión es consecuencia de la aplicación de una norma declarada contraria al Derecho de la Unión Europea, procederá su indemnización cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos siguientes: a) La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares. b) El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado. c) Ha de existir*

(124) Para profundizar sobre la legislación de este sector, se remite a E. ARANA GARCÍA (2014).

una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.

Desde el punto de vista normativo, el Estado español cuenta ya con un numeroso arsenal de normas sobre cambio climático (125) o que incorporan la vertiente climática en su articulado (126), aunque, constatadas la incapacidad del Estado para aprobar una Ley general de cambio climático y las dificultades que encuentran las CC. AA. para la regulación de esta problemática global, debe reivindicarse una Ley española de cambio climático que contemple compromisos claros de reducción, descarbonización y apuesta decidida por las renovables. Asimismo, dicha Ley estatal debe articular el marco jurídico en el que se deben desarrollar las medidas de adaptación urgentes que hay que acometer, pues ello facilitará, además, la posibilidad de exigir responsabilidad climática a los tribunales por incumplimiento de obligaciones de contenido prestacional, en cuyo caso el ordenamiento jurídico procesal sí admite sentencias de condena.

Además del incumplimiento del Derecho comunitario, otra vía de control del legislador viene constituida por las acciones dirigidas a un control de esa impotencia-omisión del legislador español por vulneración de la CE. Como punto de partida, no obstante, nos encontramos con una decepcionante STC 233/2015, de 5 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley 22/2013 de protección y uso sostenible del litoral, que modificó la Ley 22/1988, de Costas. Según el recurso, planteado por vulneración de los arts. 9.3, 132 y 45 CE, el cambio climático es una constatación empírica que impide la reducción del DPMT sin justificación, por agravar la vulnerabilidad de la costa a los daños de todo tipo, alegación que compartimos, sin lugar a dudas y que no fue estimada por la STC.

(125) LÓPEZ BUSTOS (2011: 154-230) recopila gran parte de la legislación adoptada a nivel europeo y transpuesta o desarrollada por el legislador nacional. Para una recopilación más actualizada, se puede consultar: <http://www.magrama.gob.es/es/cambio-climatico/legislacion/documentacion/normativa-y-textos-legales/default.aspx>

(126) Esto es así, por ejemplo, en la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, en la Ley de costas 2/2013, de 29 de mayo, que modifica el régimen jurídico de costas regulado por la Ley 22/1988, de 28 de julio. Claramente, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental que, en su más reciente modifica, la Ley 11/2014, de 3 de Julio, que refiere al cambio climático transponiendo la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

Por último, aunque especialmente relevante en términos éticos, en el ámbito de la salud; con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de la Salud Pública, que promueven la protección y promoción de la sanidad ambiental y califican expresamente el calentamiento global como un importante riesgo para la salud humana (Preámbulo y art.31.2).

Queremos decir, con lo anterior, que de nuevo deben ser puestas sobre la mesa las necesarias modulaciones del control de la discrecionalidad por ampliación del espacio de la discrecionalidad técnica que trae causa en los avances de la ciencia en sede de cambio climático (127). El último informe del IPCC del 8 de octubre de 2018 es categórico en este sentido: «[...] *si queremos conseguir estabilizar el clima, debemos tomar ya las medidas más drásticas y sólidas posibles en cuanto a la reducción de emisiones y en cuanto al desarrollo de políticas de adaptación y de justicia social y económica, de modo que sea posible acompañar a las poblaciones más vulnerables en el proceso de supervivencia y adaptación al calentamiento que ya está en marcha y que se agravará y acelerará considerablemente en los años venideros.*».

Estos eventuales litigios climáticos sobre responsabilidad del legislador de carácter formal, se basarían en la capacidad de control de la discrecionalidad del legislador, que se podrían extender como vimos *supra* a la de la Administración, sosteniendo su modulación como consecuencia del cambio climático.

J. ORTEGA BERNARDO (2019: 187) da cuenta de una Sentencia especialmente significativa del Tribunal Federal Constitucional alemán (*BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 23.10.2018, NJW 2019*), de 23 de octubre de 2018, en la que se declara que, en situaciones de incertidumbre o insuficiencia de conocimientos ambientales, está justificada la eliminación de un pleno control judicial, en la medida que este tipo de control encuentra límites en la propia función que se ejerce, entendiendo agotado el control judicial en la medida que se ha hecho lo posible por alcanzar claridad en los límites del conocimiento científico y técnico en materia de protección natural, no requiriéndose que el tribunal lleve a cabo investigaciones adicionales, sino que se le permite adoptar su decisión con base en la ponderación que la autoridad técnica haya realizado en la medida que resulte plausible encontrar el fundamento de esta última en las razones argüidas por los expertos. La restricción de control judicial no se deriva de una prerrogativa que proceda de la discrecionalidad otorgada a la Administración, pero tampoco requiere de una autorización legal específica.

Si estas son las cautelas respecto de situaciones de incertidumbre y, por tanto, del limitado alcance del principio de precaución para controlar al poder legislativo, en cambio, también advierte el Tribunal Constitucional alemán que esto es así, mientras se mantenga la situación de incertidumbre en el conocimiento técnico y científico. Advierte, en este sentido, que el legislador tampoco es enteramente libre para atribuir sin más condicionamientos a la competencia para decidir en asuntos marcados por la incertidumbre, pues en ámbitos que

(127) Aunque a veces, como denuncia TORRE SCHAUB (2019:30, derecho y ciencia cada vez estén más distanciados en las cumbres).

resultan relevantes por su incidencia en los derechos fundamentales no se puede atribuir potestades decisorias sin aportar al mismo tiempo ciertos parámetros para la adopción de la decisión. Así, la falta de justificación, que se echa de menos en la reforma de la Ley de costas española, sobre todo cuando se trata de cuestiones con efectos a largo plazo que inciden en el conocimiento científico y técnico, según el Tribunal alemán, debe realizarse estableciendo al menos unos parámetros normativos infralegales que sirvan para enmarcar y adoptar decisiones administrativas en este ámbito. Frente a este entendimiento el TC español no acogió, como sabemos, las alegaciones de inconstitucionalidad ex art. 9.3 CE basadas en la regresión, que supone reducir sin justificación la extensión del dominio público marítimo terrestre, lo cual sitúa en una condición de vulnerabilidad a los pueblos costeros afectados por los cambios del clima. El principio de no regresión debe ser, en consecuencia, un parámetro de constitucionalidad del juego de los arts. 45 y 9.3 CE. Debe tenerse en cuenta, sobre todo por las Comunidades Autónomas que a día de hoy no han legislado al respecto esperando una Ley estatal, que la STC 87/2019, sobre la impugnada Ley catalana 16/2017, de Cambio climático, no tacha de inconstitucional el establecimiento de objetivos de reducción más estrictos que los que derivan de la normativa básica, a diferencia de lo que sucedió con los objetivos de reciclaje que se derivaban de la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases (128), lo cual es buena muestra de que exigir el cumplimiento de objetivos más estrictos a una Comunidad Autónoma al amparo de las competencias vs. obligación para establecer normas adicionales de protección ex art. 149.1.23º CE, fundada en la mayor vulnerabilidad del territorio a los efectos del cambio climático, puede ser un buen enfoque de la eventual demanda que se arbitrara, en su caso, frente al legislador autonómico. También en una eventual demanda frente al Estado español esa especial vulnerabilidad de España, por su posición geográfica, podría ser un dato relevante a tener en cuenta en orden a determinar judicialmente el nivel de diligencia pública exigible.

V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES: ACERCAMIENTO DE INTERESES PÚBLICOS Y PRIVADOS, LA FUERZA DE LOS TRIBUNALES Y LA FUERZA DE LA CIUDADANÍA

La problemática jurídica del cambio climático abre nuevos horizontes para el Derecho. La defensa del interés general como finalidad última del Derecho público requiere una reflexión profunda cuando en relación con este

(128) Debe tenerse en cuenta la Directiva (UE) 2018/852 por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases.

daño-amenaza se aproximan hasta coincidir, como sucede como consecuencia del cambio climático, interés público e intereses privados.

Como la globalización o la robotización, el cambio climático, que no es otra cosa que un daño ambiental histórico actual y futuro, es una realidad y a la vez amenaza que debe penetrar en el modelo de Estado, en las relaciones Estado-Sociedad y en las instituciones.

Sabemos de la función pasiva ocupada en otras épocas por la sociedad y de su evolución hasta alcanzar un extraordinario protagonismo que ha desplazado al Estado a una posición de garante como muy bien ha puesto de manifiesto J. ESTEVE PARDO (2014: 83 y ss.). Y también conocemos los desarrollos recientes de la teoría del bien común. Pues bien, en esta redefinición de las relaciones entre el Estado y la sociedad que ha generado profundas transformaciones en el Derecho Público, irrumpe con fuerza la necesidad de reforzar la protección del interés común, como uno de los espacios donde el Estado debe desenvolverse, dar la talla. Se trata de un espacio que la propia globalización y ahora la necesidad de responder ante las amenazas del clima revitaliza y amplía.

La acuciante necesidad de garantizar el bien común frente al cambio climático legitima y exige la reformulación del Derecho. Nosotros nos hemos ocupado de poner de manifiesto la urgente remoción de algunos obstáculos que derivan de los tradicionales límites de instituciones jurídicas clásicas para la defensa del bien común, pero sin duda son sólo algunas de las reformas necesarias.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y su regulación se presenta inútil para la defensa de intereses colectivos, cuando los daños no conocen fronteras y cuando los derechos de un nuevo sujeto, las generaciones futuras, ha salido a escena. Se necesitan respuestas para acoger estas nuevas realidades. Por lo que se refiere a la efectividad de la Justicia ambiental, que ha sido otra de las cuestiones objeto de estudio, hemos concluido sobre la necesidad de ampliar las pretensiones en el contencioso-ambiental, para dar cabida a un verdadero control de la inactividad administrativa. En este ámbito, el *leiv motiv* de las reclamaciones —independientemente de cómo se articule la demanda, bien en defensa de intereses colectivos, bien de intereses particulares de los promotores interesados, bien de los representantes de intereses colectivos o de las generaciones futuras— será el mismo, la preservación ambiental que garantice la mejor calidad de vida posible.

Mientras estas y otras reformas, que acojan estos postulados, tienen lugar, la sociedad pone en marcha los instrumentos a su alcance. Como nos recordaba ENTERRÍA en la lucha contra las inmunidades del poder, inspirándose en TORQUEVILLE, la fuerza de los Tribunales en una democracia, y diríamos ahora en una democracia ambiental, debe garantizar los derechos de los oprimidos,

diríamos hoy de los vulnerables ante el cambio climático. Por ello, los problemas de los *inuit* (indígenas del Ártico en Canadá), los problemas de los holandeses discutidos en el estudiado asunto *Urgenda*, y los problemas de vecinos del municipio de *Los Alcáceres* con motivo de las inundaciones derivadas de la DANA de septiembre de 2019, pueden y deben ser reprochados por los Tribunales, que tienen que poder controlar la omisión y ordenar a la Administración la adopción de medidas de evitación, prevención y restauración.

Por otra parte, y ya refiriéndonos al caso español, y a una de las zonas más expuestas al cambio climático de toda nuestra geografía, la ciudadanía reprocha a las instituciones no haber valorado la emergencia de la crisis climática. Especialmente en el caso de la Región de Murcia, esta situación adquiere un especial relieve, pues por sus singularidades geográficas es una de las regiones más vulnerables del continente europeo y sin exageraciones, podría definirse como una «zona cero» del cambio climático, al igual que Holanda (caso *Urgenda*) o el municipio francés *Grande-Synthe* que ha planteado el denominado litigio del siglo.

Considerando todas las cautelas a la hora de importar a ciegas instrumentos jurídico-privados al Derecho público, como nos ocupamos de fundamentar al estudiar la custodia del territorio y los bancos de conservación (129), y más recientemente la gobernanza de áreas marinas protegidas (130), sí hemos de reconocer la virtualidad del impulso de la sociedad civil como motor para responder con rapidez a ciertas circunstancias y el cambio climático es una de ellas.

El derecho a la participación activa en asuntos que a todos nos conciernen en democracia brinda a los ciudadanos la oportunidad de actuar de forma efectiva en la solución a los problemas de la sociedad. Por ello, en estas páginas finales quiero dar cuenta de una iniciativa que, a pesar de no ser un litigio, me parece interesante destacar en este momento, pues ha tenido lugar en el terreno del cambio climático, en una zona vulnerable a sus efectos y que, aunque no ha cristalizado, puede ser sólo un primer ejemplo de que el estándar jurídico de diligencia debida de nuestros legisladores para afrontar los retos del cambio climático es puesto en cuestión por los ciudadanos. En este caso, dos organizaciones sin vinculación política alguna, la ONG Nueva Cultura por el Clima (NCC) y el Centro de Estudios en Bioderecho, Ética y Salud (CEBES) aunaron en 2017 sus esfuerzos y coordinaron a un relevante conjunto de profesionales, investigadores y técnicos de distintos ámbitos para redactar una proposición de Ley de Cambio Climático en la Región de Murcia.

La iniciativa, que pretendía ser pionera a nivel mundial, constituía, a juicio de sus promotores, una excelente oportunidad para dar un paso adelante de

(129) B. SORO MATEO, ET AL. (2016: 311-382).

(130) B. SORO MATEO (2019).

forma valiente y decidida en una región donde no podía seguir mirándose a otro lado al desarrollar y mantener políticas que desconsideraban el cambio climático. Se pretendía destacar, para contestar rápidamente a los sectores que no vieran con buenos ojos esta demanda social, que una apuesta decidida por afrontar la problemática del cambio climático sería una fuente de oportunidades para generar importantes efectos colaterales como aire más limpio, puestos de trabajo de calidad, energía más barata y ciudades más habitables, entre otros muchos. La sociedad murciana no cabe duda de que debe afrontar retos importantes como la adaptación de la agricultura a un clima cada vez más árido y seco, la adaptación de las ciudades a las acostumbradas olas de calor, cada vez más frecuentes e intensas, a las gotas frías e inundaciones, cada vez más espectaculares y seguidas ... Los efectos en la economía presente (especialmente en turismo y agricultura) son ya palpables desde hace unos años y probablemente, aunque nos faltan datos, también en la salud. Esta proposición de Ley se concibió para dar respuesta a este tipo de cuestiones y pretendía ser un instrumento de coordinación para articular la actuación a través de todas las políticas frente al cambio climático. No se podía esperar a que fuera demasiado tarde, como ha ocurrido con el Mar Menor.

Los trabajos preparatorios constituyeron un proceso arduo y a costa de la labor desinteresada de ciudadanos comprometidos. Se comenzó revisando los marcos legales vigentes, al amparo de los Acuerdos de París, así como los precedentes legislativos de diferentes Estados. En el momento de finalización del texto de la propuesta sólo contábamos en nuestro país con anteproyectos de ley que no habían pasado aún el trámite parlamentario, concretamente País Vasco, Andalucía y Cataluña. A partir de la elaboración de un primer borrador inicial se estableció una intensa fase de consulta a expertos, investigadores y técnicos especialistas en temas tan importantes como la energía, el urbanismo, la salud pública, el turismo o la agricultura, por nombrar algunos de los más relevantes para la Región. Una vez consensuado el cuerpo técnico y redactado un primer borrador de Ley se comenzó con la revisión jurídica.

En su presentación política, la proposición fue entregada por NCC y CEBES de forma pública y transparente a los representantes de todos grupos parlamentarios de la Asamblea Regional el 5 de junio de 2017. A pesar de que la lucha contra el cambio climático no es una cuestión ideológica sino de supervivencia como sociedad, la proposición de Ley no fue bien acogida por todos, por diversos motivos pero sobre todo a la espera de una Ley estatal, y finalmente fue registrada por los grupos parlamentarios PSOE y Podemos el 7 de julio de 2017 (131). Ya celebradas las elecciones autonómicas de 2019 y una vez formado el nuevo Gobierno, la Proposición de Ley volvió a ser regis-

(131) BOARM, núm. 113, de 10 de octubre de 2017, pp. 6443 y ss. (IX Legislatura).

trada en la Asamblea Regional el 26 de septiembre de 2019, coincidiendo con días posteriores a los devastadores efectos de una DANA en la Región, que inundaba multitud de zonas vulnerables, ocasionando daños a bienes públicos y privados, señaladamente al Mar Menor, a la vega baja del Segura y a los Alcáceres y otros municipios costeros. Debe destacarse que esta DANA en los días de diciembre de 2019 vuelve a repetirse, pues estas depresiones aisladas se comienzan a suceder frente al carácter esporádico y más leve de las gotas frías intensas de antaño propias del sureste español. Pues bien, cuatro días después de volver a ser registrada la Proposición de Ley de cambio climático de la Región de Murcia, el 30 de septiembre de 2019 decaía la iniciativa por acuerdo de la mesa de medio ambiente, cuya responsabilidad recae en un partido negacionista y/o escéptico del cambio climático.

Por todo lo anterior, finalizamos como comenzábamos nuestro discurso, afirmando que cuando la Administración y el legislador no dan la talla, y en la Región de Murcia no la han dado, quizá lo mejor sea dar la batalla ante los Tribunales. No se descarta, pues, que la ciudadanía, actor de la acción pública que hoy protagoniza la lucha contra el cambio climático, decida plantear un litigio climático en esta zona cero que, prospere o no, porque hemos visto que son muchos los obstáculos, sirva de punta de lanza para que los poderes públicos tomen en serio lo que ya dijo ROBERTO BOSSIO hace unos años, «*el derecho al futuro es la tarea más urgente del presente*».

La responsabilización de los poderes públicos a resultas de estos eventuales litigios y la necesaria adaptación de nuestro Derecho público y de sus instituciones, así como del Derecho urbanístico, ambiental y energético, entre otros, a los nuevos retos que el cambio climático y en general la problemática ambiental del planeta plantea, debe suponer, como consecuencia, un cambio en las políticas públicas y sus consecuencias ambientales y sociales y el desarrollo de una economía resiliente, en ocasiones de vuelta a hábitos desechados, que paradójicamente deben coexistir ahora con la robótica.

Por otra parte, también en relación con el cambio climático como daño ambiental, en los últimos años se observa cómo se diluye la relevancia de la distinción entre el daño ambiental puro y el daño al derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, por lo que van desapareciendo los fundamentos del distinto tratamiento jurídico arbitrado para los daños ambientales puros, los daños a la salud y los daños a los bienes como consecuencia de una misma causa.

Hemos visto en la más reciente jurisprudencia cómo, en puridad, se tutela el derecho al bienestar ambiental como parte de la salud, no sólo individual, sino de las poblaciones (caso *Cordella*). Se ha llegado incluso a apelar al eventual derecho a un clima estable y debe adjuntarse ahora el derecho de propiedad sin injerencias ambientales que deprecien el valor de las cosas. Y

es que este derecho a un clima estable es el maquillaje de este derecho de propiedad sin injerencias y del derecho al bienestar ambiental como parte del derecho a la salud. La protección de estos derechos humanos, indirectamente y necesariamente, supone, no lo hemos de perder de vista, la protección del derecho a un medio ambiente para el desarrollo de la personalidad y la protección del medio ambiente. Protejamos uno o protejamos otro, porque son las dos caras de una misma moneda.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA VAQUÉS, Mar (2014): «El derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: ESTAPÁ SAURA, J., RODRÍGUEZ PALOP, M. E. (Ed.), *Derechos Emergentes. Desarrollo y medio ambiente*, Valencia, ed. Tirant lo Blanc, 2014, pp. 67-94.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco (2019): «Los deberes públicos de mitigación y adaptación al cambio climático como parte del deber de cuidado ambiental», en CASTRO-GIL AMIGO, J (coord.), *La regulación energética y su impacto social y ambiental*, Aranzadi, 2019, pp. 27-72.
- ALMODÓVAR IÑESTA, María (2005): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez C. España)», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 7, 2005, pp. 161-165.
- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel (2019): «El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos», *RCDA*, Vol. 10, núm. 1 (2019): 1-26 Editorial / Introducció al monogràfic, pp. 1-26.
- ARANA GARCÍA, Estanislao (2005): «La flexible valoración de la prueba por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos sobre el ruido: el asunto Moreno Gómez de 16 de noviembre de 2004», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, pp. 283-296.
- (2014): «La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en: ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Pamplona, ed. Aranzadi, 2014.
- BAÑO LEÓN, José María (1996): «La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales», en ESTEVE PARDO, J., *Derecho del medio ambiente y Administración Local*, Civitas, Madrid, 1996 pp. 613-628.
- BARRANCO AVILÉS, María Carmen y CHURRUCA MUGURUZA, Cristina (2014): *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2014, 276 pp.

- BELLVER CAPELLA, Vicente (2005): «Derecho y vulnerabilidad», CAYUELA CAYUELA, A. (coord.), *Vulnerables: pensar la fragilidad humana*, 2005, pp. 84-110.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel (2018): *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Aranzadi, 2018, 380 pp.
- BISIO, R., «Il diritto a un futuro», *Social Watch Italia*, 2012.
- BORRÁS PERPINAT, Susana (2009): «La lucha contra el cambio climático: entre los derechos de emisión y la Justicia climática», *RADA*, núm. 16/2009, versión on line).
- (2012): «Los litigios climáticos: entre la tutela climática y la fiscalización de las responsabilidades por daños ambientales» en: GILES CARNERO, R. (coord.), *Cambio Climático, Energía y Derecho Internacional: Perspectivas de Futuro*, Pamplona, ed. Aranzadi, 2012.
 - (2016): «Movimientos para la justicia climática global: replanteando el escenario internacional del cambio climático», *Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, ISSN-e 1699-3950, núm. 33, 2016 (ejemplar dedicado a: De Río a París. Desarrollos de las Relaciones Internacionales en torno al medioambiente / coord. por Jorge Estevez, Lucrecia Rubio Grundell, Xira Ruiz Campillo), 119 pp.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar (2003): «Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, núm. 160, 2003, pp. 167-202.
- (2015): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la protección ambiental entre el interés general y los derechos individuales», LÓPEZ RAMÓN, F., ALENZA GARCÍA, J. F., *Observatorio de políticas ambientales 2015*, pp.141-168.
- CACHO SÁNCHEZ, Yaelle (2005): «La tutela del derecho al respeto del domicilio en el TEDH: Comentario al asunto Moreno Gómez c. España», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, 2005.
- CANEDO PARIS, Marguerite (2012): «L'action en responsabilité dans l'intérêt des générations futures devant le juge administratif», pp. 193-210, en MARCUS, J.P. (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures*, Dalloz, 2012, 330 pp.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús (2015): «La responsabilidad de la administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación», en esta REVISTA, núm. 45-46, Zaragoza, 2015, pp. 67-100.
- (2004): *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, 2004, 398 pp.
- DE VILCHEZ MORAGUES, Pau (2016): «Broadening the scope: The Urgenda case, the Oslo principles and the role of national courts in advancing environmental protection concerning climate change, Spanish yearbook of international law», núm. 20, 2016, pp. 71-92.

- EMBID IRUJO, Antonio (2018): *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como consecuencia de inundaciones*, Civitas, Madrid, 2018, 179 pp.
- ESTEVE PARDO, José (2008): *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentarios sistemático*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008, 281 pp.
- FORTES GONZÁLEZ, Ana Isabel (1993): «La Responsabilidad por daños al medio ambiente. En especial la Responsabilidad de la Administración», *RADA*, núm. 23, pp. 9-38.
- FOSTER, Sheila (2016a): «Vulnerability, Equality, and Environmental Justice: The Potential and Limits of Law», *Handbook of Environmental Justice*, *Fordham Law Legal Studies Research*, Paper núm. 2790584, 7 jun. 2016.
- (2016b): *Actors or Spectators? Vulnerability and Critical Environmental*, LawFordham University School of Law, 2016.
- GALERA RODRIGO, Susana (2018): «Derecho Climático “in fieri”: la normalización de los procedimientos transnacionales y la progresiva construcción del Derecho Público europeo. El contencioso del Tercer Período de Asignación», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 41, 2018, pp. 41-83.
- (2001): *La Responsabilidad de las Administraciones Públicas en la prevención de daños ambientales*, Montecorvo, Madrid, 2001.
- GARCÍA GARCÍA, Cristóbal (2004): *Impacto y riesgo ambiental de los residuos minero-metalúrgicos de la Sierra de Cartagena-La Unión (Murcia-España)*, Tesis doctoral, Universidad Politécnica de Cartagena (España), 2004, 460 pp.
- GARCÍA TREVIANO GARNICA, Ernesto (1995): «Consideraciones sobre la acción pública y el medio ambiente», *RDU*, núm. 145, 1995, pp. 141-166.
- GERRARD, Michael B., y MACDOUGALD, Joseph A (2013): «An introduction to climate change liability litigation and a view to the future», *Connecticut Insurance Law Journal*, núm. 20-1, 2013-2014, <https://cilj.law.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/2520/2019/03/vol20.1-13.pdf>.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos (1999): «Medio ambiente y Responsabilidad administrativa», *Administración*, Ciberrevista de Derecho administrativo, núm. 11, 1999 (<http://www.law.unican.es/administración/ESTU/99006.htm>).
- (2011): *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2011, 1342 pp.
- (1994): «Responsabilidad por inactividad de la Administración», *Documentación administrativa*, 237-238, 1994, pp. 139-204.
- GOMIS CATALÁ, Lucía (1998): *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, 353 pp.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (2000): *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 625 pp.

- HILSON, Chris (2019): «Framing Time in Climate Change Litigation», *Oñati socio-legal series*, Vol. 9, núm. 3, 2019 (ejemplar dedicado a: Regulating Climate Change: Governance and Legal Mobilization), pp. 361-379.
- IBARRA SARIAT, Rosalía (2015): «La vulnerabilidad de los derechos humanos frente a la degradación ambiental, en particular el caso de los desplazados climáticos», en *El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa: Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo*, coord. por Diego ZEGARRA VALDIVIA, 2015, pp. 97-111.
- JANS, J. H., K. J. DE GRAAF, K. J (2015): «The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change», *Journal of environmental law*, Vol. 27, núm. 3, 2015, pp. 517-527.
- PEEL, Jacqueline, OSOFSKY, Hari M., FOERSTER, Anita (2019): «A «Next Generation» of Climate Change Litigation?: An Australian Perspective» *Oñati socio-legal series*, Vol. 9, núm. 3, 2019 (ejemplar dedicado a: Regulating Climate Change: Governance and Legal Mobilization), pp. 275-307.
- JARIA I MANZANO, Jordi (2018): «La litigació climàtica a Espanya: una perspectiva», *RCDa*, Vol. 9, Núm 2, 2018 [en línia], 2018, Vol. 9, núm. 2, <https://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/348636> [consulta: 2-01-2020].
- JIMÉNEZ BLANCO, Antonio (1986): «Responsabilidad administrativa por culpa *in vigilando* o *in omitendo*», *Revista del Poder Judicial*, núm. 2, 2ª época, junio, 1986, pp. 117-128.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2019): «La larga marcha por el *starting to sue* en el Estado ambiental de derecho», en LÓPEZ RAMÓN (coord.), *20 años de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, INAP, 2019, pp. 29-62.
- (2000a): «Responsabilidad civil por daños al medio ambiente en Derecho Público: última jurisprudencia y algunas reflexiones de lege lata y contra lege ferenda», *REDA*, núm. 107, 2000 pp. 351-371.
- (1995): *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, J. M. Bosch Editor, 1995.
- (2000b): *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2000, 396 pp.
- KUGLER, Noémie (2015): «Un caso histórico del Tribunal de distrito de La Haya en materia de cambio climático» en: *Desafíos jurídicos en miras a la COP 21*, Centro de Derecho Ambiental, Boletín Mensual núm. 12, París, 2015, pp. 1-5.
- LOPERENA ROTA, Demetrio (2003): «El medio ambiente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Aranzadi de Derecho Constitucional*, II, 2003, pp. 2533-2545.

- LÓPEZ BERMÚDEZ, Francisco (2016): «La interacción humanidad-tierra: el antropoceno», en VICENTE GIMÉNEZ, TERESA (2016): *Justicia ecológica en la era del Antropoceno*, Trotta, 2016, pp. 71-124.
- LÓPEZ BUSTOS, Francisco Luis (2011): «Cambio climático en España: análisis normativo e instrumentos de actuación», en: CASTELLÓ NICÁS, N. (Dir.), *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, ed. Dykinson, 2011, pp. 154-230.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2002): «La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista española de derecho europeo*, núm. 1, 2002, pp. 175-205.
- (2005) «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de «responsabilidad de Derecho público» que introduce la Directiva 2004/35/CE», *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 26, 2005, pp. 5-34.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel (2013): «Contaminación por radiación electromagnética en personas vulnerables: tutela preventiva y generación de otras fuentes de energía», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 30 (diciembre), 2013, pp. 28-31.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1991): *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. 1, Trivium, Madrid, 1991.
- (2000): «La revolución ambiental pendiente», Lección inaugural del curso académico, 1999-2000. Universidad de Alicante. Ed. bilingüe. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.
- MARTÍN REBOLLO, Luis (1976): «Medio ambiente y Responsabilidad de la Administración», *REDA* núm. 11, 1976, pp. 639-652.
- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo (2006a), «Derechos Fundamentales y Medio Ambiente», *Redur* 4/2006, pp. 17-30.
- (2008a): «En el concepto “víctima de una violación de los derechos” como determinante para el acceso al tribunal europeo de derechos humanos», *RAP*, núm. 175, Madrid, enero-abril (2008), pp. 253-284.
 - (2008b): «Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDA*, núm. 140, 2008, pp. 781-807.
 - (2006b): «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDA*, núm. 132, 2006, pp. 727-746.
 - (1994): «El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *RVAP*, núm. 40 (1), 1994, pp. 103-120.

- MARRACO, José Manuel (2018): «La litigación climática», disponible en <https://www.abogacia.es/2018/01/15/la-litigacion-climatica/>.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2005): «Contaminación acústica y pasividad municipal. Comentario a la STEDH 16 noviembre 2004, condenatoria contra España», *Actualidad Administrativa*, núm. 8, abril, 2005, pp. 916-922.
- NEHMELMAN, Remco MAX VETZO, Max (2016): Constitutional Law / Droit constitutionnel The Netherlands / Pays-Bas, *Revue europeenne de droit public*, Vol. 28, núm. 2, 2016, pp. 509-522.
- NIETO, Alejandro (1962): «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, núm. 37, 1962, pp. 75-126.
- ORTEGA BERNARDO, Julia y REIMER Franz (2019): «Alemania: el dilema entre la lucha contra el cambio climático y la protección de la naturaleza» en López Ramón, Fernando (coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2019*, Ciemat, pp. 169-185.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa (2016): «La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático», *REDA*, núm. 177, 2016, pp. 259-279.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alex (2008): Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales, en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.), *et al., Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 349-403.
- (2013): «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», *RAP*, núm. 190, 2013, pp. 109-154.
 - (2016): *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo: legitimación y limitaciones económicas*, Aranzadi, 2016, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, 601 pp.
- PÉREZ MORALES, Alfredo, NAVARRO HERVÁS, Francisca y ÁLVAREZ ROGEL, Yolanda (2016): «Propuesta metodológica para la evaluación de la vulnerabilidad social en poblaciones afectadas por el peligro de inundación: el caso de Águilas (Murcia, sureste ibérico)», *Documents d'Anàlisi Geogràfica*, vol. 62/1, 2016, pp.133-159.
- PONCE SOLÉ, Juli (2019): «La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida», *Cuadernos democracia y derechos humanos*, núm. 15, 2019, 262 pp.
- POZUELO PÉREZ, Laura (2002): «La reparación del daño al medio ambiente», *RDU y medio ambiente*, núm. 191, 2002, pp. 133-166.
- QUIRICO Ottavio (2018): «Climate Change and State Responsibility for Human Rights Violations: Causation and Imputation Netherlands», *International law review*, Vol. 65, núm. 2, 2018, pp. 185-215.

- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2009): «El ruido de los aviones: Comentario de la STS de 13 de octubre de 2008 sobre contaminación acústica del aeropuerto de Madrid-Barajas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2009, pp. 45-61.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis (1994): «El derecho administrativo y la Responsabilidad por daños ambientales», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 141, 1995, pp. 121-180.
- ROCASALVA, Carles, G. (2018): *La responsabilidad medioambiental. En atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Atelier, 2018, 386 pp.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Noel (2016): «Responsabilidad del Estado y cambio climático: el caso Urgenda contra Países Bajos», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VII, núm. 2 (2016): 1-38.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert (2018): «Perspectives de la litigació pel canvi climàtic arran del cas Urgenda», *RCDA*, Vol. 9, núm 2, 2018, pp. 1-43.
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo (2019): *El acceso a la Justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus*, Aranzadi, 2019, 297 pp.
- SETZER Joana AND BYRNES Rebecca (2019): «Global trends in climatechange litigation», 2019, disponible en la siguiente web: http://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2019/07/GRI_Global-trends-in-climate-change-litigation-2019-snapshot-2.pdf.
- SIMÓN YARZA, Fernando (2012): «La construcción de la tutela ambiental en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Persona y Derecho*, núm. 63, 2010/2, pp. 87-110.
- SORO MATEO, Blanca (2015), «Reflexiones en torno a los derechos de las futuras generaciones» en CHIEFFI, L. y SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R. (coords.), *Questioni di inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, CEBES-CIRB, pp. 109-118.
- (2019): «Gobernanza de áreas marinas protegidas. Estado de la cuestión y algunos retos», *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 101, 2019 (en prensa).
 - (2017): «Construyendo el principio de precaución», en esta REVISTA, núm. 49-50, 2017.
 - (2016): «Custodia del territorio y bancos de conservación», en SANZ LARRUGA, J. (Dir.), PERNAS GARCÍA, J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J., *Derecho ambiental para una economía verde: informe Red Ecover*, Aranzadi, 2016, pp. 311-382.
 - (2012): «Nuevos retos del derecho ambiental desde la perspectiva del bioderecho. Especial referencia a los derechos de los animales y de las futuras generaciones», *Revista Via Iuris*, núm. 13, 2012, pp. 105-122.

- (2014): Aportaciones del Bioderecho al derecho ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 29, pp. 49-76.
 - (2005): *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de medio ambiente, 2005, 277 pp.
- TABAU, Anne-Sophie et CURNIL Christel, (2015): «Nouvelles perspectives pour la justice climatique» (Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas) *Revue juridique de l'environnement*, núm. 4, 2015, pp. 672-693.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema (2015): «La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), pp. 57-103, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- TORRE SCHAUB, Marta (2019a): «Les Procès climatiques à l'étranger», *Revue française de droit administratif*, núm. 4, juillet-août 2019, pp. 660-667.
- (2019b): «La construcción del régimen jurídico del clima: Entre ciencia, derecho y política económica», *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Año 2019, Vol. 10, núm. 1, pp. 1-35.
 - (2019c): «Le rapport du GIEC et la décision Urgenda ravivent la justice climatique», *Revue juridique de l'environnement*, núm. 2, 2019 (ejemplar dedicado a: L'océan au-delà des juridictions nationales : la dernière frontière ?), pp. 307-312.
- TORRE SCHAUB, Marta y LORMETEAU, Blanch (2019): «Les recours climatiques en France, Influences et convergences de la décision Urgenda et du rapport du GIEC à 1,5 °C sur l'avenir du contentieux français», *Énergie-environnement-infrastructures*, núm. 5, mai 2019, pp. 14-21.
- TRINIDAD NÚÑEZ, Pilar (2012): «La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 4, 2012, pp. 125-168.
- VAN LANG, Agathe (2019): «L'hypothèse d'une action en responsabilité contre l'État», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, juillet-août 2019. pp. 652-659.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (1995): «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 45 (1995), pp. 305-340.
- VERCHER NOGUERA, Antonio (1993): «Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas», *Poder Judicial*, 29 (1993), pp. 97-111.
- VICENTE GIMÉNEZ, TERESA (2016): *Justicia ecológica en la era del Antropoceno*, Trotta, 2016.

- VIEIRA, Julien (2019): «L'émergence de l'activisme climatique et l'accès au juge», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 4, juillet-août, 2019, pp. 636-641.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego (2015): «El derecho del medio ambiente y los instrumentos de tutela administrativa», *Libro homenaje al maestro Ramón Martín Mateo*, 2015, pp. 97-111.

ASPECTOS JURÍDICO ADMINISTRATIVOS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES INGRESADOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN: UNA VISIÓN GENERAL DESDE LA SOLUCIÓN ANDALUZA^(*)

MARÍA LUISA ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN.– II. LA DEFINICIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES INGRESADOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO: 1. Marco normativo vigente en Andalucía. 2. Reglamentos de organización y funcionamiento: A) Concepto. B) Naturaleza jurídica. C) Procedimiento de elaboración.– III. REFERENCIA A ALGUNO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES INGRESADOS: 1. Educación. 2. Seguridad y confidencialidad: A) Confidencialidad. B) Seguridad. 3. Trato respetuoso y personalizado: A) Trato personalizado. B) Trato respetuoso. 4. Honor, intimidad e imagen: A) Imagen. B) Intimidad. 5. Información y audiencia. A) Audiencia. B) Información. 6. Relaciones personales. 7. Salud: A) El problema del consentimiento de los menores.– IV. BREVE REFERENCIA A LOS DEBERES.– V. REFLEXIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CITADA (1).

RESUMEN: El objeto de este trabajo es realizar una aproximación a los derechos de los menores ingresados en centros de protección. La diversidad de normas autonómicas aplicables aconseja limitar el estudio a un bloque particular, el andaluz, si bien las reflexiones alcanzadas son extrapolables a otras comunidades autónomas. La investigación pretende resaltar las peculiaridades o modulaciones que pueden presentarse en el ejercicio de los derechos de los menores ingresados y el importante papel que en la conformación de su estatus jurídico juegan los llamados reglamentos de organización y funcionamiento de cada centro.

Palabras clave: menores; centros de protección; reglamentos de organización y funcionamiento; derechos de los menores institucionalizados.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 6 de junio de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 5 de septiembre de 2019.

(1) Una anterior —y más breve— aproximación a los derechos de los menores ingresados en centros de protección puede encontrarse en M^o L. Roca Fernández-Castanys (2012).

ABSTRACT: The aim of this paper is to offer a general approach to some of the legal problems connected with the protection system of children in Spain, with special attention to the rights of those living in the so-called «protection centers».

Key words: minors; protection centers; rights of minors in protection centers.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El pasado mes de julio de 2019, los medios de comunicación se hacían eco de la muerte de un joven ingresado en un centro de protección de menores de Almería. Según trascendía, el fatal desenlace podía traer su causa en las «medidas de contención» empleadas por el personal por el centro (2) para reducir al menor. Este triste suceso, y otros incidentes protagonizados durante los últimos meses por menores ingresados en distintos centros (3), pone de manifiesto la oportunidad de reflexionar sobre la situación jurídica de los jóvenes que desarrollan su vida en estos especiales establecimientos (4) y el papel fundamental que corresponde a la Administración en su tutela. No puede olvidarse que el simple hecho del internamiento conlleva la modulación —y, en algunos casos, la supresión— de algunos de los derechos (5) de estos particulares usuarios con las importantísimas consecuencias que ello conlleva en el desarrollo de su vida cotidiana y, a medio y largo plazo, en la conformación su personalidad.

Se trata de un tema de gran trascendencia, en cuanto que todas las posibles intervenciones que puedan influir en la conformación del estatuto jurídico de estos menores —que, no puede olvidarse, se hallan en una delicadísima

(2) Esta noticia fue publicada por el diario *El País*, el de agosto de 2019. En el momento de la elaboración de este trabajo puede accederse a la misma en el siguiente enlace: https://elpais.com/politica/2019/07/29/actualidad/1564409883_119322.html

(3) En el Informe anual correspondiente a 2018 del Defensor del Pueblo andaluz (2018:214) se hace eco de altercados e incidentes en con algunos centros de menores como el «Carmen de Michelena» de Jaén, que provocan molestias a los vecinos «además de reflejar un aparente descontrol y desgobierno del recurso». Conforme al mismo, el número de menores en acogimiento residencial crece año tras años: en diciembre de 2018 estaban en acogimiento residencial 3.499 niños, niñas y adolescentes en el sistema de protección de menores de Andalucía, lo que supone un 32,7% más que a 31 de diciembre de 2017, fecha en la que se contabilizaron 2.600.

(4) El papel del Estado como garante último de los derechos de los menores se ha puesto de manifiesto por M^o B. SAINZ-CANTERO CAPARRÓS y E. PARDO MARTÍNEZ (2010: 10 y 22). Por su parte, el papel de la familia como institución al servicio de sus miembros se destaca por C. ALEMÁN BRACHO (2005: 241), p. 241. Véase también M. VIVANCOS SÁNCHEZ (2001: 1).

(5) Hace ya muchos años, A. GALLEGO ANABITARTE (1961: 6), tachaba de «perfectamente oscura» la vinculación entre las relaciones de especial sujeción y los derechos fundamentales.

situación al encontrarse separados de su núcleo familiar— deben hacerse con las máximas garantías velando, en todo caso, por su superior interés.

Consciente de la envergadura del tema, no pretendo agotar todas las cuestiones que suscita. Es por ello que esta investigación se ciñe —sin agotarla— a la problemática que se plantea en relación con la garantía de los derechos —y no todos— de los menores ingresados, pero no se ocupa de otros asuntos tan importantes como, entre otros, la modalidad más adecuada de para la gestión de los centros; la responsabilidad de la Administración por los posibles daños que sufran los internos; o la virtualidad de los mecanismos de inspección, problemas todos ellos con entidad más que suficiente para ser objeto de estudio singular.

Por último, debe el lector advertir que, ante imposibilidad de analizar con una mínima solvencia las distintas regulaciones regionales, las páginas que siguen se reflexiona —tal y como anuncia el título de este trabajo— sobre modo en que esta cuestión se ha abordado por el legislador andaluz. Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía, corresponde a la Junta de Andalucía la competencia exclusiva en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, siendo, por tanto, aquélla la entidad pública de referencia en el funcionamiento de estos centros.

II. LA DEFINICIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES INGRESADOS: ESPECIAL REFERENCIA A LOS REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

1. Marco normativo vigente en Andalucía

En la Comunidad Autónoma andaluza, el marco normativo en esta materia se construye sobre la base de una intrincada red de disposiciones de gran complejidad que ha dado lugar que el propio Defensor del Pueblo Andaluz haya hablado de «maraña legislativa». Al margen de las normas internacionales, el primer nivel lo ocupa la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) —modificada por la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio— junto a la que se sitúan la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía (LMA) (6) y la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de

(6) En mayo de 2019 la Consejera de Igualdad, Políticas Sociales y Educación anunció que, tras su paralización en el año 2018, el Anteproyecto de Ley de infancia y adolescencia de Andalucía se encuentra en un estado de tramitación «muy avanzado», pendiente del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía. El texto de la noticia donde se recoge esta noticia

Andalucía (LSSA), disposiciones en que se concretan las líneas maestras de los usuarios de los servicios sociales en general y de los menores ingresados en estos centros, en particular.

El segundo peldaño lo ocupan las diversas normas autonómicas, normas que se insertan, bien en el genérico marco del sistema de servicios sociales (p. ej. el Decreto 187/2018, de 2 de octubre (7), que aprueba el reglamento de comunicación, autorización y acreditación administrativas en el ámbito de los servicios sociales de Andalucía y del registro de entidades, centros y servicios sociales), bien en el contexto específico de la protección de menores (tal es el caso del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre Acogimiento Residencial de Menores (DAR) o el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (DDTG), siendo estas dos últimas normas las que contienen las referencias concretas sobre la medida de alojamiento residencial, las características de los centros y los derechos de sus usuarios.

Asimismo, deben tenerse en cuenta una mirada de Órdenes, que regulan distintos aspectos. Entre ellas destacan la de 9 de noviembre de 2005 (8), que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar social —hoy Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación— y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores y la de 23 de octubre de 2007 (9) que aprueba el Reglamento marco para organización y funcionamiento de los mismos (aprobación que el propio Reglamento califica de «ineludible» (10)). Culminan, por último, el sistema los Reglamentos de Organización y funcionamiento (ROF) de que *deben* dotarse (aunque no siempre lo hagan) cada uno de los

es accesible en el momento de redacción de este trabajo en: <https://www.serviciossocialesandalucia.es/actualidad/Rocio-Ruiz-anuncia-que-el-Anteproyecto-de-Ley-de-Infancia-y-Adolescencia-cuenta-con-partida-presupuestaria-para-2019>.

El primer borrador del dicho Anteproyecto es accesible —a septiembre de 2019— en la siguiente dirección: https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_ela_boracion/17/07/Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Infancia%20y%20Adolescencia%20de%20Andaluc%C3%ADa.pdf.

(7) BOJA núm. 200, de 16 de octubre.

(8) BOJA núm. 222, de 14 de noviembre.

(9) BOJA núm. 223, de 13 de noviembre.

(10) Como dispone el propio reglamento, dicha aprobación se justifica en «la necesidad de crear una reglamentación propia para los centros de protección de menores ubicados en el ámbito territorial y competencial de nuestra Comunidad Autónoma, que defina las líneas maestras de su organización y funcionamiento, recogiendo los criterios de carácter técnico y jurídico que den cumplimiento a las distintas disposiciones legales, al objeto de unificar una regulación adecuada que sea operativa y eficaz y, sobre todo, que permita a la Administración garantizar los derechos, así como el cumplimiento de las obligaciones, de cada menor que se encuentre en los centros de protección».

centros y en los que se concretan, de forma detallada —y de acuerdo con lo previsto en las aquellas normas que resultan de referencia— los derechos de los menores, las normas de convivencia y los criterios para el ejercicio de la potestad de corrección (11). Estos reglamentos juegan un decisivo papel en la conformación de los derechos de los menores ingresados, pues en ellos se especifican algunos aspectos esenciales de su vida diaria (régimen de visitas, salidas al exterior, conductas prohibidas, posibles sanciones, etc.) que, de otro modo, quedarían confiadas a la discrecionalidad del centro, con la consiguiente dificultad para su control.

2. Reglamentos de Organización y Funcionamiento

A) Concepto

Como con acierto ha apuntado EZQUERRA (12), no es recomendable que las leyes del sector (de servicios sociales, o de menores) realicen una regulación detallada de del régimen de funcionamiento aplicable a todos los centros; lo más adecuado es dejar en manos de cada centro la definición de su concreto régimen propiciando una regulación flexible que se acomode a sus peculiaridades, pues, como es sabido, no todos los centros desarrollan los mismos programas, sino que existen una variada tipología de los mismos para atender a diversas necesidades. De este modo, la existencia de los ROF no sólo está plenamente justificada, sino que resulta imprescindible.

Son, pues, los ROF una pieza clave para la articulación de la convivencia de los menores ingresados, al constituir el marco jurídico en el que se plasman los instrumentos y procedimientos materiales, personales y relacionales de la intervención con los menores, con el debido respeto a los principios y criterios y directrices establecidos en el Reglamento Marco (13) y las demás disposiciones legales vigentes en este ámbito.

B) Naturaleza jurídica

Por lo que atañe a su naturaleza jurídica, si se conviene que nos encontramos ante reglamentaciones de servicio público, su calificación como verdaderos reglamentos no plantea problema alguno existiendo una consolidada

(11) En Andalucía, desde el año 2003, todos los centros de protección están obligados a aprobarlos (art. 22 del DAR).

(12) A. EZQUERRA HUERVA (2011: 121).

(13) Todos los Centros que dispusiesen de Reglamentos de Organización adoptados con anterioridad a la aprobación del Reglamento marco, deberán ajustar su contenido a lo dispuesto en él.

doctrina (14) y jurisprudencia al respecto. Sentada su naturaleza reglamentaria, es preciso aclarar que su aprobación corresponde a la Dirección General de Menores —hoy Dirección General de Infancia y Conciliación— (art. 52 del DAR), no a los centros que carecen de competencia para ello, si bien éstos gozan de un relevante papel en el procedimiento de elaboración. Dicho procedimiento no aparece, como es lógico, exhaustivamente regulado en la normativa sectorial que tan sólo contiene una referencia a alguna de sus especialidades (art. 52 del Decreto DAR) por lo que deberá estarse, en lo demás, a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, precepto donde se especifican los trámites generales para la aprobación de las disposiciones reglamentarias en esta Comunidad.

C) Procedimiento de elaboración

El procedimiento para la aprobación de los ROF debe iniciarse una vez sancionado el *Proyecto Educativo del Centro*, que, de este modo, se erige en presupuesto indispensable para su tramitación. Ello se justifica en cuanto que es tal Proyecto el que establece el «marco de referencia de los planteamientos educativos de carácter general que distingue al Centro en función de los programas residenciales encomendados» (15) y que, a su vez, deberá ajustarse a las prescripciones recogidas en el *Proyecto Educativo Marco* (16). Se caracteriza este último por su carácter orientador y genérico— lo que pretende asegurar su mayor durabilidad en el tiempo— frente a los Proyectos educativos de cada centro que se conciben como documentos flexibles y dinámicos que podrán modificarse cuando lo hagan las circunstancias que presidieron su redacción.

Debe hacerse notar que el Proyecto Educativo Marco vigente en Andalucía a la fecha en la que se redactan estas líneas data de julio de 2005; son ya, por tanto, catorce los años que han transcurrido desde su aprobación, por lo que

(14) Como manifestara ya hace muchos años F. ALBI (1960: 520): «las normas para el desarrollo de los servicios son (...) cosa ajena a la concesión propiamente dicha y se derivan de situaciones generales de obligada observancia, reflejo de la potestad reglamentaria de la Administración, que no pueden involucrarse en un proceso licitatorio más que con una coincidencia puramente material y externa» para añadir que «la simultaneidad de Reglamento y contrato no es una característica exclusiva de la concesión (...), puesto que dicha circunstancia se presentará en todos los casos en que se produzca la colaboración de un particular con la Administración Pública»; en el mismo sentido, A. EZQUERRA HUERVA (2011: 120).

(15) Art. 50 del DAR.

(16) El Proyecto Educativo Marco fue aprobado por Orden de 13 de julio de 2005 (BOJA núm. 150, de 3 de agosto) y constituye —según él mismo proclama— «el referente básico y obligado para los centros, dado que el mismo expone directrices, principios, criterios para la organización, funcionamiento y metodología de intervención en los recursos residenciales de protección».

podiera ser aconsejable llevar a cabo su revisión con el fin de comprobar la operatividad de sus postulados o incorporar nuevas previsiones, habida cuenta de que durante el periodo temporal transcurrido se han visto la luz algunas disposiciones relevantes (p.ej., la aprobación de la LSSA o la modificación de la LOPJM) y han cobrado protagonismo determinadas situaciones que— si bien contempladas en el mismo— han desbordado todas las previsiones, revelando de la necesidad de adecuar los recursos asistenciales disponibles a la nueva realidad (p.ej., el aumento exponencial de MENAS y de menores con trastornos de conducta, o los problemas derivados del uso de redes sociales y nuevas tecnologías, por citar algunos).

En el procedimiento de elaboración del ROF, destaca la necesidad de solicitar el informe del Servicio especializado de protección de menores, informe que tiene carácter preceptivo (52.3 del DAR). Se ha dicho, con razón, que la función de los informes que deben emitirse en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales es asegurar su corrección jurídica (17), por lo que deben de evacuarse en el momento oportuno; de no hacerse así, tal finalidad quedaría burlada determinando dicha omisión la nulidad de la disposición adoptada (18).

Una vez aprobado el ROF será revisados cada cinco años con el fin de evaluar su validez. Ahora bien, este plazo no deberá agotarse necesariamente, pudiendo hacerse antes a iniciativa del servicio especializado de protección de menores o a petición del Centro siempre que existan razones justificadas. Se ofrece, por tanto, un amplio margen de apreciación discrecional para evaluar la concurrencia de las circunstancias —que no se especifican— que aconsejan dicha revisión; y es lógico, pues, de no ser así, se produciría una indeseable atrofia de los ROF que les haría perder su utilidad que descansa, en gran medida, en su carácter versátil y flexible.

(17) M^o J. GALLARDO CASTILLO (2010: 421).

(18) Sobre esta cuestión existe una reiterada y abundante jurisprudencia que sintetiza en la STS de 13 de noviembre de 2000 (rec.513/1998), en la que el Alto Tribunal claramente estatuye que: «el procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105 de la Constitución y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley 50/97 del Gobierno, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter “ad solemnitatem”, de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra a la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía “ad extra”, en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/97, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) Ley del Gobierno».

III. REFERENCIA A ALGUNO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES INGRESADOS

Acordado el ingreso del menor en un centro de protección, éste queda sometido a un peculiar régimen jurídico (una verdadera relación de «sujeción especial») que determina su estatuto (19), estatuto que variará según el tipo de programa que desarrolle el centro: de este modo, es obvio que existirán diferencias notables según que el menor ingrese en un centro de primera acogida [o acogida inmediata (20)], en uno que desarrolle un programa atención residencial básica (21), o alguno de los que se destinan a menores que presentan necesidades especiales o dificultades de adaptación en su comportamiento (menores en con trastornos de conducta (22), extranjeros (23), menores con problemas de adicción, en situación de dificultad social... etc.) (24).

(19) Enumera detalladamente las razones que justifican el establecimiento de un estatuto jurídico administrativo de las personas internadas en un centro residencial J M^o ALONSO SECO (2005: 413-439).

(20) Son aquellos en los que se atiende, con carácter de urgencia y en horario ininterrumpido a los menores que se encuentren en grave situación de desprotección o en alto riesgo físico o psíquico, teniendo como objetivo el estudio y diagnóstico del menor y su entorno socio-familiar, en aras a determinar la medida y recurso de protección más adecuados, así como el plan a seguir con su menor y su familia.

El ingreso en estos centros es siempre temporal, en tanto se sustancie el procedimiento que determine la medida a adoptar.

(21) En estos centros se ofrece al menor el alojamiento, la convivencia y la educación que precisa para su desarrollo integral por el periodo necesario hasta que pueda producirse el retorno a su familia si fuera posible, la preparación para la emancipación o vida autónoma cuando cumplan dieciocho años o se adopte otra medida alternativa

(22) La Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia, denunciaba, en particular, el déficit normativo existente en relación con los centros de menores con dificultades de adaptación o trastornos de conducta. La Ley 8/2015, de 22 de julio, ha puesto fin a esta situación al introducir un nuevo capítulo IV (arts. 25 al 35) en la LOPJM donde se regulan «los ingresos, actuaciones e intervenciones en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales».

Sobre la problemática que se plantea en relación con estos centros pueden consultarse, entre otros, los trabajos de E. M^o MARTÍN AZCANO (2017); F. RODRÍGUEZ ALMIRÓN (2010).

(23) En relación con la tutela de los menores extranjeros, véase E. FERNÁNDEZ MASÍA (2001).

(24) Es posible que un mismo centro desarrolle más de un programa en tal caso, éstos deberán ser compatibles entre sí y no deberán afectar al normal desarrollo de la atención a los perfiles y problemática de los menores atendidos que deberán ser ubicados en unidades funcionales o módulos convivenciales independientes. No obstante, debe tenerse en cuenta la incompatibilidad objetiva de algunos programas, derivada del propio perfil poblacional, así como de las características espaciales, logísticas y profesionales de alguno de ellos, de

Durante este tiempo que dure el ingreso —que debe ser el absolutamente indispensable— el menor goza de los derechos que el ordenamiento jurídico vigente reconoce a toda persona menor de edad, pero, además, posee derechos inherentes a su propia condición de persona sujeta a una medida protectora e, incluso, a otros aún más específicos derivados de la circunstancia concreta de encontrarse en acogimiento residencial.

Para abordar este estudio debe partirse de que, en los últimos años, las Leyes autonómicas de servicios sociales han consagrado un modelo en el que tales derechos se contemplan como verdaderos derechos subjetivos, con la posibilidad, por tanto, de que puedan exigirse a la propia Administración y, llegado en caso, en vía jurisdiccional. Ahora bien, para la delimitación concreta de su contenido, tales leyes suelen contener una genérica remisión a ulteriores normas de desarrollo (25), dejando, por tanto, a la Administración un razonable margen para concretar su alcance. La doctrina suele diferenciar, por un lado, entre un «derecho de acceso al servicio» que, como señala AGUADO I GUDOLÀ (26) «comprende las facultades de admisión al servicio y de obtener una determinada prestación» y, por otro, los derechos que corresponden al ciudadano «como usuario ya admitido en el servicio».

En las páginas que siguen, se hará referencia a estos últimos. En particular, me centraré en los que aparecen expresamente mencionados en los Decretos a los que se aludía con anterioridad (DAR y DDTG), con abstracción de otros —de singular importancia— garantizados en otras normas estatales o autonómicas o en el propio texto Constitucional. Debe apostillarse que la consideración a tales derechos se realiza en relación con los menores ingresados en centros que desarrollan programas de atención residencial básica de manera que, si bien puede hacerse alguna referencia puntual a menores acogidos a otros programas (p.ej., de menores con trastornos de conducta, infractores, o de menores migrantes no acompañados), su régimen jurídico ofrece unas características peculiares y una regulación parcialmente distinta que aconseja

modo que no parece adecuado combinar en un mismo espacio la acogida inmediata o de urgencia con la atención residencial básica o esta última con programas específicos de graves problemas de comportamiento o de trastornos graves de conducta. Más problemático resulta aún que se ingrese en centros de protección a menores que, por haber cometido algún ilícito de los contemplados en la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad penal de los menores, deberían de ingresar en un centro de internamiento de menores infractores y no en un centro de protección.

(25) Así, por ejemplo, el artículo 7 de la LSSA dispone que «Las personas titulares del derecho a los servicios sociales en Andalucía tendrán derecho de acceso universal al conjunto de servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales con arreglo a lo dispuesto en esta ley, sus normas de desarrollo y en el resto de la legislación aplicable a los servicios sociales».

(26) V. AGUADO I GUDOLÀ (2012: 66).

su consideración diferenciada. En este sentido, si bien es cierto que, a día de hoy, existen valiosas aportaciones doctrinales, bien se trata de estudios más genéricos —referidos a los usuarios de los servicios sociales en general— o bien, circunscribiéndose a los menores ingresados en centros de protección, se ciñen una consideración particular de alguno de ellos, al margen de otros que, a mi juicio, revisten interés para ser objeto de consideración específica. A estos últimos derechos son los que se hace referencia en las páginas que siguen.

1. Educación

Durante el tiempo en el que el menor permanece ingresado en un centro de protección, deben adoptarse las precauciones necesarias para garantizar su derecho a la educación. Cuando se habla de derecho a la educación, debe entenderse, a mi juicio, que no estamos hablando sólo del derecho fundamental constitucionalmente garantizado (art. 27 CE), cuya efectiva prestación debe asegurarse por los poderes públicos: se trata de algo más. Y es que debe recordarse, de nuevo, que nos encontramos con individuos en una situación extraordinariamente singular y respecto de los que la educación adquiere un papel indispensable. En efecto, la educación, el derecho a la educación al que se hace referencia en estas normas, trasciende el ámbito estrictamente académico para abarcar otras parcelas, en las que debe instruirse a los menores (valores sociales, morales...) y cuya adecuada interiorización es una garantía de futuro que les permitirá apuntalar su desarrollo integral, su construcción como individuos responsables y el desarrollo de su personalidad, favoreciendo su autonomía, su capacidad de decisión, y su total integración en la comunidad, todo ello en la consideración a los principios democráticos de convivencia, el respeto a los derechos de los demás y de las libertades fundamentales.

El derecho a la educación implica que el menor deberá ser escolarizado, sin que pueda imponerse una suerte de educación «segregada», aislada respecto de los menores de su misma edad. De este modo, deberá potenciarse su participación y vinculación a centros de enseñanza normalizados, sean públicos o privados, sin que, en ningún caso los centros de protección de puedan constituirse en centros de enseñanza ni sustituir en su labor a los colegios e institutos previstos por el sistema educativo, siendo su papel —que no es poco— de refuerzo o complemento de la labor de los centros educativos. Para ello el centro en el que se acuerde el ingreso del menor deberá tramitar, con la mayor celeridad posible, la correspondiente solicitud ante la Administración educativa. En el caso de que el menor no se encontrara en edad escolar, y no deseara continuar su formación académica, el ROF establecerá los cauces a través de los cuales se puedan ofertar otras posibles acciones o alternativas formativas atendiendo a la edad y al perfil y demandas de cada menor.

La escolarización constituye, de este modo, un derecho y una obligación «por cuya satisfacción y cumplimiento deberá velar la Administración pública» (27), asegurándose, entre otras cosas, de que ésta se lleva a cabo con la urgencia exigida en la norma, sin que sean admisibles dilaciones no justificadas que podrían generar la correlativa responsabilidad. Asimismo, deberá procurarse un seguimiento del menor, que tenga en cuenta la especial situación de cada individuo, dispensando una «atención educativa individualizada», en función de sus características personales y sociales, pudiendo adoptarse medidas «compensatorias» que le permitan alcanzar los objetivos previstos para cada etapa educativa.

La labor del personal del centro (y en particular, el tutor), adquieren una especial relevancia en la efectividad de este derecho. Y es que el Plan educativo individualizado será elaborado precisamente por el éste actuando para ello de forma coordinada con el resto de los profesionales del centro y «tras el oportuno periodo de observación» teniendo en cuenta, como no podría ser de otro modo, «la información y propuestas facilitadas por el personal del servicio de protección de menores y por el personal técnico del propio Centro» así como a cada menor, siempre que «su capacidad, nivel y circunstancias así lo aconsejen». Es en relación con esta última apreciación donde pueden surgir los principales problemas en cuanto deberán tenerse en cuenta, no sólo la capacidad y nivel del menor, sino también lo que lo aconsejen «las circunstancias». Podría plantearse si las circunstancias que deben valorarse son las del propio menor, las del centro, o ambas a la vez, posibilidad esta última que debe reputarse como la más acertada.

A ello debe añadirse que la rápida evolución de las nuevas tecnologías, exige que se preste una especial atención a la educación de los menores en los riesgos de Internet, imponiendo una suerte de «educación digital» que conciencie a los menores de los peligros que su uso implica, ilustrándolos sobre derechos y obligaciones en este nuevo entorno. El Anteproyecto de la Ley de infancia y adolescencia de Andalucía, recoge una concepción amplia de dicho derecho que hace extensivo no sólo a los menores sino también a los padres y a la comunidad educativa.

Por último, puede traerse a colación la denunciada saturación de determinados centros de protección como consecuencia de la llegada masiva de menores migrantes no acompañados (MENA) (28) y el grave obstáculo que

(27) I. LÁZARO GONZÁLEZ (2002: 629).

(28) Del imparable incremento del número de menores migrantes no acompañados se vienen haciendo eco los Informes del Defensor del menor de Andalucía en los últimos años, de este modo, el Informe correspondiente al año 2018 (p.38), en el que se constata que en el año 2018 se registran 7.783 nuevos ingresos de estos menores en el Sistema de Protección de esta comunidad lo que supone un crecimiento del 135% respecto de 2017 año en el

ello supone para la labor socio-educativa de la Administración tiene asignada en este ámbito.

2. Seguridad y confidencialidad

Bajo la rúbrica de «seguridad y confidencialidad», el art.6 del DAR dispone que los menores tendrán derecho a «ser atendidos por personal cualificado profesionalmente y con una formación apropiada, que deberá respetar en todo caso la confidencialidad de los datos que conozca». Asimismo, prevé este artículo que los centros de protección deberán constituir un «entorno seguro, en el que se hayan previsto las situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores». Se distinguen, por tanto, dos derechos diferenciados que merecen una atención singular.

A) Confidencialidad

La confidencialidad a la que alude a este artículo no es sino trasunto del derecho a la intimidad de los menores y al que debe reconducirse su estudio (29), siendo dudosa —o al menos criticable desde el punto de vista sistemático— su regulación conjunta con el derecho a la seguridad que realiza el Decreto citado.

No hay duda de que el deber de confidencialidad (30) —es decir, la obligación de guardar la debida discreción de aquéllos datos del menor que consten el expediente o en cualquier otro documento que le concierna— se impone a *todas* las personas que participen en el proceso de protección (por tanto, no sólo el personal del centro) las cuales deben guardar «estricta confidencialidad acerca de la historia personal y familiar» de los menores, evitando las valoraciones peyorativas sobre las circunstancias que han provocado la actuación protectora o sobre la familia biológica» (art. 14.2 del DDTG) y tratando reservadamente los datos personales que figuren en los expedientes o historiales que manejan (31).

que ya se constataba en el Informe del Defensor del Menor que se habían «batido todos los récords conocidos» de manera que «el total de nuevos ingresos de menores en el Sistema de protección en Andalucía en ese año se había elevado a 3.306, frente a los 1.291 producidos en el ejercicio anterior.

(29) De hecho, el DDTG, no contiene un tratamiento separado de la confidencialidad y el derecho a la intimidad.

(30) La LSSA consagra también este derecho al enumerar la confidencialidad entre los derechos de las personas usuarias de los servicios sociales en su (art. 10 j).

(31) Sobre la protección de los datos de los menores en los centros docentes *vid.* F. DURÁN RUIZ (2015).

Al margen de la información que se puedan conocer mediante entrevistas o conversaciones con el menor —y respecto de las que este deber de sigilo es plenamente aplicable— los mayores problemas afloran, como es natural, cuando se trata de informaciones que figuran por escrito —o mediante cualquier otro soporte que garantiza su constancia, por ejemplo, grabaciones de imagen o de voz— en el historial o expediente del menor. Son múltiples las cuestiones que jurídicas que entonces se plantean, como las relativas a la custodia de mismo; su propiedad o el acceso a los datos que en él se contienen por parte de terceros o el propio menor.

Consciente de dicha problemática, el Reglamento Marco, prevé que el ROF deberá implementar un sistema de protección de todos los datos familiares y personales de cada menor acogido que se ajustará a lo dispuesto en la legislación reguladora de la protección de datos (32) imponiendo el cumplimiento de tal normativa y de los correspondientes códigos deontológicos a todo el personal que interviene con el menor, pudiendo su incumplimiento ser constitutivo de infracción administrativa grave (art. 56 f) LMA) o, incluso, delito de revelación de secretos. Por tanto, la configuración de este deber que— como se ha dicho no es sino una manifestación del derecho del menor a su intimidad— debe de hacerse tomando como referencia ineludible lo dispuesto en la Ley orgánica de Protección de datos (LOPD), Ley que se dicta al amparo y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 18 de la CE. A partir de lo dispuesto en la misma y en el Reglamento comunitario de Protección de datos —así como en la LOPJM, la LMA y la LSSA— podrán cincelarse los perfiles concretos de este derecho.

De lo dispuesto en la normativa de referencia, pueden deducirse los principios que deben orientar y presidir el cumplimiento de este deber de confidencialidad en el ámbito tan sensible que ahora nos ocupa. Así, puede afirmarse que dicho deber implica, en primer lugar, que las personas que pueden tener acceso al expediente en el que se consignan los datos del menor deben ser las estrictamente necesarias de manera que se evite el de otras que no lo precisaran por razón de las funciones que tengan encomendadas. Se impone, así, un sistema de accesos limitado, al entenderse que deber de confidencialidad no se vulnera únicamente cuando se divulgan los datos que se contienen el expediente sino cuando se realizan accesos no justificados a su contenido. De este modo, el alcance de la protección de la intimidad se extiende no sólo al contenido sino también a la forma en la que se realiza el acceso (33). En segundo lugar, frente al tradicional soporte papel, la digitalización del expediente, a pesar de

(32) Ley orgánica 3/2018, de 3 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre).

(33) *Vid.* STC 144/1999, de 22 de julio.

los recelos que suscita, entiendo que debe verse como una oportunidad para aumentar la seguridad y el carácter reservado de algunos datos, al permitir, en ciertos casos, segregar la información que en ellos se contiene, con el consiguiente aumento del nivel de intimidad del menor (ocultando, por ejemplo, su nombre y apellidos, o ciertas valoraciones personales pero dejando visibles otras circunstancias que pueden ser útiles para el cumplimiento de ciertos fines que beneficien al propio menor o al interés general); además la digitalización ofrece otras ventajas destacables para el trato individualizado y adaptado al menor al ser un formato que permite consignar todos sus datos relevantes en un único soporte que, por añadidura, es inalterable, legible, está ordenado y es difícil de extraviar. A ello debe añadirse que este formato facilita, cuando sea necesario, el intercambio institucional de información, y el conocimiento real de las personas que tienen acceso al expediente al quedar el acceso registrado en el sistema.

Por lo demás, la confidencialidad no puede entenderse como un valor absoluto de manera que, en ciertos casos, serán legítimas modulaciones o excepciones cuando así convenga al interés del menor (con el fin de evitarle un daño a él mismo o a terceros) o así se exija por imperativo legal; en cualquier caso, dichas excepciones deben estar convenientemente justificadas y ser el último recurso posible.

Corresponde al ROF, con estricta observancia de lo dispuesto en la normativa de protección de datos y demás normas aplicables, precisar los contornos de este deber, fijando su duración, las personas obligadas, la información y documentación concreta que está sometida a este deber de sigilo y confidencialidad, sus posibles excepciones y los posibles métodos de mejora. Es el Director del centro sobre quien recae el deber inexcusable de velar y proteger la confidencialidad de los datos contenidos en los expedientes de los menores ingresados, adoptando cuantas medidas sean necesarias para ello (34).

(34) Obligación que resulta de lo dispuesto en el art. 28 de la LOPD, a cuyo tenor «Los responsables y encargados, teniendo en cuenta los elementos enumerados en los artículos 24 y 25 del Reglamento (UE) 2016/679, determinarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas que deben aplicar a fin de garantizar y acreditar que el tratamiento es conforme con el citado reglamento, con la presente ley orgánica, sus normas de desarrollo y la legislación sectorial aplicable. En particular valorarán si procede la realización de la evaluación de impacto en la protección de datos y la consulta previa a que se refiere la Sección 3 del Capítulo IV del citado reglamento». En el apartado segundo de este artículo se prevé que para la adopción de estas medidas los responsables y encargados del tratamiento tendrán en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse en una serie de supuestos entre los que incluye en su apartado e) «los grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, los menores de edad y personas con discapacidad».

Sobre la protección de los datos de carácter personal de los menores en general puede consultarse el trabajo de A.I. BERROCAL LANZAROT (2019).

Muchos otros son los problemas que pueden anudarse a este deber de confidencialidad, siendo imposible tratar aquí todas ellas me limitará a enunciar algunas: así, por ejemplo, de qué tipo de manifestaciones del menor hechas en el trámite de audiencia debería dejarse constancia en el expediente (si sólo datos objetivos u otras valoraciones más detalladas); las limitaciones en el empleo de material audiovisual en las entrevistas con éste y el acceso a las mismas; o el alcance de este deber en relación con las exploraciones o informaciones que se conozcan por motivos médicos (35).

B) Seguridad

En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho a la seguridad, no resulta fácil determinar qué es lo que se ha querido garantizar exactamente en este artículo. A mi modo de ver, la seguridad a que en él se alude (equivalente a «entorno seguro») no puede identificarse con la «seguridad personal» a que hace referencia el art. 17 de la CE (libertad pública básica que previene contra las detenciones arbitrarias). Ciertamente, el menor tiene derecho a la seguridad, en el sentido constitucionalmente previsto, en cuanto que su ingreso no puede producirse de forma arbitraria sino previa la correspondiente decisión administrativa o judicial que lo justifica.

Pero la seguridad a la que se refiere en este precepto no es aquella a la que se acaba de aludir. En mi opinión, al imponer la exigencia de que en los centros constituyan un «entorno seguro en el que se hayan previsto la situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores», se exige tener en cuenta las características de los menores, aprobando para cada uno de ellos su particular «hoja de ruta», lo que se hará a través del Plan de Intervención y el Proyecto Educativo a los que alude el DAR, fijando las demás normas que sean necesarias para disciplinar la vida cotidiana en el centro, de modo que éste reúna todas las garantías precisas para asegurar la integridad y tranquilidad de sus ocupantes en su vida cotidiana y en sus relaciones con los demás. Asimismo, este derecho implica que el menor debe acogerse al programa y centro que le corresponda según sus características y necesidades, evitando la convivencia en un mismo espacio de jóvenes con problemas necesidades diversas, situación que, como se ha apuntado, debe evitarse. Por lo demás, es evidente que los centros deben reunir todos los requisitos previstos en la legislación vigente en materia de seguridad: medidas de prevención de incendios, salidas de emergencia, etc., pudiendo ser sancionados si tras la inspección correspondiente se evidenciara que no disponen de alguna de ellas.

(35) Sobre los problemas que se plantean en relación con el secreto médico y los menores de edad, véase A. JAREÑO REAL (2006).

3. Trato respetuoso y personalizado

De lo dispuesto en el art. 7 del DAR y de los arts. 10 y 11 del DDTG, resulta que debe diferenciarse entre el trato «respetuoso» y el «personalizado».

A) Trato personalizado

Conforme al primero de los artículos citados, el trato *personalizado* —además de la evidente previsión de que menor deba ser atendido a través del programa que mejor se ajuste a sus necesidades— se concreta en el derecho del menor a que se elabore un «Plan de Intervención» y un «Proyecto Educativo Individualizado». A este último ya se ha hecho referencia páginas atrás, a las que me remito. Por lo que se refiere al Plan de Intervención, definirá los objetivos de la actuación protectora, su temporalidad, recursos, régimen de relaciones personales, incorporará el plan de integración familiar y social y la propuesta sobre el menor, llevando a cabo las intervenciones necesarias para su ejecución. El art. 24 del DAR, concreta el procedimiento de elaboración y el contenido de dicho Plan previendo que deberá ser remitido al centro por el servicio especializado de menores en el plazo de un mes desde que se hubiera acordado el acogimiento residencial. Si bien se trata de un plazo breve, pudiera haberse incluido la previsión de uno aún menor, teniendo en cuenta la importancia de este instrumento habida cuenta la trascendencia de las previsiones que deben consignarse en él.

Para asegurar el trato personalizado, es básica la formación de equipos psicosociales estables que permanezcan en el tiempo, mediante la oportuna incentiación profesional por parte de las CC. AA. de psicólogos, trabajadores sociales, etc., procurando así que los menores puedan tener un único técnico de referencia.

Las medidas concretas que garanticen el trato personalizado se especificarán en el ROF de acuerdo con las pautas y sugerencias que especifica el Reglamento Marco (36).

(36) Conforme al Reglamento Marco, la garantía del tratamiento personalizado vendrá dada por:

- La indicación de la forma y el momento de la asignación de educador tutor o educadora tutora, así como de los espacios físicos y temporales en la dinámica de la vida cotidiana en los que tiene lugar una atención específica a cada menor.
- La metodología de trabajo personalizada, mediante la práctica de los diferentes instrumentos para la acción educativa individualizada previstos en el art. 55 del DAR.
- La celebración de reuniones de seguimiento de planes concretos, entre los distintos miembros de los equipos de profesionales, y con la frecuencia que establezca el Plan de Intervención de cada caso en particular.
- La implementación, por la persona experta en psicología y por el educador tutor o la educadora tutora, de programas de desarrollo específicos e individualizados, en función de las carencias y necesidades que pudiera presentar cada menor.

B) Trato respetuoso

Por su parte, el art. 11 del DAR prevé que los menores sujetos a medidas de protección y sus familias tienen derecho a ser tratados de modo respetuoso para con su intimidad, etnia, valores religiosos y culturales, orientación sexual y diversidad familiar. En los casos en que proceda la retirada de los menores del hogar familiar, se exige que ésta se realice por los profesionales adecuados de modo que no constituya una experiencia especialmente traumática. A tal fin, se explicará de forma comprensible a los menores y a sus padres o tutores las razones de la retirada de aquéllos y el objetivo perseguido con la misma. En relación con este artículo, aflora, inmediatamente, los conflictos que pueden ocasionarse como consecuencia del aumento de menores inmigrantes con diversas culturas creencias o valores religiosos (37).

4. Honor, intimidad e imagen

Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, genuinos derechos de la personalidad (intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles) (38), se consagran y protegen constitucionalmente por el art. 18 de la CE, que ha sido desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo. Como ha destacado el TS (entre otras muchas, STS de 17 de diciembre de 1997, rec. 30/1994), no se trata un derecho tricéfalo con varios aspectos (*ius in se ipsum*), sino tres derechos diferenciados (39) que, además, no tienen un carácter absoluto, por lo que pueden sufrir limitaciones, si bien éstas deberán estar establecidas por ley orgánica y basadas en razones de orden público (40).

(37) Este problema ha sido tratado por J. M. MURILLAS ESCUDERO (2002).

(38) Como señala A. MACÍAS CAMACHO (2008: 11), «de entrada, hay que efectuar una importante aclaración: como tales, los derechos, están fuera del comercio de los hombres y no pueden ser objeto de negocio, ni gratuito, ni oneroso. Idéntica cuestión sucede con la irrenunciabilidad, el titular de alguno de estos derechos podrá no ejercerlo, pero no podrá renunciar, por ejemplo, a tener intimidad. A esta premisa debe añadirse que, tratándose de menores, la protección es reforzada o prevalente, por el mero hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo un inveterado principio general del Derecho, procura la protección de los menores e incapaces como interés superior».

(39) Sin embargo, como señala X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (2001: 9), «en la práctica, son numerosas las demandas que se formulan en protección conjunta de los tres derechos, sin distinguir a cuál de ellos atenta el hecho objeto de la misma (...)» y la LOPJM, «también cae en la misma confusión. Ello sin perjuicio de que un mismo hecho puede atentar conjuntamente contra el honor y la imagen, o contra la intimidad y la imagen; en principio, no es posible la concurrencia del atentado al honor y a la intimidad».

(40) Muy relacionado con estos derechos está el derecho a la información, con el que, a menudo, colisiona. En este sentido, el art. 20 de la CE, tras reconocer el derecho a la libertad de expresión y a recibir una información veraz, indica que tales derechos tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título relativo a los derechos y deberes

A) Imagen

Definida la imagen como «la figura, representación, semejanza o apariencia de una persona», el derecho a la misma (41) se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana constituido y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular la potestad de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública [SSTC 117/1994 y 83/2002] (42). El TS atribuye a la imagen doble aspecto negativo y positivo: negativo, como el derecho a evitar que se reproduzca la imagen de una persona o se obtengan fotografías sin su consentimiento y positivo, como el derecho del interesado a difundir o publicar su imagen [STS de 19 de octubre de 1992] (43).

Así configurado, el derecho a la propia imagen tiene consideración especial en el caso de los menores (44) que se refleja, si bien indirectamente, en la propia CE cuyo artículo 20.4 recoge como limitación del derecho a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia. Por su parte, tanto la LOPJM (art. 4) como la LMA (art. 8) consagran este derecho prohibiendo la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una *intromisión ilegítima*, considerándose como tal «cualquier utilización de su imagen o su

fundamentales, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

(41) Destaca J. M. SERRANO ALBERCA (2001: 401), que el derecho a la imagen puede reconocerse como independiente o como consecuencia de la protección del derecho al honor. En el primer caso, su protección abarca cualquier tipo de captación de imágenes sin el consentimiento de la persona o contra su voluntad, así como su difusión. En cambio, si el derecho a la imagen se protege como consecuencia del derecho al honor, tendrá un ámbito más limitado.

(42) Dispone la STC 170/1987 que: «Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación, y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto».

(43) Así concebido, en ocasiones puede ser difícil distinguir este derecho de otros semejantes (en particular, del derecho al honor), si bien, como señala J. M. SERRANO ALBERCA (2001: 416), su singularidad estriba en que la imagen se protege con independencia del carácter difamatorio o no de la expresión.

(44) Sobre la problemática que plantea la protección de la imagen de los menores y la virtualidad de su consentimiento, véase M^a A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (2004: 725 y ss.); A. PANOS PÉREZ (2012: *in toto*); X. O'CALLAGHAN MUÑOZ (2001: *in toto*).

nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación (45), o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». La vulneración de esta obligación constituye infracción administrativa grave (art. 56 g) LMA).

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada, así, en la STS 774/2006 de 13 julio (Ponente O'Callaghan Muñoz) el Alto Tribunal puntualiza que:

«El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, *consintiendo* la divulgación de su propia imagen, o *por la Ley*, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo 8, 2 la Ley 1/1982). Evidentemente, ninguno de los supuestos concurre en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y Pública, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada» [en el mismo sentido *vid.* STS de 18 de octubre de 2004 (Ponente Almagro Nosete)]

El principal problema que se plantea es, por tanto, la determinación de cuando los menores tienen capacidad suficiente para consentir la divulgación de su propia imagen (46). Para responder a esta cuestión debe estarse a lo dispuesto en el art. 3 de la LO 1/1982, que prevé que el menor podrá autorizar o consentir intromisiones en su derecho a la propia imagen si cuenta con la «madurez suficiente, o por medio de sus representantes legales en otro caso» (47).

No obstante, el tema se complica desde el momento en que el art. 4 de la LOPJM prevé que, se considerará intromisión ilegítima «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar

(45) Como señala M^o A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (2004), es preciso completar la previsión contenida en este artículo con el art. 7 de la LO 1/1982, pues del texto del primer art. citado parece desprenderse que «la utilización de la imagen de un menor en un medio de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima si se produce menoscabo en su honra o reputación, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal menoscabo, no hay intromisión ilegítima».

(46) Este problema ha sido tratado por A. MACÍAS CAMACHO (2008).

(47) Según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, para que ese consentimiento sea válido, debe de ser expreso y otorgarse de forma escrita.

menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses *incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*. Esta antinomia con el art. 3 de la Ley 1/1982 se resuelve teniendo muy presente que lo que debe prevalecer siempre es la protección del menor ya que éste puede no ser verdaderamente consciente de las consecuencias negativas que su consentimiento a la difusión de su imagen puede acarrear (48).

La protección de este derecho se impone de forma especialmente cuidada cuando se trata de menores que se encuentran en la delicada situación que ahora nos ocupa. No puede olvidarse que se trata de niños que, en muchos casos, han sido víctima de malos tratos agresiones sexuales u otra experiencia traumática, por lo que, a la protección genéricamente prevista, debe añadirse un *plus* que garantice su amparo integral, procurando evitarles un padecimiento adicional al que ya han sufrido.

Todas las previsiones legales existentes para la protección del derecho a la imagen (49) del menor resultan aplicables a los que se encuentren ingresados en un centro de protección. A ellas debe añadirse lo dispuesto en el DAR, cuyo artículo 14 prevé que: «La Administración de la Junta de Andalucía promoverá

(48) Así lo destaca acertadamente M^o A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL (2004: 8), para quien resulta difícil conjugar la previsión de este artículo con la contenida en el art. 3 de la LO 1/1982, donde se permite que el menor pueda consentir intromisiones en los derechos de la personalidad si sus condiciones de madurez lo permiten. Concluye la citada autora que la previsión del art. 4 de la LOPJM se justifica en el objetivo de reforzar la protección del menor «y evitar el perjuicio que la difusión y publicación de datos relativos a su persona en los medios de comunicación pueda tener en su desarrollo» así como en «evitar que el menor pueda ser objeto de manipulación por sus propios padres, familiares o grupos en que se mueve».

(49) En relación la protección de la imagen de estos menores puede citarse la STS 485/2010, de 26 de julio [rec. 2013/2006] en la que el Alto Tribunal manifiesta que: «Se ha narrado la forma en que los mismos salieron del círculo de la custodia familiar, en unos casos por la madre que no la tenía atribuida y por un abuelo en iguales condiciones, manifestándose las circunstancias particulares de la vida de esos menores y de sus padres, la consideración de que la madre de uno de ellos nunca quería estar con su hijo porque no tenía instinto maternal, que los padres de otro eran drogodependientes y otras circunstancias que desde luego afectan sobremedida la intimidad de esos menores (...) es obvia la intromisión en el primero (derecho a la intimidad) al darse a conocer públicamente una serie de circunstancias personales y familiares que en nada interesan al público en general, de una manera que puede resultar hartamente perjudicial a los menores al poderse conocer en el círculo de personas o conocidos con los que actualmente convivan, a quienes precisamente va dirigida la pretensión de que se den noticias sobre su paradero. Es claro que aunque a las personas que actualmente les tengan en su compañía no les asistiera la razón jurídica o incluso incurrieran en un comportamiento contrario a derecho, o incluso pudieran estar cometiendo actuaciones ilícitas desde el punto de vista penal en relación con el derecho a la custodia de esos menores, tales circunstancias no pueden perjudicar precisamente a esos menores a los que se pretende defender mediante la emisión de las manifestaciones y fotografías efectuadas en el programa poniendo en público conocimiento circunstancias de su procedencia familiar y de las condiciones o personalidad de esos familiares».

el ejercicio de las acciones legales pertinentes a fin de evitar y perseguir la divulgación, a través de los medios de comunicación social y sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías, de la imagen de los menores y de información sobre la situación personal, familiar y social de estos que permita su identificación. A tal efecto, se procederá a la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la comunicación de tales hechos al Ministerio Fiscal».

B) Intimidad

Como señala reiterada y consolidada jurisprudencia, el derecho a la intimidad —en cuanto derivación de la dignidad de la persona— tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida (vinculado con el respeto a su dignidad) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida [SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo], evitando así las intromisiones arbitrarias en su vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [ST 485/2010, de 26 de junio (rec. 2013/2006), 719/2009, de 16 de noviembre (rec. 2041/2006); SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre]. Este derecho se extiende al conocimiento de datos sobre la persona, su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella.

Resulta difícil determinar apriorísticamente cuando una actuación puede suponer una vulneración de este derecho, al variar según las circunstancias y las características de cada persona, siendo, en definitiva, los Tribunales los que decidan, caso por caso, cuando dicho derecho es o no tutelable (50).

En relación a los menores, la protección de la intimidad se garantiza junto a la de su honor e imagen, en el art. 6 de la LMA. Ahora bien, este artículo consagra el derecho a la intimidad que tienen los menores, en general (51) pero ¿qué ocurre respecto de los «otros» menores, es decir, los que

(50) J. M. SERRANO ALBERCA (2001: 416).

(51) Unas de las situaciones en las que se puede ver más comprometida la intimidad de toda persona es con ocasión de un tratamiento sanitario o su ingreso en un centro hospitalario. Existen disposiciones específicas para la protección de la intimidad de toda persona en tal situación y, en particular, de los menores. En relación a estos últimos, el art. Decreto 246/2005, de 8 de noviembre regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

se encuentran ingresados en un centro de protección? No es difícil aventurar que tal derecho sufrirá matizaciones impuestas por la especial situación en la que el menor se encuentra, experimentando ciertas limitaciones derivadas de la propia intervención administrativa, las circunstancias del menor, o las exigencias impuestas por el estilo de vida o las características del centro (52).

Así resulta de lo dispuesto en el art. 30.3 de la LOPJM que autoriza el registro de las pertenencias de los menores ingresados en centros de protección específicos por parte de su personal, así como la retirada de objetos hallados «que pudieran ser de ilícita procedencia, resultar dañinos para sí, para otros o para las instalaciones del centro o que no estén autorizados» y del art. 8 del DAR, en el que después de garantizar los menores su derecho a la privacidad —asegurándoles un «espacio» (53) (que no de una habitación) y «un tiempo» propios— así como el de mantener consigo sus pertenencias (54), la inviolabilidad de su correspondencia y el secreto de sus comunicaciones (de modo que puedan hacer y recibir llamadas en privado) (55), remite, para la exacta delimitación de su contenido, a lo dispuesto en el ROF. Ahora bien, si lícita se considera la remisión al ROF —cuya aprobación, como se vio páginas atrás, se encauza a través de un verdadero procedimiento administrativo que garantiza su acierto y oportunidad— más dudosa es la referencia a la posibilidad de que los menores sean «orientados adecuadamente por el Centro»

(52) Limitación que, por lo demás, acontece en todos los centros de servicios sociales. Así lo destaca A. EZQUERRA HUERVA (2011: 109), para quien el propósito de tales limitaciones no es otro que «precisar que el desarrollo de la vida cotidiana en un centro de servicios sociales con unas determinadas características estructurales y con una exigencia de desarrollar determinados cometidos, inevitablemente ha de entrañar cierto grado de condicionamientos al derecho individual a la intimidad que cada interno ha de asumir y tolerar».

(53) En el ROF se indicará la distribución y la disponibilidad de espacios por cada menor (como aseos o armarios) en las habitaciones destinadas a dormitorio del centro (aptdo. 3.2 del Anexo del Reglamento Marco).

(54) Como recuerda la Resolución 45/113 de Naciones Unidas: «La posesión de efectos personales es un elemento fundamental del derecho a la intimidad y es indispensable para el bienestar psicológico del menor. Deberá reconocerse y respetarse plenamente el derecho de todo menor a poseer efectos personales y a disponer de lugares seguros para guardarlos».

En lo que se refiere a las pertenencias personales de cada menor, el Reglamento Marco también prevé que, los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de los Centros deberán establecer las normas y procedimientos para el uso y custodia de las mismas por parte de las personas que sean sus propietarias.

(55) El Reglamento Marco prevé que el ROF deberá regular el acceso y la utilización de un teléfono en el centro, ubicado en un pequeño espacio habilitado al efecto, es decir, suficientemente acondicionado y aislado, que garantice la realización y recepción de llamadas telefónicas y la intimidad de las mismas. Asimismo, determinará el horario y la duración adecuada de estas comunicaciones, debiendo tenerse en cuenta, en este sentido, el régimen de relaciones personales establecido por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de que se trate.

(¿quién los debe orientar?) cuando el ejercicio de esos derechos (¿qué derechos? ¿Los aludidos en el apartado primero del art. 8, es decir la privacidad y el derecho a mantener consigo sus pertenencias? ¿O quizá el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones? ¿O todos ellos?) va en contra del «propio interés» de los menores (¿a quién le corresponde dilucidar que el ejercicio de esos derechos —recordémoslo, verdaderos derechos fundamentales— van en contra del interés del menor?).

Para responder a estas cuestiones, debe entenderse, en primer lugar, que esta referencia debe entenderse hecha, sobre todo, los derechos mencionados en el apartado segundo del art. 8 (es difícil comprender como puede ir en contra del interés del menor disponer de un espacio y tiempo propios, aunque no lo es tanto el que *ciertas* pertenencias si pudieran serlo), en segundo lugar, tampoco parece claro a quien le corresponde la competencia para proporcionar esa orientación al menor. Parece que según los casos pudiera atribuirse al propio tutor (educador) del menor; mientras que en otros pudiera ser más adecuada la intervención del Director del centro o, incluso, de personal especializado. En cualquier caso, estas funciones estas funciones deberán ejercerse de forma proporcionada y con estricto acatamiento de las previsiones contenidas en la legislación vigente en general y, en particular, en el ROF, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del DAR (56), siendo su conducta susceptible de generar, en su caso, la correspondiente responsabilidad.

Por último, una de las situaciones en la que puede resultar más comprometida la intimidad de toda persona es la que se produce con ocasión de registros personales y materiales (57), o la exploración y asistencia médica, pues en estos casos resultará inevitable la exposición de partes del cuerpo que normalmente quedan sustraídas de la visión de los demás, o la manifestación de datos relativos a la vida o costumbres pertenecientes a la vida íntima del sujeto que éste se ve obligado a revelar, información respecto de la que se garantiza el tratamiento confidencial (58). Como destaca la jurisprudencia, la

(56) La Dirección ejercerá la máxima autoridad del Centro, asumiendo directamente la responsabilidad sobre los menores acogidos y sobre la organización y coordinación del funcionamiento del mismo.

2. La Dirección del Centro tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

c) Velar por el cumplimiento de las normas contempladas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento, de las disposiciones vigentes y de las instrucciones efectuadas por la Dirección General competente en protección de menores.

g) Cuantas le vengan atribuidas legal o reglamentariamente, y en concreto, aquellas que se definan en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro.

(57) Sobre esta problemática, en particular, en el internamiento de menores con problemas de conducta en centros especializados, *vid.* E. M^o MARTÍN AZCANO (2007: 19).

(58) El art. 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica

intimidad física «es la Cenicienta de los derechos de los pacientes» y supone «que nadie puede acceder al cuerpo de otra persona sin su permiso. Nadie que esa persona no consienta puede tocarle observarle o invadirle» (59).

En relación con estos últimos existe alguna previsión concreta sobre esta delicada cuestión, así el art. 30.2 de la LOPJM exige que los registros personales o cacheos se realicen, como mínimo, en presencia de dos profesionales del centro del mismo sexo que el menor sometido a reconocimiento. Si implicasen algún tipo de exposición corporal, tendrán que llevarse a cabo en un lugar adecuado, sin la presencia de otros internos y preservando «en la medida de lo posible», la intimidad del menor. Para realizar los registros, deberán emplearse «preferentemente» medios electrónicos como detectores electrónicos de metales o aparatos de rayos X. Por su parte, el art. 15 del Decreto DDTG dispone que «los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas», lo que se exige con mayor intensidad en el caso de menores que hayan sido objeto de abusos sexuales o de cualquier otro tipo de maltrato.

5. Información y audiencia

En las páginas anteriores se ha insistido en que el ingreso de un menor en un centro de protección supone la adopción de medidas de la máxima gravedad sobre su esfera jurídica, por lo que tal decisión debe adoptarse con todas las garantías.

A) Audiencia

En el campo que nos encontramos, el derecho de audiencia (60) se manifiesta con especial intensidad. Y es que como quiera que la decisión sobre el ingreso del menor en un centro de protección se contiene en la resolución que

dispone que: «Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes».

(59) SJCA de Navarra de 25 de mayo de 2011 (rec. 42/2009).

(60) El derecho del menor a ser oído se consagra, con carácter general, en el art. 9 de la LOPJM, artículo que ha sufrido algunas modificaciones importantes por la LO 8/2015, de 23 de julio.

pone fin al procedimiento de desamparo —o, en su caso, en la correspondiente resolución judicial— es preciso que, una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, éste se ponga de manifiesto a *todos los interesados*: padres, tutores o guardadores —a fin de que puedan presentar las alegaciones y documentos que estimen convenientes (trámite que se entenderá cumplido cuando éstos no hayan podido ser localizados o, si citados, no comparecen en el plazo de diez días)— y, por supuesto, al propio menor.

La finalidad este trámite —que deberá observarse no sólo en este procedimiento, sino en cualquiera otra actuación que pudiera afectar al menor (61)— es proporcionar al menor la posibilidad de que manifieste su opinión sobre la medida propuesta, oponiéndose, en su caso, a su internamiento; opinión que, si bien deberá ser tomada en cuenta en la resolución que ponga fin al procedimiento, no condiciona absolutamente la decisión que pueda tomarse pues el derecho que se le otorga es *el de ser oído* no el de *decidir*, de modo que el criterio del menor será un elemento más que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión final (62) que siempre será la que más convenga a su interés, aunque pueda no coincidir necesariamente con su deseo, supuestos en los que la decisión deberá motivarse suficientemente sin bastar consideraciones generales.

Nos encontramos aquí con una de las principales novedades que la LO 8/2015, introduce en la LOJM. En efecto, la citada Ley sustituye —con acierto— el criterio de la edad por el de la *madurez*, consagrando el derecho del menor a comparecer en este trámite por sí mismo (o por la persona que designe), no sólo si tuviera los doce años cumplidos sino si, con independencia de si haber alcanzado dicha edad, se entendiese que tiene *madurez suficiente* para ello; en caso de no ser así, corresponde transmitir su opinión a sus representantes legales— siempre que no tengan un interés contrapuesto al del menor— o a otras personas que, por su profesión o la relación especial confianza con él, puedan transmitirla con objetividad.

El que menor alcance un cierto grado de madurez es una circunstancia que, se exige, sea valorada por personal especializado [que deberá tener en cuenta «el desarrollo evolutivo del menor» así como «su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso»], cuya intervención resulta, pues, crucial y preceptiva para dicha determinación. El pro-

(61) Como señalan I. V. MAYORAL NARROS; T. FRÍAS FIEL; J. M^o RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS (2007: 196), la opinión del menor deberá ser tomada en cuenta, no sólo en lo que respecta a esta medida de protección sino una vez que se encuentra viviendo en el centro residencial de manera que «se articulen mecanismos que garanticen de forma eficaz que el menor sea escuchado, tanto a nivel grupal como de forma individual».

(62) J. MORENO-TORRES SÁNCHEZ; J. EZQUERRA UBERO; S. JIMÉNEZ BAUTISTA (2007: 131).

blema aflora cuando dichos equipos no existen o, cuando por el volumen de trabajo que soportan, su informe se demora más del tiempo del deseable, con el consiguiente perjuicio que ello puede acarrear el menor (63).

La intervención del menor en este trámite se configura como un derecho («podrá» dice la Ley) y no como una obligación; por ende, su ejercicio dependerá de la voluntad de su titular (el menor) que, si así lo desea, podrá no hacer uso del mismo. Ahora bien, para que su comparecencia cumpla el cometido que se le asigna es preciso, por una parte, que el menor cuente con la información precisa y adecuada para poder formarse una idea exacta de sus derechos y, por otra, que éste tenga cumplido conocimiento de la relevancia de su participación en dicho trámite. Constituye, por tanto, dicha información un requisito de indudable transcendencia para decidir el destino del menor, pues si se le sustrajese, difícilmente podrá formarse una idea exacta de su situación y expectativas, por lo que su declaración podría resultar distorsionada repercutiendo ello en la decisión administrativa que se acuerde. A ello debe añadirse las dificultades que dicha omisión podría acarrear a la hora de elaborar la argumentación que le permitieran discrepar, en su caso, de la medida de protección que finalmente se acordara.

La exigencia de que la audiencia del menor deba hacerse conforme a lo previsto en este artículo (discreción, intimidad, seguridad...) implica que su declaración pueda y deba llevarse a cabo en las condiciones que le sean más favorables, evitando que el encontrarse en un medio extraño (rodeado de personas que desconoce o cuya presencia puedan intimidarle) o con interferencias familiares o de cualquier otro tipo que puedan producir una distorsión entre lo que éste comunica —verbalmente de otro modo (64)— y lo que realmente piensa o quiere. Entran aquí en juego las habilidades y la profesionalidad de las personas que se relacionan con él, que deberán explorar su voluntad con el fin de detectar sus necesidades, consiguiendo que su declaración se produzca en la forma más relajada y cómoda posible y, por tanto, más ajustada a sus verdaderos deseos.

Como trámite fundamental constitucionalizado que es que es, su omisión, podría acarrear la nulidad de la resolución que se adopte. No obstante, podrá prescindirse del mismo siempre y cuando así convenga a su superior interés, lo que deberá motivarse suficientemente. Tras la reforma de 2015 se introduce de forma expresa la necesidad de que la resolución se notifique a los interesados —entre los que ahora se cita también al menor— «indicando explícitamente

(63) Denuncia estas carencias A.L. CAMPO IZQUIERDO (2015: 11).

(64) Es de notar que el art. 9.2 LOPJM permite que la opinión del menor pueda manifestarse» verbalmente o través de formas no verbales de comunicación», lo que permite deducir que, entre estas últimas, no cabe sólo la escrita sino cualesquiera otras que permitan deducir con certeza su criterio.

los recursos existentes contra tal decisión» así como y la necesidad de que en la resolución se haga constar, en su caso «el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración».

Por lo demás, si bien los preceptos transcritos no son sino reiteración de las previsiones genéricas recogidas en la ley de procedimiento administrativo, su inclusión en la Ley especial debe valorarse muy positivamente pues subraya la importancia de este trámite, que adquiere una dimensión especial por causa de sus destinatarios.

B) Información

En cuanto al *derecho a la información*, el menor, por el simple hecho de su internamiento, no se convierte en un ser aislado del resto de la sociedad. En un sentido amplio, tal derecho implica el derecho del menor a conocer las noticias y evolución de los acontecimientos de actualidad a través de los distintos medios de comunicación social [derecho que se proclama para todos los menores en el art. 7 de la LMA (65)], así como los que afectan a su entorno más cercano (familiar o afectivo) y a relacionarse y comunicarse, tanto con el personal del centro, como con sus familiares y amigos, derecho que podrá ejercer sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del buen orden y la armónica convivencia en el centro.

Ahora bien, cuando se habla de derecho que tienen los menores ingresados a recibir información (66), no se está haciendo en el sentido antes expuesto, sino que se alude al derecho que se les comuniquen —con un lenguaje claro e

(65) En este artículo se contienen una serie de previsiones sobre el modo en que la información debe ser transmitida a los menores, el lenguaje que puede utilizarse, programación adecuada, etc. Sus previsiones han sido desarrolladas por el Decreto 25/2007, de 6 de febrero (BOJA núm. 39, de 22 de febrero) que establece medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de las personas menores de edad, cuya finalidad, tal y como proclama en su Preámbulo es «equilibrar las medidas dirigidas a fomentar el adecuado uso de Internet y las TIC, regulando los derechos de las personas menores al acceso a las nuevas tecnologías, estableciendo elementos pedagógicos y normas del buen uso de Internet, navegadores adaptados, entre otros, con aquellas otras medidas que se disponen para promover elementos de prevención, seguridad y control sobre su uso estableciendo reglas, instrumentos de filtros y otros métodos de seguridad y regulando el funcionamiento de las cibersalas; de tal modo que se puedan aprovechar los beneficios del empleo de Internet y las TIC, pero adoptando medidas para la prevención de los riesgos que una utilización indiscriminada pudiera ocasionar a las personas menores de edad con relación a los contenidos inapropiados para su formación y desarrollo».

(66) Asimismo, este derecho se reconoce a los padres, tutores o guardadores pues conforme al art. 22 de la LOPJM: «La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos, cuando no exista resolución judicial que lo prohíba».

inteligible, acorde con sus condiciones de madurez— los datos relacionados con su ingreso (características del centro y sus normas de funcionamiento; derechos y deberes o funciones asumidas por cada una de las personas e instituciones que participan en su atención); situación y expectativas de evolución de la misma. Pese a ello, no es infrecuente que dicha información no esté enteramente compilada en el expediente de protección, de manera que, es habitual que en el mismo falten elementos importantes (por ejemplo, las actuaciones previas desarrolladas por los servicios sociales de base) o que los documentos no estén sistematizados o estén mezclados, con las obvias dificultades que dicho desorden acarrea en la ágil y eficaz tramitación del procedimiento.

6. Relaciones personales

El menor ingresado en un centro de protección mantiene, en principio, el derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores parientes o amigos bien de forma directa o a través de medios orales y escritos (67), de manera que el simple hecho de la institucionalización, no implica la supresión de tales relaciones (68). Este derecho — íntimamente relacionado con la intimidad y a la libertad de expresión— es esencial (69) para mantener y fomentar

(67) El art. 13 del DDTG dispone en sus dos primeros apartados que: «1. Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores, parientes y allegados, tanto de forma directa como a través de medios orales y escritos. Se procurará, especialmente, mantener la convivencia entre los hermanos y preservar sus vínculos afectivos.

2. A tal efecto se suscribirá por los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años, un documento que regule el ejercicio del derecho de visitas, en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones. En caso de desacuerdo, podrá solicitarse su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Para ello, el ROF deberá establecer las directrices que potencien los contactos y las visitas de amigos y compañeros al Centro y viceversa, de acuerdo con el régimen de visitas establecido (que el menor tiene derecho a conocer).

(68) Como señala A. DE PALMA DEL TESO (2006: 357), «debe revisarse y modificarse la actuación que de forma indebida llevan a cabo algunas Administraciones públicas que proceden, en muchos casos por vía de hecho, a suspender las visitas y comunicación del menor y su familia en el momento de declararse el desamparo (...). Tras esa práctica se esconde en ocasiones una concepción totalmente equivocada del instrumento legal de la tutela administrativa de los menores desamparados, considerada como un castigo o sanción a los padres que no han cumplido debidamente sus funciones legales en lugar de una vía para brindar asistencia y protección al menor».

(69) Como señala la SAP de Cádiz de 24 de enero de 2005 (JUR 2001/58.854): «La finalidad del desamparo no es la de retirar la custodia de los hijos a sus padres biológicos para buscarlas otro hogar con otros padres adoptivos donde puedan lograr un mayor bienestar social, sino que tal solución debe ser la última, cuando exista manifiesta imposibilidad o dejación de la atención por parte de sus progenitores».

los vínculos de menor con su familia, especialmente con sus hermanos (70), facilitando, en su caso, su posterior retorno a la misma (71).

Ahora bien, no se trata de un derecho absoluto en la medida en que podrá limitarse, condicionarse o suspenderse cuando así lo requiera el interés superior del menor o así se acuerde por resolución judicial (72). Igualmente, el régimen de visitas podrá modificarse cuando el propio manifieste su deseo de no recibir las, o exprese emociones negativas respecto a las mismas, supuestos en los que se remitirá la información al Servicio especializado de protección de menores que valorará la situación para adoptar las medidas que correspondan. Corresponde al Ministerio Fiscal el control del adecuado desarrollo del régimen de visitas y relaciones personales entre el menor y su familia (art. 174 LEC).

7. Salud

El derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud —auténtico derecho de configuración legal— se consagra en el art. 43 de la CE (73).

(70) Art. 13.1 del DDTG.

(71) Las condiciones de su ejercicio se fijarán en un documento que deberán suscribir los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años. En caso de desacuerdo podrá solicitarse su fijación en resolución judicial conforme a lo previsto en el art. 780 LEC. Una vez fijado el régimen de visitas, los Centros adoptarán las medidas necesarias para que sea efectivo, asignándose a tal efecto el correspondiente espacio en el. En el ROF, que regulará el horario y el régimen de las visitas de acuerdo con lo establecido administrativa o judicialmente.

Las comunicaciones y visitas se celebrarán respetando la intimidad de los menores. No obstante, cuando así quede establecido judicialmente o por la Comisión Provincial de Medidas de Protección, las relaciones podrán ser supervisadas por profesionales del Centro. En estos casos, será necesario cumplimentar un Protocolo de Observación de visitas en el que se indicarán las incidencias que hayan tenido lugar.

(72) El art. 13 del DDTG dispone que: «La Administración de la Junta de Andalucía instará judicialmente, previo informe del equipo técnico correspondiente y con audiencia de los menores, la supervisión, limitación e incluso suspensión de las relaciones de éstos con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, cuando les cause un perjuicio físico o psíquico».

Asimismo, la posibilidad de interrumpir las visitas se prevé en el art. 47.5 del DAR, conforme al cual «Si el comportamiento de algún familiar resultase conflictivo o peligroso para la integridad de los menores o de las demás personas del Centro, se podrá interrumpir la visita por el personal del mismo, poniéndolo en conocimiento de forma inmediata de la Comisión Provincial de Medidas de Protección, a través del Servicio especializado de protección de menores, que informará a su vez al Ministerio Fiscal y, en caso necesario, solicitará la suspensión de visitas al Juez competente en interés del menor».

(73) Dispone este artículo que: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria».

Prescindiendo de un análisis en profundidad de la rica problemática que este derecho plantea, me limitaré a señalar alguno de los aspectos principales que presenta en relación con los menores ingresados. Para ello debe partirse de que, aun cuando las diversas normas generales (74) y particulares que se han dictado en desarrollo del art. 43 CE contienen previsiones específicas (75) para los menores en general (76) (por ej., relativas a la atención primaria, consentimiento informado, derecho de información o trasplante de órganos) la LMA incluye una referencia específica a este derecho en su art. 10 (77). En este precepto se contienen una serie de mandatos a la Administración Sanitaria Pública relacionados con la protección de la salud de los menores que se materializan en el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre (78) que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

Dicho Decreto, además de reiterar para los menores alguno de los derechos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica, contempla algunas cuestiones que no se habían regulado —o lo habían sido de forma deficiente— en la normativa sectorial y que se consideran especialmente importantes, como el reconocimiento expreso del derecho del menor a estar acompañados permanentemente por sus padres, familiares, tutores o representantes legales durante todo el tiempo (79) que permanezcan hospitalizados (80); la garantía de la escolarización durante ese periodo; o la protección de su intimidad.

(74) Así, por ejemplo, entre las disposiciones generales puede citarse la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

(75) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de órganos.

(76) Existen algunos importantes estudios sobre los problemas que se plantean en relación con el derecho a la asistencia sanitaria de los menores; así, entre ellos, véase, por ejemplo, I. LÁZARO GONZÁLEZ (2002: 560 a 599).

(77) En este extenso art. se contienen una serie de previsiones que, en gran parte, son reiteración o reproducción de las contenidas en la legislación sectorial sobre sanidad.

(78) BOJA núm. 244, de 16 de diciembre.

(79) Esta previsión es más generosa que la contenida en la LMA, donde no se prevé que los menores tengan derecho a estar permanentemente acompañados de sus padres o tutores sino tan sólo «durante el máximo tiempo posible».

(80) El art. 8 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre dispone que: «Las personas menores de edad tienen el derecho a estar acompañadas permanentemente por la madre y el padre, tutoras o tutores, o persona en quien éstos deleguen, en tanto se mantenga la necesidad de su atención sanitaria en un centro o espacio asistencial. En caso de que el acompañamiento perjudique la tarea asistencial o la salud de la persona menor de edad, desde el servicio asistencial se tomarán las medidas necesarias para evitar el perjuicio. Cuando se produzca

Pues bien, todos los derechos reconocidos en esta disposición, deben entenderse igualmente aplicables a los menores internos, a los que se garantiza «una protección integral de su salud» que incluye la atención sanitaria y los tratamientos especializados que requieran según sus necesidades (art. 11 del Decreto 355/2003) (81), así como a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas (art. 15 del Decreto 42/2002).

La prescripción y el seguimiento de la administración de medicamentos deberá efectuarse por un facultativo médico autorizado y *no por los educadores del centro*. Esta previsión resulta especialmente importante, pues se orienta a evitar la posible medicación de los menores con el fin de controlarlos, anulando o limitando su capacidad volitiva o motora. A tal fin, el art. 33.2 LOPJM exige llevar un registro con la historia médica de cada uno de los menores.

A) El problema del consentimiento de los menores

Uno de los problemas principales que se plantea en relación con la asistencia sanitaria de los menores en general es el de la autorización necesaria en el caso de que deban ser sometidos a una intervención quirúrgica o un tratamiento sanitario y el papel que su consentimiento juega en estos casos (82). En el supuesto de menores ingresados, debe diferenciarse —conforme a lo dispuesto en el 26 del DAR— según se trate de menores tutelados por la Administración de aquellos en los que ésta ha asumido tan sólo la guarda. En

una circunstancia que impida el acompañamiento, se informará a la madre y al padre o representantes legales y quedará constancia en la historia clínica.

2. En el caso de ingreso en cuidados intensivos, cuidados especiales y prematuros se articularán las medidas necesarias para que el acompañamiento por parte del padre, madre o representante legal, pueda llevarse a cabo durante el mayor tiempo posible. En situaciones terminales se facilitará, especialmente, el acompañamiento continuo de la persona menor de edad por parte de su madre y de su padre o personas tutoras.

3. El régimen de visita durante la hospitalización se llevará a cabo con criterios de flexibilidad horaria que faciliten el mayor tiempo posible de relaciones para respetar los vínculos de la persona menor de edad con personas de su entorno, con los límites necesarios para garantizar su descanso y la actividad asistencial del centro. Los hermanos y hermanas menores de edad, podrán visitarle junto a su madre, padre o persona tutora, si no existiera contraindicación clínica alguna tanto para la persona menor de edad paciente como para la persona menor visitante.

(81) Obviamente, en caso de menores con alguna discapacidad, se garantiza el que sean atendidos en centros residenciales adaptados a sus necesidades.

(82) Sobre los problemas que plantea el consentimiento informado de los menores de edad, pueden verse, entre otros, los trabajos de F. DE MONTALBO (2019) o M^o A. PARRA LUCÁN (2003).

el primer caso, como quiera que la tutela *ex lege* implica la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172 Cc) (83), la autorización deberá otorgarla la Comisión Provincial de Medidas de Protección, para la cual la Dirección del Centro presente deberá remitirle la correspondiente solicitud junto con el informe facultativo con, al menos, cinco días de antelación a la fecha prevista para la realización de la intervención o el inicio del tratamiento. Como es natural, no se recabará dicha autorización en los *casos de urgencia* (verdadero concepto jurídico indeterminado) supuesto en el que bastará con que la decisión se tome por la Dirección del centro previa comunicación, si fuere posible, al Servicio especializado de protección de menores de la que habrá de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Comisión Provincial. Una vez efectuada la intervención se pondrá en conocimiento de quienes tengan la patria potestad o tutela del menor (84).

La respuesta debe ser diversa en el caso de menores sometidos a acogimiento supuesto en que la autorización deberá otorgarla la persona o personas que ostenten la patria potestad o tutela.

Ahora bien, nada se dice en este artículo sobre el papel que juega en estos casos el consentimiento del menor (85), consentimiento que, conforme a lo previsto en el apartado 15.3 del DDTG, se requerirá «con carácter previo al desarrollo de cualquier medida terapéutica» *según su grado de madurez*.

El problema estriba en determinar cuando el menor, por tener madurez suficiente, debe consentir la intervención o el tratamiento. Para resolver a esta cuestión, a falta de disposiciones específicas, debe estarse a lo dispuesto en la Ley 42/2002, básica de la autonomía del Paciente, cuyo artículo 9.3 c) prevé que se otorgará el consentimiento por representante «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante

(83) Antes de la reforma del artículo 172 Cc por la LOPJM la doctrina había venido discutiendo si era lícito afirmar que la constitución de la tutela automática comportaba la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Para P. DE PABLO CONTRERAS (1993: 38), de ninguno de los preceptos del Código podía extraerse tal consecuencia. Sin embargo, en la actualidad, tras la citada reforma, la cuestión ha quedado zanjada no existiendo dudas de que la constitución de la tutela automática conlleva tal consecuencia pues, como claramente indica el último párrafo del apartado primero del artículo 172 Cc: «La asunción de la tutela atribuida por la autoridad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria». Cuestión distinta —e incontrovertida— es que la constitución de la tutela *ex lege* no produce *por se* la extinción de la patria potestad o tutela, siendo necesario para ello la correspondiente intervención judicial.

(84) Art. 26 Decreto DAR.

(85) El problema del consentimiento de los menores en la asistencia sanitaria es uno de los que ha generado mayor literatura jurídica, así, entre otros, *vid. M^o P. ANDREU MARTÍNEZ* (2012).

legal del menor *después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos*. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero *emancipados* o con *dieciséis años* cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los *padres serán informados* y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

De lo dispuesto en este artículo, resultan diferentes situaciones según la edad del niño: si es menor de 12 años, el consentimiento corresponde otorgarlo a sus padres o representantes legales. Si tiene 12 años cumplidos, corresponde a éstos otorgar el consentimiento, pero oído previamente aquél. Si son menores emancipados o mayores de 16 años, corresponde a ellos dar el consentimiento, aunque sus representantes legales deberán ser informados en caso de grave riesgo, debiendo tenerse en cuenta su opinión. Estas reglas no se alteran por el hecho de que el menor se encuentre ingresado en un centro de protección. Como es evidente, el problema se plantea respecto de los menores de 12 años o los que carecen de madurez suficiente, lo que debe resolverse diferenciando, una vez más, si el menor está sujeto a tutela o a guarda: mientras en este último caso no se alteran las reglas comunes, por lo que el consentimiento debe ser prestando por aquellos que ostenten la patria potestad o tutela, si la medida que se adopta es la tutela administrativa, como quiera que ésta comporta la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, el consentimiento debería otorgarse, por sustitución, por la Administración que la asume.

Finalmente, con el fin de asegurar la efectividad del derecho a la protección de la salud de los menores, Reglamento Marco prevé que el ROF deberá definir un protocolo de atención y seguimiento sanitarios, así como de posibles programas específicos de promoción de este derecho, en coordinación con el Centro de Salud del entorno u otras instituciones con competencias en la materia, en función del perfil de cada menor y del tipo de programa o programas de atención residencial que desarrolle el centro.

IV. BREVE REFERENCIA A LOS DEBERES

Como es natural, los menores ingresados en un centro de protección tienen, como correlato inseparable de sus derechos, una serie de deberes. Tales deberes se imponen con el fin de hacer posible convivencia en el centro. Su concreción se realizará en el correspondiente ROF teniendo en cuenta las características de cada centro (86) y las necesidades de los menores que

(86) Como señala J. M^o ALONSO SECO (2005: 436), «evidentemente la exigibilidad en el cumplimiento de obligaciones no puede ser igual en un centro de reclusión, o de corrección de comportamientos anómalos, que en un centro asistencial»

acoge, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Marco (87) y las demás disposiciones que resulten aplicables —singularmente la LOPJM, el DAR—, y respetando en todo caso los derechos de los internos.

La fijación de deberes, exige aparejar las sanciones que su incumplimiento conlleva. En este punto, es interesante destacar el cambio de modelo que —en la línea iniciada por DAR— impulsa el Reglamento Marco, al prever la sustitución del sistema tradicional, construido sobre la base de medidas represivas, por un sistema preventivo basado en el refuerzo de conductas positivas que en ningún caso podrá implicar la adopción de medidas que supongan directa o indirectamente castigos corporales, maltrato psíquico, privación de la alimentación o del descanso, del derecho a las relaciones personales, a la educación obligatoria o de asistencia al centro escolar, ni atentar contra la dignidad del menor mediante acciones que conduzcan a su humillación o ridiculización (88) o la expulsión del menor de un centro.

Para la aplicación de las medidas correctivas deberá observarse el principio de proporcionalidad, de manera que éstas sean adecuadas a la edad y madurez de cada menor (89). El Reglamento de Organización debe especificar

(87) Conforme a lo previsto en el apartado 3º de dicho Reglamento Marco: «A cada menor en acogimiento residencial le corresponderá, en función de su edad y grado de desarrollo, los siguientes deberes:

- a) Respetar a las demás personas acogidas y al personal del centro, comportándose de forma correcta y adecuada.
- b) Respetar y utilizar adecuadamente los horarios establecidos, las dependencias y objetos del recurso residencial.
- c) Desarrollar, de forma satisfactoria y con aprovechamiento, las actividades educativas programadas, así como aquellas otras de carácter formativo y laboral, tanto internas como externas.
- d) Atender las indicaciones que les realice el personal del centro en el ejercicio legítimo de sus funciones.
- e) Cumplir las normas de organización, funcionamiento y convivencia establecidas en el reglamento del centro.

Los Centros de Protección de Menores concretarán, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, los deberes y las obligaciones correspondientes a las personas acogidas en los mismos, observando, en todo caso, la legalidad vigente en cada momento, así como lo dispuesto en materia de protección y garantía de los derechos de las personas menores de edad».

(88) Se consideran conductas especialmente perjudiciales para la convivencia, además de las previstas en art. 39 del DAR, las siguientes: introducir o poseer armas; participar en desórdenes colectivos o haber instigado a realizarlos en el caso de que se hayan producido; facilitar la ausencia del centro; resistirse de manera activa y grave al cumplimiento de las indicaciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

(89) Para la aplicación de las medidas educativas correctoras se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La edad.
- b) La situación personal, social y familiar.

qué tipo de medida de corrección será de aplicación en función del tipo de alteración de las normas de convivencia del mismo, con indicación de quién las aplica, en qué condiciones, la duración de las mismas y cualquier otra información al respecto.

Ahora bien, la concreción del régimen sancionador en los ROF plantea un importante problema pues, como es sabido, el principio de legalidad en materia sancionadora consagrado en el art. 25 de la CE impide que la concreción de las infracciones y la determinación de las correspondientes sanciones se realice *ex novo* por una disposición de rango reglamentario, como lo son los ROF. Una interpretación estricta de la exigencia constitucional llevaría a afirmar la nulidad de dichos reglamentos (90).

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema afirmando que los internos de los centros públicos de servicios sociales están sujetos a una relación de sujeción especial, por lo que debe entenderse que, por excepción, es lícita la tipificación de infracciones y sanciones mediante reglamentos independientes [SSTS de 20 de mayo de 1996 (rec. 1121/1993) y 27 de septiembre de 2000 (rec. 8210/1994)] (91). Esta opción ha sido duramente criticada por EZQUERRA (92) para quien el posicionamiento del Alto Tribunal es excesivo y desconoce la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo concerniente al alcance del principio de legalidad en materia sancionadora. En cualquier caso, como apunta el autor citado, el problema de la falta de cobertura legal de los ROF ha venido a resolverse con la promulgación de las nuevas leyes de servicios sociales (denominadas

-
- c) El Proyecto Educativo Individual.
 - d) El Plan de Intervención.
 - e) La perturbación del funcionamiento del centro y los perjuicios causados a las demás personas residentes.
 - f) El carácter educativo y recuperador, no meramente sancionador, de la corrección.
- A efectos de la graduación de las correcciones, se tendrá en cuenta lo siguiente:
1. Son circunstancias paliativas:
 - a) El reconocimiento espontáneo de la conducta incorrecta y la petición de excusas.
 - b) La reparación del daño producido.
 - c) La falta de intencionalidad.
 - d) El mantenimiento de una conducta habitual positiva y favorecedora de la convivencia.
 2. Son circunstancias intensificadoras:
 - a) La premeditación y la reiteración.
 - b) Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros y compañeras de menor edad o a quienes se hayan incorporado recientemente al centro.
 - c) Cualquier acto que fomente la violencia, la discriminación, el racismo, la xenofobia o la incitación colectiva al incumplimiento de las normas de convivencia.

(90) A. EZQUERRA HUERVA (2011: 129).

(91) Ambas sentencias citadas por A. EZQUERRA HUERVA (2011: 127-128).

(92) A. EZQUERRA HUERVA (2011: 126-133).

«de última generación»), ya que en ellas se regula el régimen sancionador aplicable a los usuarios de servicios tanto residenciales como no residenciales, con lo que los ROF han pasado de ser reglamentos independientes a convertirse en reglamentos de desarrollo, con lo que el problema de la insuficiente cobertura legal ha quedado superado. En particular, en Andalucía el régimen sancionador se contiene en el Título VI (arts. 124 y ss.) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de esta comunidad.

IV. REFLEXIONES FINALES

Los incidentes protagonizados por jóvenes ingresados en centros de protección y que han salido a la luz sobre los últimos meses, me han llevado a intentar definir los perfiles alguno de los derechos de los jóvenes usuarios de estos especiales establecimientos, considerando cuáles sean estos, dónde se regulan, cuál es su contenido, quiénes son los responsables de garantizar su ejercicio o, en fin, si existen situaciones que puedan justificar modulaciones o limitaciones de los mismos.

La multitud de cuestiones que surgen en relación con cada uno de los derechos considerados trae consigo la imposibilidad de realizar un estudio de detalle que agote la materia. Como es obvio, no es posible —ni lo he pretendido— analizar en una aportación de estas características todos y cada uno de ellos, y ni siquiera los considerados lo han sido con rigor exhaustivo. Las cuestiones que han aflorado en estas páginas son tan diversas que, sin duda, cada una de ellas, podría ser objeto de un estudio monográfico.

No obstante, he creído oportuno hacer esta primera aproximación que pueda servir para llamar la atención sobre un tema en el que las aportaciones doctrinales son aún escasas, pues si bien es cierto que existen ya magníficos estudios, éstos, bien son genéricos —enfocados desde una perspectiva general de los usuarios de los servicios asistenciales— bien, refiriéndose a los menores ingresados, se circunscriben a alguno de sus derechos en particular sin entrar en otros como los que en este trabajo se consideran.

La dificultad de esta investigación ha derivado, en gran medida, de la necesidad de clarificar el bloque normativo de referencia, integrado por multitud de normas de rango legal e infralegal, internacionales, estatales y autonómicas, alguna de ellas de reciente aprobación, como la Ley de Servicios Sociales de Andalucía o las Leyes de modificación de la LOPJM. Las últimas reformas evidencian la necesidad de revisar las normas autonómicas de cabecera, comenzando con la propia LMA y siguiendo con otras normas de rango infralegal a las que se ha hecho constante referencia en el texto. Esa necesidad es especialmente palpable respecto de la LMA. En este sentido, debe tenerse presente que a la fecha de redacción de estas líneas se ha retomado el Anteproyecto de Ley de

protección de la juventud y la Infancia de Andalucía —Ley que en su caso, sustituirá a aquella— y que, tal y como se anuncia por la propia Consejería, en septiembre de 2019 y tras un largo periodo de letargo, se encuentra en un avanzado estado de tramitación. El nuevo texto representa una inmejorable oportunidad para integrar las significativas modificaciones introducidas en la LOPJM o la LSSA, de modo que su contenido responda a las nuevas realidades y necesidades sociales, suministrando los mecanismos necesarios para superar el inestable equilibrio de algunas soluciones residenciales y la insuficiencia de los medios personales y materiales de que disponen,

Que los menores ingresados en centros de protección gozan de diversos derechos derivados de su especial situación y, además, de los mismos que cualquier otro es una verdad incontestable, pero no es menos que, al margen de ello, estos jóvenes se encuentran en una situación de sujeción especial que implica una más intensa intervención administrativa con las consiguientes e inevitables repercusiones sobre éstos. Es de destacar el importante papel que en esta conformación juegan los Reglamentos de organización y funcionamiento de los centros cuya consideración, por tanto, ha resultado ineludible.

En fin, este estudio no cierra ni mucho menos un campo de investigación, sino que abre una puerta a futuras incursiones científicas en las que, a buen seguro, los administrativistas tendrán mucho que decir.

V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CITADA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2012): «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales», en EZQUERRA HUERVA, Antonio (Coord.): *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, pp. 47-86.
- ALBI, Fernando (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid.
- ALEMÁN BRACHO, Carmen. (2005): «La familia, prestadora y destinataria de prestaciones», *Documentación Administrativa* núm. 271-272, pp. 236-268
- ALONSO SECO, José M^a (2005): «El status jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones», *Documentación Administrativa* núm. 271-272, pp. 413-439.
- ANDREU MARTÍNEZ, M^a Belén (2012): «Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?» (Ref. La Ley 5675/2012).
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel (2019): «El consentimiento de los menores en el tratamiento de sus datos personales tras el Reglamento General de Protección de datos», en LÓPEZ SANLUÍS, Rocío (Dir.) y BASTANTE GRANELL, Víctor (Coord.), *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada.

- DE MONTALBO, Federico (2019): *Menores de edad y consentimiento informado*, Comares, Granada.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis (2015): «Análisis de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia» (Ref. La Ley 6042/2015).
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles (2006): *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (2018): *Informe anual 2018*, disponible en el apartado relativo a la infancia y juventud en la siguiente dirección <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-anual-2018/informe/pdf/16-IAC2018.pdf>.
- DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA (2018): *Informe anual 2018*, disponible en <http://defensordelmenordeandalucia.es/informe-anual-2018>.
- EZQUERRA HUERVA, Antonio. (2011): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, lustel, Madrid.
- DURÁN RUIZ, Francisco (2015): «Protección de datos personales de los menores en centros docentes», en DURÁN RUIZ, Francisco y SAID HUNG, Elías (Dirs.), *TIC y sociedad digital: educación, infancia y Derecho*, pp. 385-405.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a Ángeles (2004): «Derecho a la propia imagen del menor» (Ref. La Ley 520/2004).
- GALLARDO CASTILLO, M^a Jesús (2010): *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid.
- GALLEGO ANABITARDE, Alfredo (1961): «Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración», *RAP* núm. 34, pp. 1-52
- JAREÑO REAL, Ángeles (2006): «El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad» (Ref. La Ley 2758/2006).
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (2002): *Los menores en el Derecho español*. Tecnos, Madrid.
- MACÍAS CAMACHO, Agustín (2008): «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen» (Ref. La Ley 15472/2008).
- MARTÍN AZCANO, Eva. M^a (2017): «Internamiento de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos» (Ref. La Ley 9928/2017).
- MAYORAL NARROS, Ignacio, V.; FRÍAS FIEL, Teresa, y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, José. M^a (2007): «El acogimiento residencial», en MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, pp.178-225.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, Julieta; EZQUERRA UBERO, Javier; JIMÉNEZ BAUTISTA, Susana (2007): «La situación de desamparo», en Clara MARTÍNEZ GARCÍA (coord.):

- Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, pp. 95-143.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel (2002): «Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante» (Ref. La Ley 2360/2002).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (2001): «Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de protección del menor» (Ref. La Ley 12071/2001).
- PAÑOS PÉREZ, Alba (2012): «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor» (Ref. La Ley 3304/2012).
- PARRA LUCÁN, M^o Ángeles (2003): «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2003 (Ref. Aranzadi 2003/284).
- ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, M^o Luisa (2011): «Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los centros de protección», *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 80, pp. 305-340.
- (2012): «El status jurídico-administrativo de los menores ingresados en centros de protección en Andalucía», en FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José M^o (Coords.), *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, pp. 343-385.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, Francisco (2010): «Los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social» en MORILLAS CUEVA, Lorenzo; SUÁREZ López, José M^o y BARQUÍN SANZ, Jesús (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Dykinson, Madrid, pp. 898-938.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^o Belén y PARDO MARTÍNEZ, Esther (2010): *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel (2001): «Artículo 18», en GARRIDO FALLA, F. (Coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 398-444.
- VIVANCOS SÁNCHEZ, Magdalena (2001): «Constitución de la tutela automática» (Ref. La Ley 1959/2001).

REGIONALISMO Y REACCIÓN: EL PROYECTO DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN DE LOS CINCO NOTABLES EN EL MARCO DEL ESTADO INTEGRAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 (*)

ENRIQUE CEBRIÁN ZAZURCA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTADO INTEGRAL Y ORGANIZACIÓN NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931.– III. EL ARAGONESISMO CONSERVADOR DE LA BURGUESÍA ZARAGOZANA A COMIENZOS DEL SIGLO XX.– IV. ANTECEDENTES AUTONOMISTAS EN ARAGÓN DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA: 1. Un Manifiesto de 1931. 2. El Proyecto de la Diputación Provincial de Zaragoza. 3. El Anteproyecto de Estatuto de Caspe.– V. EL PROYECTO DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN DE LOS CINCO NOTABLES: 1. Contexto de un Proyecto. 2. Los autores. 3. Análisis del contenido. – VI. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Unos días antes del 18 de julio de 1936 se dio a conocer en Aragón el Proyecto de Estatuto de Autonomía llamado de *los cinco notables*. A su estudio se dedica este trabajo. Para abordar este cometido, se presentan las notas principales del concepto de *Estado integral* en la Constitución de 1931, así como las posiciones aragonesistas de la burguesía zaragozana de principios del siglo XX. Tras ello, se repasan los antecedentes autonomistas en el Aragón de la Segunda República para llegar finalmente a un análisis de este Proyecto de Estatuto en el contexto del sistema jurídico-político republicano. Por último, se cierra el artículo con una valoración y algunas conclusiones.

Palabras clave: Segunda República española; Estado integral; regionalismo; Estatuto de Autonomía de Aragón.

Abstract: A few days before the July, 18, 1936, was published in Aragón the Project of Autonomy Statute called of the five dignitaries. This work is dedicated to its study. First of all, it presents the main notes of the concept Integral State in the 1931 Constitution, as well as the aragonesists positions of the Zaragoza's early 20th century bourgeoisie. Afterwards, it reviews the autonomists precedents in Aragón during the Second Republic

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 21 de julio de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 2 de septiembre de 2019.

and an analysis of this Project of Statute in the context of the republican legal and political system. Finally, the article ends with an evaluation and some conclusions.

Key words: Spanish Second Republic; Integral State; Regionalism; Statute of Autonomy of Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Muy pocos días antes del golpe militar del 18 de julio de 1936 en Aragón se hacía público un Proyecto de Estatuto de Autonomía, que después sería conocido como de *los cinco notables*. Se trató de un texto de contenido harto peculiar, que sin embargo constituyó una muestra paradigmática de las posiciones políticas de un determinado regionalismo conservador ante el desarrollo de las posibilidades descentralizadoras del régimen republicano, apostando por la defensa de un modelo organicista que en realidad tenía como telón de fondo ideológico el rechazo al constitucionalismo liberal y al concreto devenir de los acontecimientos en Aragón.

La novedad que las páginas que siguen quieren aportar es la de presentar un estudio detallado de este Proyecto, analizando su contenido desde una perspectiva jurídico-política y poniéndolo en relación con el modelo de Estado integral inaugurado por el texto constitucional de 1931.

II. ESTADO INTEGRAL Y ORGANIZACIÓN NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931

«La Constitución no es federal. Cierto. Pero tampoco puede decirse que sea unitaria. Repetidamente, en los días en que se discutió el Código Político, hube de decir que tratábamos de establecer un Estado integral, huyendo del federalismo y del unitarismo». Con estas palabras, escritas en 1946 en su exilio argentino, recordaba don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (L. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1946: 96) parte de su labor al frente de la Comisión de Constitución que en el año 31 elaboró el Proyecto de Constitución Española.

El artículo primero del texto constitucional de 1931, en su apartado tercero, sería finalmente aprobado con el siguiente tenor: «La República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones». Posteriormente, el Título I (artículos 8 a 22) era el encargado de desarrollar lo relativo a la organización nacional. Por lo que interesa de manera fundamental a los objetivos de este trabajo —esto es, lo referente a la autonomía de las regiones—, el artículo 8 establecía que «(e)l Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen

de autonomía» (1). En el artículo 11 podía leerse que «(s)i una o varias provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo, dentro del Estado español, presentarán su Estatuto con arreglo a lo establecido en el artículo 12» (2). A su vez, ese artículo 12 determinaba el cumplimiento de tres requisitos sucesivos como condición necesaria para la aprobación de los Estatutos de las regiones autónomas, a saber: 1) Que la proposición viniera de la mayoría de los Ayuntamientos de la región o, cuando menos, de aquellos cuyos municipios comprendieran las dos terceras partes del censo electoral de la región. 2) Que se celebre un plebiscito en el cual el Proyecto de Estatuto fuera aceptado al menos por las dos terceras partes de los electores censados en la región. 3) Y, finalmente, que fuera aprobado por las Cortes.

La Constitución establecía un sistema de distribución competencial, que el profesor Manuel CONTRERAS ha sintetizado, recogiendo los siguientes grupos de materias: a) «materias que son competencia exclusiva del Estado, la legislación y la ejecución (art. 14)»; b) «un grupo de materias denominadas «compartidas», en las que al Estado le corresponde la legislación, y a las regiones autónomas puede corresponderles la ejecución en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes (art. 15)»; c) «las materias que no estuvieran recogidas en los dos grupos anteriores, podían ser competencia exclusiva de las regiones autónomas, correspondiéndoles la legislación y ejecución de las mismas, conforme a lo que digan los Estatutos de autonomía (art. 16)» y d) «por último, se establece una cláusula residual de competencias a favor del Estado: todo lo no reconocido explícitamente por su Estatuto a la Región será considerado como competencias propias del Estado, reservándose éste la facultad de distribuir o transmitir las facultades a las regiones mediante una Ley (art. 18)» (M. CONTRERAS CASADO, 2007: 71). A este reparto debía sumarse lo contenido en los artículos 13 (prohibiendo la federación de regiones autónomas), 17 («En

(1) Como escribió al respecto Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: «Es clara, por tanto, a la par que sincera, la alusión a las regiones que se organizan en régimen de autonomía. En éstos y en otros preceptos de la Constitución hallamos una alusión a lo regional que podría ser caracterizada de abierta. Es decir, no hay una lista predeterminada de las posibles regiones. La Constitución abre así la posibilidad de su reconocimiento formal pero no impone cuáles han de ser» (L. MARTÍN-RETORTILLO, 1977: 11).

(2) «Pero nada se concreta, así, en punto a quién debe asumir la iniciativa para los posibles pasos del posible estatuto ni en orden a quién debe asumir la redacción en concreto. En la práctica, las respuestas a esta exigencia fueron variadas y, al margen de anécdotas o hechos de menor interés, habría que decir que no plantearon mayores problemas. Los diversos proyectos de estatutos fueron redactados por comisiones variadas o grupos más o menos homogéneos, por una sociedad de estudios, etc.» (L. MARTÍN-RETORTILLO, 1977: 13). Estas apreciaciones resultan especialmente relevantes de cara al Proyecto de Estatuto que aquí se analizará, dada, como se verá, la *originalidad* de su iniciativa y redacción.

las regiones autónomas no se podrá regular ninguna materia con diferencia de trato entre los naturales del país y los demás españoles», 19 (que recogía la posibilidad de que el Estado aprobase una ley de bases —como garantía de la armonía entre los intereses locales y el interés general de la República— a las que tendrían que ajustarse las leyes de las regiones autónomas), 20 (que establecía que las autoridades de las regiones autónomas ejecutarían las leyes de la República, a excepción de aquellas que tuvieran que ser aplicadas por órganos especiales o que dispusieran lo contrario en su texto) y 21 («El derecho del Estado español prevalece sobre el de las regiones autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas en sus respectivos Estatutos»).

El Estado integral perfilado en la Constitución de 1931 permitía la autonomía de aquellas regiones que superasen los requisitos necesarios, manteniendo un modelo centralista —organizado en base a la estructura provincial— para el resto del territorio (3). Don Nicolás PÉREZ SERRANO, en sus Comentarios a la Constitución, sintetizaba certeramente el trasfondo sociológico-político existente tras el Estado integral: «... la República española es una Nación efectiva, no reconocida como tal, pero bajo cuya personalidad, indiscutible, reviven de una parte comarcas que tuvieron existencia anterior y que hoy recobran cierta tonalidad política, y siguen agrupadas, de otra parte, provincias que no han sentido la necesidad de esa nueva (o vieja) forma estructural» (N. PÉREZ SERRANO, 1932: 64).

La explicación inmediata del porqué de esta fórmula intermedia entre el federalismo y el unitarismo —«(l)ejos del centralismo, pero sin concesiones al federalismo», escribió Manuel RAMÍREZ (M. RAMÍREZ JIMÉNEZ, 1981: 29)— debe encontrarse en el Pacto de San Sebastián, que el 17 de agosto de 1930 protagonizaron republicanos y catalanistas, y en el Estatut de Núria; y fue esta realidad catalana la que sin duda exigió las soluciones más perentorias (4).

(3) Como recuerda Joan OLIVER, «la autonomía no era un régimen imperativo para todas las regiones, sino un régimen opcional, que incluso tras ser obtenido podía ser abandonado» (J. OLIVER ARAUJO, 1991: 53). En efecto, el artículo 22 de la Constitución establecía lo siguiente: «Cualquiera de las provincias que forme una región autónoma o parte de ella podrá renunciar a su régimen y volver al de provincia directamente vinculada al Poder central. Para tomar este acuerdo será necesario que lo proponga la mayoría de sus Ayuntamientos y lo acepten, por lo menos, dos terceras partes de los electores inscritos en el censo de la provincia».

«L'autonomia era obligatòria per als municipis i facultativa per a les regions. Això ens permet d'assenyalar la permanència dels elements orgànics del Estat unitari (el municipi i la província) i la presència d'un element nou, la regió autònoma» (M. GERPE LANDÍN, 1977: 241).

(4) «La II República llegó con el compromiso histórico de resolver los problemas de los «hechos diferenciales» planteados en algunas regiones, especialmente en Cataluña, que venían siendo, desde hacía años, el más importante factor de complicación y enrarecimiento de la vida política española» (S. VARELA, 1976: 19).

No obstante, siendo esto así, es conveniente conceder una especial importancia a una posición como la de Giacomo DEMARCHI, «que considere el modelo territorial fijado en los primeros artículos de la Constitución republicana no solo y no tanto como la solución necesaria (que también lo fue) a una diferente inserción del *fet català* en el tejido constitucional y administrativo español, sino que interprete el Estado integral como solución global al problema territorial de una República española que, a la par que sus principales referentes europeos, intentaba edificar a la vez una verdadera democracia, un genuino liberalismo y un novedoso protagonismo de los derechos sociales a nivel constitucional» (G. DEMARCHI, 2017: 185). La solución, por tanto, ofrecida por el Estado integral tenía un propósito más amplio que el mero encauzamiento de las aspiraciones catalanas.

Pero antes, para poder tener una visión más acertada de lo que significaba este modelo territorial, se hace necesario que nos preguntemos por el origen intelectual del mismo. Para ello habremos de partir del discurso pronunciado en las Cortes por JIMÉNEZ DE ASÚA el 27 de agosto de 1931 —preámbulo oficioso de la Constitución republicana— en el que presentaba el Proyecto de Constitución elaborado por la Comisión. Afirmaba con contundencia: «Deliberadamente no hemos querido declarar en nuestra Carta constitucional que España es una República federal; no lo hemos querido declarar porque hoy, tanto el unitarismo como el federalismo, están en franca crisis teórica y práctica» (*Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española (DSCC)*, núm. 28, sesión celebrada el día 27 de agosto de 1931: p. 644). Y citaba expresamente la impronta de Hugo PREUSS en la Constitución de Weimar como el sustento teórico del naciente Estado integral (p. 645). Un término —el de *Estado integral*— que aparece por vez primera, en boca de JIMÉNEZ DE ASÚA, en el desarrollo de este discurso, si bien —como señala RUIZ LAPEÑA— «no podemos afirmar lo mismo de la idea subyacente, plasmada tanto en el Proyecto, como en el Anteproyecto, al contemplar ambos la cuestión regional desde una perspectiva autonómica» (R. M^o. RUIZ LAPEÑA, 1982: 74-75). A la influencia alemana debía sumarse la de la kelseniana Constitución austriaca de 1920. Escribe HERNÁNDEZ LAFUENTE: «La Constitución alemana de 1919 supuso una serie de modificaciones del federalismo en un Estado anteriormente federal, tendiendo hacia el unitarismo. La Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920, implicaba la transformación de un Estado antes unitario en Estado Federal. No cabe duda que estos cambios en la estructura federal introducidos por las nuevas Constituciones del período, serían especialmente tenidos en cuenta por los constitucionalistas españoles al enfrentarse con el dilema Estado unitario-Estado federal» (A. HERNÁNDEZ LAFUENTE, 1980: 223-224).

El profesor TOMÁS Y VALIENTE identificó las teorías de Rudolf SMEND y de Hermann HELLER como «trasfondo de aquella fórmula («Estado integral»)» (F. TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 389) y pensó en los profesores de Derecho Político

Eduardo LLORENS y Francisco AYALA como en los posibles introductores del término (F. TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 393-395). LLORENS publicaría en 1932 su enjundioso ensayo *La autonomía en la integración política*, sin embargo, precisamente en esta obra se mostró crítico con el uso del calificativo *integral*, por obvio y redundante, y denunció asimismo la ausencia de una verdadera integración en el modelo establecido en la Constitución, en la medida en que la autonomía de las colectividades territoriales no se traducían en una efectiva participación en las decisiones y la gestión del Estado (E. L. LLORENS, 1932: 99-101). AYALA, por su parte, era entonces un joven profesor y su posible influencia pudo haberse debido más a su labor como letrado de las Cortes; no obstante, ALBACETE EZCURRA precisa acertadamente que no es hasta 1932 cuando Francisco AYALA entra como oficial en la Secretaría del Congreso de los Diputados, razón por la cual esta influencia no habría podido ejercerse (J. E. ALBACETE EZCURRA, 2006: 360 y 373 (nota 12)). Este autor defiende la tesis de que la paternidad intelectual de la fórmula del Estado integral se debe al eminente catedrático de Derecho Político don Adolfo POSADA, que había sido además vicepresidente de la Comisión Jurídica Asesora que, a instancias del Gobierno provisional, había elaborado el Anteproyecto de Constitución (J. E. ALBACETE EZCURRA, 2006: 360-369). Con respecto a la expresión *Estado integral* escribía en 1932 Nicolás PÉREZ SERRANO: «Obedece, probablemente, a un criterio personal y sugestivo, pero harto discutible, defendido entre nosotros por el culto profesor D. Miguel Cuevas» (N. PÉREZ SERRANO, 1932: 62-63). Ambos —Miguel CUEVAS y el propio PÉREZ SERRANO— eran asimismo letrados de las Cortes.

El término *Estado integral* fue criticado por no tener «ni precisión terminológica en la técnica jurídica recibida, ni valor gramatical irreprochable» (N. PÉREZ SERRANO, 1932: 62). JIMÉNEZ DE ASÚA admitió que se trataba de «un término que tal vez no era demasiado elegante en nuestra admirable lengua» (L. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1946: 105). «(N)o es tontería ni disparate ni voz sin sentido —según la opinión de Francisco TOMÁS Y VALIENTE— hablar de un *Estado integrador*, mejor que *integral* (término gramaticalmente poco feliz)» (F. TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 388). O incluso, atendiendo a GONZÁLEZ CALLEJA, podría hablarse de un Estado integrado: «Se escogió, pues una noción ecléctica pero que era políticamente viable en ese momento. Con ella se implantaba un Estado más integrado que *integral*, compatible con las autonomías regionales» (E. GONZÁLEZ CALLEJA, 2018: 129). Sin embargo, Giacomo DEMARCHI ha argumentado con base fundada que *integral* podría ser traducción sinónima de *total* (G. DEMARCHI, 2015: 113) (5).

El caso es que, más allá de la exactitud o novedad del término que se utilizó, el Estado integral presentaba un modelo de Estado no cerrado, en

(5) Precisamente, el aragonés Antonio ROYO VILLANOVA, diputado por Valladolid, propuso sustituir la expresión *Estado integral* por la de *Estado total* (DSCC, núm. 88, sesión celebrada el día 9 de diciembre de 1931: p. 2906).

el que se reconocía la autonomía como posibilidad, y que conservaba la estructura unitaria de planta provincial para todos aquellos territorios que no se estableciesen como región autónoma.

Asimismo, el concepto de Estado integral fue presentado por JIMÉNEZ DE ASÚA en su discurso ante las Cortes como la «síntesis» que el socialismo hacía entre el Estado Unitario y el Federal (*DSCC*, núm. 28, sesión celebrada el día 27 de agosto de 1931: p. 645) (6). Francisco TOMÁS Y VALIENTE llamó la atención sobre el hecho de que, repasando los discursos de las Cortes Constituyentes, se observa cómo el Estado integral también pretendía superar la oposición dialéctica entre clases sociales, al integrarse estas en la «República democrática de trabajadores de toda clase», de la que hablará el artículo primero de la Constitución (F. TOMÁS Y VALIENTE, 1987: 388).

En resumen, parece acertado concluir que el concepto de Estado integral tenía una finalidad que iba más allá de constituir únicamente un modelo de organización territorial y de distribución del poder, por cuanto poseía una voluntad democratizadora de alcance mayor (G. DEMARCHI, 2017: *passim*).

III. EL ARAGONESISMO CONSERVADOR DE LA BURGUESÍA ZARAGOZANA A COMIENZOS DEL SIGLO XX

Del mismo modo que se acaba de establecer como marco previo la realidad jurídico-política de la República, se hace también necesario aclarar que el aragonesismo como movimiento político o social contaba con una acreditada tradición, no siendo un movimiento surgido en esos años treinta del siglo XX.

Verdaderamente, para hablar con precisión, debemos referirnos —sumándonos a la interpretación que ya en 1981 ofrecieron PEIRÓ y PINILLA— a la existencia de «tres aragonesismos» (A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 233-236). Es decir, aquellas manifestaciones que comprendían unas muy variadas concreciones, pero todas ellas capaces de englobarse bajo ese rótulo de *aragonesismo*, se habían desplegado a través de tres líneas diferenciadas, aunque no siempre absolutamente separadas entre sí. Siguiendo a estos autores, estas serían: 1) la línea del republicanismo aragonesista, que hundía sus raíces en el siglo XIX; 2) la línea regionalista conservadora de la burguesía zaragozana y 3) la línea

(6) «Desde el punto de vista formal, la nueva forma territorial del Estado consagrada en el proyecto constitucional, en palabras de Jiménez de Asúa, resulta ser una síntesis (socialista) —en claro paralelismo al discurso de Fernando de los Ríos que concibe el proyecto constitucional como síntesis superadora de nuestra historia constitucional— de dos sistemas territoriales contrapuestos (federalismo y centralismo). Ambos desfasados doctrinal y políticamente» (J. E. ALBACETE EZCURRA, 2006: 357).

del nacionalismo aragonés, representada por emigrantes aragoneses residentes en Barcelona (A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 233-236).

Me centraré aquí en la segunda de las líneas: la protagonizada por una burguesía que, desde la capital de Aragón, llevará a cabo la defensa de un regionalismo aragonés de corte conservador (7). Fue esta una línea de duración sostenida en el tiempo y en algunos de sus proyectos y junto a algunos de sus nombres más relevantes encontramos en distintos momentos a representantes —entonces o que lo iban a ser en el futuro— de las otras dos líneas del aragonesismo. Esta mezcla es especialmente perceptible en la coincidencia en empresas de los conservadores zaragozanos junto con los jóvenes aragoneses de Barcelona que más tarde iban a dar el paso hacia el nacionalismo —CALVO ALFARO y Gaspar TORRENTE, sobre todo— o en documentos como el Proyecto de Bases para un Estatuto de la Región Aragonesa dentro del Estado español, de 8 de diciembre de 1923, inserto en las coordenadas de la dictadura primorriverista, y donde los nombres de la derecha zaragozana se dan cita con otros como el del republicano federal Emilio GASTÓN UGARTE o el de otro republicano como Miguel LABORDETA PALACIOS (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 25 y 83-86). Cabe resaltar que, entre las firmas de este Proyecto de Bases, encontramos ya las de los que serán *los cinco notables* redactores del Proyecto de Estatuto que aquí se analizará. Fue Juan MONEVA Y PUYOL (1871-1951), quizás, el más destacado miembro de esta corriente conservadora que aquí se presenta, a pesar de ser alguien difícilmente catalogable. Se trata de una personalidad que logró trascender las más estrictas fronteras profesionales para pasar a formar parte del imaginario colectivo de la Zaragoza en la que vivió. Catedrático de Derecho Canónico, químico, escritor, reputado lexicógrafo y foralista convencido, «se le consideró siempre —como afirma José Luis MELERO— una de las voces más representativas y autorizadas del aragonesismo conservador» (J. L. MELERO RIVAS, 2003: 54).

A esta burguesía zaragozana le faltó el empuje que mostraron las clases burguesas de otros territorios de España y no llegaron a cuajar en Aragón proyectos en forma de partidos políticos especialmente relevantes (A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 234). Ello no quiere decir que no existieran. La formación más importante fue la Unión Regionalista Aragonesa (URA), fundada en 1916, y que contaba en su seno con una Juventud Regionalista Aragonesa. Si bien —y ello no deja de ser demostrativo del protagonismo que Zaragoza tuvo en las actuaciones de esta corriente conservadora del aragonesismo—, ya en los iniciales estudios de PEIRÓ y PINILLA se creía posible que la URA no fuera sino la sección local zaragozana de una más amplia Acción Regionalista de Aragón

(7) «... es indudable que el movimiento regionalista centrado en la ciudad de Zaragoza y que se desarrolló entre 1908 y 1923 es el componente mejor definido del aragonesismo» (A. PEIRÓ ARROYO, 1999a: 59).

(ARA) (A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 38-39 y 41). En efecto, esto se confirmó posteriormente por Antonio PEIRÓ, aunque es algo que ocurriría a partir de 1918, fecha de creación de la ARA, que estuvo liderada precisamente por MONEVA (A. PEIRÓ ARROYO, 1999a: 61) (8). No obstante, como digo, «la importancia organizativa de ARA fuera de la ciudad de Zaragoza era muy reducida, y limitada únicamente a miembros de las élites que participaban activamente en política o que deseaban hacerlo» (A. PEIRÓ, 1996: 75).

No debe dejar de señalarse el papel relevante —en tanto que punto de reunión y órgano de expresión de las inquietudes de esta burguesía— del denominado Sindicato de Iniciativa y Propaganda de Aragón (SIPA), fundado en 1925, y de su revista *Aragón*. Ambos —sindicato y revista— aún existen en la actualidad (9). El SIPA no era una organización política, aunque, como luego se verá, emprendió acciones de alcance político y quiso llevar a cabo una defensa del regionalismo aragonés por medio del turismo y del patrimonio artístico.

José-Carlos MAINER —que estudió tempranamente las andanzas de esta clase social de la Zaragoza de comienzos del XX— proyectó una imagen nada condescendiente de la misma cuando se refirió a «aquella burguesía cuya austeridad era la de la mesa camilla familiar y cuyas ideas políticas y económicas se cifraban en una simplicidad de libro mayor de comercio de tejidos» (J.-C. MAINER, 1975: 65; J.-C. MAINER, 1982: 185). Esta falta de energía política y social la presentaba también en síntesis acre el mismo autor: «... junto a una incapacidad para operar políticamente como alternativa al régimen político del país, el ascenso de una burguesía industrial, que no se emancipará jamás de sus dependencias financieras, de su tendencia conservadora y de sus reflejos oligárquicos» (J.-C. MAINER, 1982: 48). Jesús DELGADO se refirió a este grupo como a una «burguesía incapaz» (J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1974: 7). En realidad, esa burguesía propiamente industrial o mercantil a la que aludía MAINER fue —más allá de algunos nombres propios y de algunas familias, muchas de ellas llegadas a la ciudad desde otros lugares; y del azúcar como la industria más próspera y pujante— ciertamente escasa. Por el contrario, el tipo social que integró de manera principal esta clase fue el de los profesores universitarios y el de los profesionales dedicados a distintas ocupaciones jurídicas, sumados a algún médico. El profesor Antonio PÉREZ LASHERAS, algo más benevolente, la dibuja como una «pequeña burguesía de corte intelectual que creyó en la educación y la instrucción como medio de redención y de progreso social. La mayor parte de ellos —continúa— se dedicó a la enseñanza, con inclusión de

(8) Ya en 1996 Peiró había adelantado que, en Zaragoza, la ARA funcionaba como URA (A. PEIRÓ, 1996: 75).

(9) La revista se publica hoy con el nombre *Aragón Turístico y Monumental*.

algún comerciante y propietario» (A. PÉREZ LASHERAS, 2018: 26). Una burguesía, en fin, que vivía no tanto entre libros de comercio, como aquellos a los que se refería MAINER, cuanto entre libros sin más y que estaba constituida por un «grupo de prohombres anticuados [que] optó, frente a la tentación del *modernismo* estético (que fascinó a sus equivalentes catalanes), por el *baturrismo*» (J.-C. MAINER, 2000: 21). Esa determinada composición mayoritaria terminó, como no podía ser de otro modo, por definir algunas de las características principales de este grupo social.

Hora es de que adelantemos los nombres de los cinco protagonistas de la historia que aquí se estudia, a la espera de realizar en páginas posteriores las pertinentes precisiones biográficas, cronológicas y sociológicas. Estos nombres son los de Domingo MIRAL LÓPEZ, Antonio DE GREGORIO ROCASOLANO, Andrés GIMÉNEZ SOLER, Francisco BERNAD PARTAGÁS y Francisco PALÁ MEDIANO. Algunos de ellos —pienso en BERNAD y en DE GREGORIO, especialmente— desempeñarían funciones de dirección en la URA. Entre ellos encontramos a tres catedráticos de universidad, a un abogado y a un notario. La Universidad de Zaragoza acogió a un grupo de profesores que combinó la defensa del aragonesismo con la de la reforma y regeneración de la propia institución académica, ambas empresas llevadas a cabo desde una posición conservadora, lo cual se tradujo en un regionalismo burgués, en el primer aspecto, y en un rechazo del institucionalismo krausista, en el segundo (J.-C. MAINER, 1977: 23-24; J.-C. MAINER, 1978: 219-223). No en vano nos encontrábamos —como afirmó Eloy FERNÁNDEZ CLEMENTE pensando en los ejemplos, entre otros, de MIRAL o GIMÉNEZ SOLER— ante «profesores llenos de erudición —en general muy conservadores» (E. FERNÁNDEZ CLEMENTE, 1975: 94). En realidad, el afán de regeneración se dio en un ámbito mayor que el puramente universitario. Este afán fue de algún modo el que sirvió de nexo de unión a los distintos aragonesismos en las primeras décadas del siglo XX, que no llegarían a levantar del todo el vuelo quizás por seguir trabajando con «los códigos y los tópicos de un «regeneracionismo» que ya comenzaba a envejecer en los días de la Gran Guerra o durante los años veinte y treinta» (C. FORCADELL ÁLVAREZ, 1998: 147). Verdaderamente, es complicado determinar el papel y el alcance real que el regeneracionismo —más allá del hecho de que a partir de cierto momento pudiera considerársele ya un programa anticuado— jugó en el discurso aragonesista. Probablemente se trataba de una cuerda que no podía tensarse demasiado. Lo explica claramente Antonio PEIRÓ: «Si algo estuvo presente de forma permanente en el pensamiento aragonesista fue la crítica del modelo político, del sistema de turno liberal-conservador. Pero si bien esta crítica fue continua, jamás se realizó un análisis profundo ni coherente del mismo. Resulta difícil que hubiese sido así. Algunos regionalistas formaron parte de los partidos turnantes. Una crítica demasiado abierta hubiese roto el delicado equilibrio interno, la permanente indefinición de muchos aspectos del programa regionalista» (A. PEIRÓ ARROYO, 1999a: 68).

En todo caso, un grupo de estos hombres —cultos, relevantes socialmente y abrazados a unas concepciones que no eran las que traía la modernidad republicana— serían los autores del Proyecto objeto de estudio en este trabajo.

IV. ANTECEDENTES AUTONOMISTAS EN ARAGÓN DURANTE LA SEGUNDA REPÚBLICA

1. Un Manifiesto de 1931

El 27 de abril de 1931 —tan solo trece días después de proclamada la República— tiene lugar en el *Gran Hotel* de Zaragoza un banquete —que había sido convocado con anterioridad al hecho acontecido el 14 de abril— para celebrar la aparición de la Biblioteca *Aragón* y en conmemoración del día de San Jorge, Patrón de Aragón según la tradición, cuya festividad se celebra el 23 de ese mes. En este encuentro se alienta la puesta en marcha de un centro de estudios aragoneses y de un Estatuto de Autonomía de Aragón, para lo cual se crea una comisión que habría de elaborar las bases del mismo. Entre los integrantes de esta encontramos al antes citado Juan MONEVA, y a ella se suma uno de nuestros cinco protagonistas: Andrés GIMÉNEZ SOLER. En el listado de asistentes a la comida también estaba otro de ellos: Francisco PALÁ. La redacción de las bases tuvo lugar esa misma noche, si bien coincido con BANDRÉS en que no eran, en puridad, unas verdaderas bases para un Estatuto, por cuanto no contemplaban ni instituciones, ni competencias, ni relaciones con el poder central, ni cuestiones relativas a la hacienda de la región. Ante lo que se estaba era —como ha apuntado este mismo autor— ante un Manifiesto con «(u)n cierto puritanismo político, una concepción municipalista del poder regional, una visión folklórica de la realidad social aragonesa y un querer retornar al papel de Aragón en la edad media», algo en definitiva «más propio del siglo XVIII que de la realidad política surgida en España tras la proclamación de la II República el 14 de abril de 1931» (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 27 y 88-93; J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 20-21; L. GERMÁN ZUBERO, 1984: 190-191; L. GERMÁN ZUBERO, 1999: 94; A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 22-26). Unas características las de este Manifiesto —auspiciado por el SIPA— que, no obstante, no deben dejar de tenerse en cuenta, ya que algunos de los contenidos reaparecerán, como veremos, pocos años después en el Proyecto al que se dedican estas páginas.

2. El Proyecto de la Diputación Provincial de Zaragoza

Tras la acción llevada a cabo por el SIPA, el primer intento real de sacar adelante un Estatuto de Autonomía en Aragón fue el emprendido por la Diputación Provincial de Zaragoza en el mes de mayo del año 31. El Proyecto estuvo formado por un preámbulo y cuarenta y cinco artículos ordenados en

doce títulos. En su evaluación, entre otros muchos, encontramos a buena parte de los futuros autores del Proyecto de Estatuto en el que después me centraré: MIRAL, GIMÉNEZ SOLER, PALÁ y, en su calidad de presidente de la Asociación de Labradores de Zaragoza, BERNAD PARTAGÁS. Este Proyecto de 1931 estuvo lastrado por su origen, en la medida en que recogía un reconocimiento de la realidad provincial excesivo en comparación con lo habitual en Estatutos regionales. Este acusado provincialismo contribuía a dibujar un modelo un tanto indefinido y en el que no existía una verdadera separación de poderes. El hecho de que comenzase a elaborarse antes de que fuera aprobada la Constitución contribuyó asimismo a esta indefinición. Como curiosidad, puede señalarse que establecía un sistema de concierto económico al modo vasco y navarro. Lo cierto es que este Proyecto nunca terminó de prosperar debido a que a partir de finales de 1931 y ya en 1932 crece —de manera singular en Aragón— el sentimiento antiestatutista a causa de los debates sobre el Estatuto de Cataluña. A ello se unió el recelo con el que las Diputaciones de Huesca y de Teruel lo vieron siempre (A. EMBID IRUJO, 1985; C. FORCADELL ÁLVAREZ, 1985; J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 22-27; C. FORCADELL ÁLVAREZ, 1986; L. GERMÁN ZUBERO, 1984: 190-198; L. GERMÁN ZUBERO, 1999: 94-100).

3. El Anteproyecto de Estatuto de Caspe

Es este antecedente el más conocido y aquel cuya memoria pervivirá durante los largos años del franquismo como representación de una autonomía aragonesa no alcanzada, y su recuerdo avivará buena parte de las demandas autonomistas de la Transición y de los años inmediatamente anteriores. Es también, por ello, el que ha sido más estudiado (10).

Desde la emigración aragonesa en Barcelona —concretamente desde «Los Almogávares», la sección juvenil de Estado Aragonés, formación nacionalista fundada en 1933 por Gaspar TORRENTE— se convoca a las juventudes aragonesistas de izquierdas para celebrar un congreso en Caspe, que tendrá lugar en los primeros días de mayo de 1936. Se produce una muy positiva respuesta por parte no solo de las organizaciones juveniles, sino en general del conjunto de los partidos de la izquierda aragonesa. Esto provoca que el encuentro finalmente acabe convertido en un congreso en favor de la autonomía de Aragón, que aprobó unas bases para lo que luego fue un Anteproyecto de Estatuto de Autonomía que vio la luz el día 6 de junio (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 28-30; L. GERMÁN ZUBERO, 1984: 202-206; L. GERMÁN ZUBERO, 1999: 103-106; A. PEIRÓ ARROYO, 2002: 99-100).

(10) El estudio más exhaustivo de este Anteproyecto lo encontramos en A. PEIRÓ ARROYO, 2007, y a él nos remitimos.

El Anteproyecto constaba de 21 artículos ordenados en cinco títulos, a los que había que añadir cuatro disposiciones transitorias. Se trataba, por lo tanto, de un texto no excesivamente largo, que era «copia casi auténtica del Estatuto de Cataluña, tal como salió de las Cortes Españolas para convertirse en Ley el 15 de septiembre de 1932» (J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 28). El Anteproyecto de Caspe tuvo un origen innegablemente de izquierdas, sin embargo el resultado —a pesar de algunas críticas que recibió— no lo fue tanto, constituyendo un texto que habría podido funcionar sin mayores problemas como norma básica de una región autónoma dentro de la lógica del Estado integral.

V. EL PROYECTO DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN DE LOS CINCO NOTABLES

1. Contexto de un Proyecto

Si el 6 de junio de 1936 se aprobaba el Anteproyecto de Caspe, al terminar ese mes MIRAL, DE GREGORIO, GIMÉNEZ SOLER, BERNAD y PALÁ firmaban en Zaragoza un folleto que sería llevado a la imprenta (11) y difundido en los primeros días del mes de julio con el encabezamiento *Un proyecto de Estatuto de Aragón*. Fue el periódico católico, conservador y *cedista* *El Noticiero* el que dio información del mismo y el que fue publicando su contenido (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 30).

En el título de este trabajo utilizo el término *reacción* —acompañando a *regionalismo*—, y lo hago refiriéndome deliberadamente a dos de sus significados: el Proyecto de *los cinco notables* fue una respuesta contraria al Anteproyecto aprobado en Caspe y lo fue —como en breve podrá comprobarse— con un claro componente reaccionario en el plano ideológico.

Los cinco impulsores entendían que el texto de Caspe presentaba un marcado cariz izquierdista: como «sectario, subversivo y carente de técnica jurídica alguna» lo presentaría Francisco PALÁ (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 30). Y ante esa opinión reaccionaron en el doble sentido aludido (12).

En el proceder de *los notables* probablemente influyó también el malestar causado por el traspaso de algunas competencias de la Confederación Hidrográfica del Ebro a la Generalitat (L. GERMÁN ZUBERO, 1984: 205; L. GERMÁN ZUBERO, 1999: 106). Es más, al reaccionar frente a Caspe se estaba reaccio-

(11) Fue publicado por la zaragozana Imprenta Editorial Gambón.

(12) «... se ha mezclado siempre un aragonesismo de corte regeneracionista y conservador, muy historicista, y otro de sensibilidad federalista y ribetes radicales. No siempre es fácil separarlos y ambos desembocaron en sus proyectos de Estatuto en la víspera misma de 1936» (J.-C. MAINER, 2000: 22).

nando también frente al Estatuto catalán. No hay que olvidar las complejas relaciones del aragonesismo conservador con el catalanismo, que en ocasiones fue espejo en el que mirarse (13), pero que en muchas otras fue un antimodelo frente al cual levantarse, todo ello alentado por razones históricas y de vecindad.

2. Los autores

Antes de analizar los contenidos de este Proyecto de Estatuto de Autonomía trazaremos brevemente algunos apuntes biográficos acerca de las cinco personalidades que lo elaboraron.

Domingo MIRAL LÓPEZ (Echo, 1872–Zaragoza, 1942) cursó estudios de Teología, Magisterio, Filosofía y Letras y Derecho (estos últimos no los llegó a concluir) y se doctoró en Filosofía y Letras en la Universidad Central de Madrid. Profesor de Griego en la Universidad Sancti Spiritus de Oñate, en 1902 obtuvo la cátedra en la Universidad de Salamanca y en 1913 se trasladó a la de Zaragoza, permutándola por la de Teoría de la Literatura y de las Artes y siendo desde 1930 —fecha en la que se instaura esta cátedra en la Universidad zaragozana— catedrático de Griego. Fue decano de la Facultad de Filosofía y Letras, vicerrector y rector de la Universidad de Zaragoza en el breve período del 11 de marzo al 18 de abril de 1931, fecha en la que se le destituyó tras la proclamación de la Segunda República. Fue, por designación del gobernador civil, concejal del Ayuntamiento de Zaragoza entre 1920 y 1923, gran enemigo del krausismo, estudioso y autor de algunas obras en cheso y —de manera destacada— el creador en 1927 de los Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza en la ciudad de Jaca. PÉREZ LASHERAS retrata certeramente a MIRAL refiriéndose a «una figura curiosa, contradictoria y controvertida: de un catolicismo acérrimo, germanófilo (lo que lo acercó a posiciones políticas próximas al nacionalsocialismo tras la Guerra Civil), amante del estudio de las lenguas; condicionado por una educación que tuvo que labrarse arduamente, defensor del esfuerzo personal, moderadamente aragonesista, gran amante de Aragón, lo aragonés y firme defensor del lugar que Aragón representó en el pasado y debería representar en el presente y en el futuro en la formación y consolidación de España» (A. PÉREZ LASHERAS, 2018: 13-14) (14).

(13) Precisamente, a un personaje como Moneva cuando a finales de 1936 se le suspenda de empleo y sueldo en la Universidad de Zaragoza se le acusará de «separatista, amigo de los catalanes» (CLARET MIRANDA, 2006: 147 y 151).

(14) Para una biografía de Domingo MIRAL, además de la obra citada de PÉREZ LASHERAS, vid. también A. PEIRÓ ARROYO, 1999b; A. PÉREZ LASHERAS, 2003; A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 166 y 168 y A. PEIRÓ ARROYO, 2010: 185.

Antonio DE GREGORIO ROCASOLANO (Zaragoza, 1873-1941) fue catedrático de Química General de la Universidad de Zaragoza, en la que estudió bajo el magisterio de Bruno SOLANO. Se formó posteriormente en Francia. Miembro destacado de numerosas sociedades científicas nacionales e internacionales, fue vicerrector de la Universidad de Zaragoza y rector de la misma entre 1929 y 1931, siendo precisamente el predecesor inmediato de Domingo MIRAL en el rectorado. Como este —en el mismo período y circunstancias— fue también concejal del Ayuntamiento de Zaragoza. Asimismo, fue miembro de la Asamblea Nacional durante la dictadura de PRIMO DE RIVERA y delegado regio de la entonces denominada Confederación Sindical Hidrográfica del Ebro (C. SERRANO LACARRA, 2003a: 111-112; A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 168). «Rocasolano se interesó por el cultivo del trigo, por la elaboración de vino, la crianza de uvas y la fermentación alcohólica, saberes muy prácticos en una región de predominio agrario como era Aragón» (Á. ALCALDE y Á. CENARRO, 2016: 280). Tres meses después de darse a conocer el Proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón en el que participó, terminando el verano del 36, se ofrecía a sí mismo y al personal de su laboratorio para estar al servicio de los sublevados ante posibles ataques químicos (Á. ALCALDE y Á. CENARRO, 2016: 294). Son los años del rector Gonzalo CALAMITA al frente de la Universidad de Zaragoza —otro discípulo de Bruno SOLANO—, quien puso la institución a disposición de los militares levantados en armas contra la República. Con todo, uno de los capítulos más recordados de la vida de DE GREGORIO —seguramente también el más ignominioso— tiene que ver con su protagonismo en el proceso depurativo llevado a cabo en la universidad española. Antonio DE GREGORIO fue el presidente de la Comisión A para la Depuración del Personal Universitario, con sede por ello en Zaragoza, y su labor provocó la remoción o sanción de diversos profesores. Posteriormente sería nombrado vicepresidente del Centro Superior de Investigaciones Científicas (J. CLARET MIRANDA, 2006: 148; M. Á. RUIZ, P. MARÍN SOMOANO y M. L. SÁNCHEZ, 2016: 312).

Andrés GIMÉNEZ SOLER (Zaragoza, 1869-1938) se licenció en Historia en la Universidad de Zaragoza y se doctoró en Madrid. Como MIRAL, procedía también de una familia humilde y el esfuerzo personal estuvo detrás de todos sus logros. Fue catedrático de Historia Antigua y Media de España primero en la Universidad hispalense y, desde 1900, en la zaragozana, de la que fue rector entre 1911 y 1913. En 1893 había ganado una plaza como archivero en el Archivo de la Corona de Aragón en Barcelona, al que acudía con frecuencia en sus vacaciones de verano. También desempeñó su labor en el Archivo Municipal de Zaragoza. Influido por el pensamiento de PRAT DE LA RIBA, la suya fue una de las primeras voces que en Aragón reclamaron la creación de una Mancomunidad; GIMÉNEZ SOLER proponía una Mancomunidad del Ebro que incluía las provincias de Logroño, Huesca, Zaragoza y Lérida, casi toda Navarra, buena parte de Teruel y algunas partes de Soria y de Guadalajara.

En 1918 fue nombrado gobernador civil de Gerona. Uno de sus temas de estudio —especialmente revelador de quién pudo influir quizás en uno de los contenidos más importantes del Proyecto de Estatuto que en breve analizaremos— tuvo que ver con la indagación acerca de los orígenes de la institución del Justicia de Aragón (C. SERRANO LACARRA, 2003b: 52-53; A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 168-169).

De Francisco BERNAD PARTAGÁS se desconocen los datos exactos relativos a las fechas y lugar tanto de su nacimiento, como de su muerte; también, curiosamente, es el único de los cinco de los que no se conserva imagen. Su figura se aleja de algún modo de algunas de las características comunes al resto. BERNAD no es un erudito o un hombre de ciencia, sino que se acerca —aunque sin abrazarla del todo— a la imagen más netamente burguesa, más propia de esa burguesía que, como antes veíamos, fue excepcional y casi inexistente en Aragón. Nos encontramos ante un abogado que va a desarrollar labores de gerencia en la Azucarera de Aragón y que por ello terminará siendo el Presidente de la Asociación de Labradores de Zaragoza. Publicó, eso sí, algunos trabajos sobre el sector azucarero (A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 169-170).

Francisco PALÁ MEDIANO (Barbastro, 1892 – Zaragoza, 1972) era el menor de los cinco y, por ese motivo, el que menos presencia pública había tenido hasta ese momento, aunque lo encontramos en marzo de 1912 como uno de los jóvenes regionalistas que felicitaron por carta a Francesc CAMBÓ por su elección como diputado y en 1923 como uno de los firmantes del Proyecto de Bases para un Estatuto de la Región Aragonesa dentro del Estado español, del que más arriba se ha hecho mención. Estudió Derecho en Zaragoza y el doctorado en Madrid, donde fue colaborador en el despacho de Niceto ALCALÁ-ZAMORA. Aprobó las oposiciones a notarías con veinticinco años (la edad mínima que entonces se exigía) y obtuvo destinos en Andalucía y en Castilla hasta retornar a Aragón, pasando por diversas plazas para llegar en 1931 a Zaragoza, tras una nueva oposición entre notarios. En 1924 comparece en el período de información pública del Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral aragonés, presentando una serie de observaciones a petición del Colegio Notarial de Aragón. Miembro activo de diversas entidades culturales, destacó como melómano y ejerció labores periódicas. Dos días después del 18 de julio de 1936 —y, por tanto, tras menos de un mes desde que había visto la luz el Proyecto de *los cinco notables*— es designado concejal del Ayuntamiento de Zaragoza por el gobernador civil, cargo en el que cesa en 1939. Colaboró en la Compilación de Derecho foral de Aragón. Fue uno de los fundadores del Consejo de Estudios de Derecho aragonés y promovió el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946. Llegó a ser decano del Colegio Notarial de Aragón y decano honorario tras su jubilación. En 1968 fue nombrado doctor *honoris causa* por la Universidad de Zaragoza; el civilista Jesús DELGADO se refirió a él

en su *Semblanza* como «(d)ocente por temperamento» y «maestro sin aula» (J. DELGADO ECHEVERRÍA, 1968; SIN AUTOR, 1972: 65-66; C. ROYO VILLANOVA, 1978: 25; J. I. LÓPEZ SUSÍN, 2004: 150-151; A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 170).

Todos ellos —con la excepción, probablemente por su edad, de Francisco PALÁ— provenían del ámbito de la URA, en la que DE GREGORIO o BERNAD ya sabemos que habían llegado a ejercer funciones directivas, mientras que MIRAL o GIMÉNEZ SOLER habían estado al frente de *La Crónica*, su órgano de expresión. Estos presentaban un pasado netamente conservador: tradicionalista MIRAL y católicos sociales BERNAD y DE GREGORIO (este último pasando al falangismo progresivamente). Algo más liberal GIMÉNEZ SOLER, en tanto que fue el Gobierno liberal el que lo había nombrado gobernador civil, si bien nunca militó ni tuvo un papel destacado como tal (A. PEIRÓ ARROYO, 1999a: 75; M. Á. RUIZ, P. MARÍN SOMOANO y M. L. SÁNCHEZ, 2016: 312).

Aquellos de *los cinco notables* que vivieron más allá del final de la Guerra Civil vieron con buenos ojos —y, en ocasiones, algo más— el régimen franquista impuesto en España; en general —como subrayaron PEIRÓ y PINILLA— «las figuras más destacadas del regionalismo zaragozano tomarán clara partida a favor de los rebeldes y, años más tarde, se integrarán perfectamente en el Régimen» (A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 236).

3. Análisis del contenido

El Proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón elaborado por las cinco personalidades señaladas contaba con una suerte de preámbulo o exposición de motivos y con siete títulos dedicados a: 'Disposiciones generales', 'Organización política y administrativa', 'Extensión de la autonomía', 'Límites de la autonomía', 'Representación del Estado', 'Reforma del Estatuto' y 'Disposiciones transitorias'.

El texto que sirve como pórtico del Proyecto presenta como característica principal la combinación de un tono historicista (por momentos cabría decir que mitológico) con otro reivindicativo, nacido de una percepción de Aragón como región olvidada por el poder central. Asumidos «los caracteres históricos y jurídicos que definen la personalidad política del país aragonés con sus tradiciones vigorosamente democráticas», se considera que las cualidades morales de Aragón no han desaparecido, sino que han permanecido en un estado de latencia y en ese momento se van a reactivar, recuperando unas «libertades» y una «personalidad» perdidas por el abandono centralista y en parte también por «la arbitraria división en provincias que se ha hecho en España». Aparece una afirmación que no debe caer en saco roto y que apunta a las potencialidades que encerraba la fórmula del Estado integral: «No hay causa ni razón alguna que pueda justificar el hecho diferencial de

que exista en España una región autónoma y no recaben las demás regiones su propia autonomía». Los reproches al centralismo no han de confundirse con un rechazo a un proyecto colectivo —la trayectoria y posiciones políticas de los cinco autores del Proyecto no permitirían otra cosa—, y para despejar cualquier atisbo de duda se afirma solemnemente la voluntad de «ofrecer al servicio de nuestra Madre España una región fuerte y vigorosa, culta y rica que, articulada con otras regiones españolas, vigorizaría la vida nacional».

Los autores terminan esta exposición de motivos declarando que son personas que han dedicado a Aragón buena parte de sus desvelos y que de buena fe y altruistamente aportan este Proyecto —al que se refieren como «Carta constitucional»— para su discusión, rogando —en una pírueta algo tramposa— que en ese debate no se actúe según las ideas partidistas de cada cual, sino «como aragoneses» (15).

En el Título I —dedicado a las ‘Disposiciones generales’— considero como cuestiones especialmente relevantes, por ejemplo, la definición que el primer apartado del artículo 1 hace de Aragón, como «colectividad política, constituida en región autónoma, dentro del Estado español, con arreglo a la Constitución de la República». En el apartado segundo del artículo se afirma ya con claridad que «(e)ste Estatuto es su Carta constitucional», jugando con la polisemia de un término que —pese a lo que podría parecer más lógico— no está referida tanto al sentido aplicado en los casos de subunidades propias de Estados federales, sino que es más la manifestación de un regusto histórico y de una acepción que remite al período anterior a las revoluciones liberales y al correspondiente concepto moderno de Constitución.

Cabe también señalar la posibilidad de establecer dentro de Aragón demarcaciones territoriales (artículo 2.3), así como una vieja aspiración del aragonesismo —no exenta en este momento de cierto componente anticatalán—, contenida en el apartado segundo del artículo 2: «Una ley del Estado podrá conceder a la región aragonesa acceso al mar Mediterráneo por la navegación libre en el río Ebro y competencia ejecutiva sobre un ferrocarril que la comunique con un puerto marítimo».

El artículo 4 lleva a cabo un reconocimiento de las variantes dialectales de Aragón, estableciendo el derecho, dentro del territorio de la región, a su uso oral ante los Tribunales de Justicia y ante la Administración, así como a designar un intérprete cuando los interlocutores no entendiesen el dialecto.

(15) Es cierto que no se trataba de militantes de partidos políticos, pero eso no dotaba automáticamente de asepsia ideológica al Proyecto. Como escribió ROYO VILLANOVA, «(e)stos cinco hombres eran sin duda brillantes profesionales, aragonesistas puros y en aquel momento no eran hombres de partido; eran, dentro de su conservadurismo, realmente tecnócratas «avant le mot» (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 30).

Es muy probable que tras este artículo estuviera la mano de Domingo MIRAL, estudioso y difusor del cheso, como antes hemos visto.

El Título II —dedicado a la ‘Organización política y administrativa’— es, en mi opinión, el contenido principal de todo el Proyecto de Estatuto, no solo por la evidente importancia de lo en él regulado, sino porque esta regulación no es sino la expresión manifiesta del pensamiento y posiciones políticas de sus autores, quienes trazan una organización institucional tan original como asombrosa, como seguidamente se verá.

El artículo sexto afirma: «Los poderes regionales se ejercerán por las Cortes, la Diputación y el Justiciazgo, principales órganos políticos de la región aragonesa».

Las Cortes se configuran como Asamblea legislativa de la región autónoma. Sus miembros reciben el nombre de procuradores y son elegidos por un período de tres años. Lo más característico, no obstante, es su método de elección, articulado con base en un sistema de sufragio indirecto, siendo elegidos por los regidores de los municipios en votación secreta (artículo 8.1), escogiéndose en cada comarca o grupo de comarcas un número de procuradores proporcional al de habitantes (artículo 8.2). Es decir, el sufragio libre, igual, directo y secreto se daría solo en las elecciones municipales (16), pero no en la elección de unos procuradores que lo son de los municipios y que, por tanto, son elegidos por estos.

Los procuradores gozarán de inviolabilidad e inmunidad (artículo 11).

El artículo 12 contiene las normas de funcionamiento de la Asamblea:

Las Cortes se reunirán en los meses de marzo y septiembre cada año.

Fuera de tales períodos sesionales, que no podrán durar más de un mes, se reunirán en casos extraordinarios y urgentes por convocatoria del Justicia.

Los proyectos y proposiciones de Fuero (normas de aplicación general) habrán de ser presentados en la Corte del Justicia y repartidos a los procuradores un mes antes de comenzar cada período sesional. Los demás acuerdos de la Asamblea legislativa se denominan Actos de Cortes.

Por otra parte, la Diputación aparece recogida en el artículo 15 como un órgano nombrado por las Cortes con el fin de «la ejecución de las leyes y

(16) El artículo 8.4 regula aquellos casos en los que existan municipios que se organicen en régimen de Concejo abierto: «Cuando el municipio funcione en régimen de Concejo abierto o esté sometido al de tutela o carezca de Ayuntamiento de elección popular, la designación de procuradores en Cortes se hará por compromisarios en número igual al de regidores que corresponda al municipio, designados a su vez por sufragio universal, igual, directo y secreto de los electores del municipio».

Más adelante, en el artículo 35, se establece que funcionarán en régimen de Concejo abierto los municipios de menos de 500 habitantes.

el gobierno y administración de los servicios regionales». Según este artículo, los diputados no podrán ser procuradores, si bien «tendrán voz en las Cortes y asistirán a sus sesiones cuando sean requeridos para ello» (artículo 13). Sus miembros, reunidos en Consejo, adoptarán los acuerdos por mayoría (artículo 16) y cesarán por acuerdo de las Cortes, previa propuesta escrita de diez procuradores (artículos 17 y 14). Según el artículo 18, los diputados serán individualmente responsables por infringir el Estatuto y los Fueros y Actos de Cortes ante la Corte del Justicia y ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por infringir la Constitución de la República y las Leyes estatales. Era este un artículo contrario a la Constitución tanto por suponer que el Estatuto y las leyes aragonesas y actos de sus Cortes no eran normas o actos del Estado, cuanto por distribuir unas funciones sin base en el texto constitucional (ni en la Ley Orgánica que regulaba el Tribunal de Garantías Constitucionales).

El artículo 19 —dedicado a la institución del Justiciazgo— afirma: «Para la defensa de las libertades de Aragón y sus Fueros y amparo de sus ciudadanos, se restablece la institución del Justiciazgo, que integran el Justicia y su Corte».

La incorporación de la figura del Justicia, y especialmente la enorme importancia de la que se le dota (aportación muy probable, como antes se ha apuntado, de GIMÉNEZ SOLER), es quizás lo más característico de este Proyecto de Estatuto de Autonomía. Proclama el artículo 20.1 que «(e)l Justicia es el más alto representante de la región aragonesa y en todos los actos oficiales que se celebren dentro de su territorio ocupará el lugar preeminente que sólo cederá al presidente de la República española». Aparece, como se ve, revestido de funciones de Jefe de Estado, si bien estas no se presentan meramente como de tipo representativo o simbólico, sino que va a poseer también una capacidad decisoria. De hecho, el apartado tercero de ese artículo 20 establece que, para ejecutar sus decisiones, el Justicia va a tener a sus órdenes inmediatas a los vergueros o alguaciles de su Corte y a un destacamento armado de la guardia rural. La obligatoriedad de sus decisiones recuerda el carácter ejecutivo de las decisiones del viejo Justicia Mayor de Aragón, quien reunía en sí —como querrá hacer también la figura recogida en este Proyecto de un modo incluso más evidente— funciones jurisdiccionales y funciones de contenido político más amplio (17). El mandato del Justicia va a tener una duración de cinco años, impidiéndose la reelección (artículo 22) y va a ser «nombrado por las Cortes reunidas en sesión especial, con el voto de las dos terceras partes de los procuradores y sus suplentes» (artículo 21.1) (18), siendo «elegibles los

(17) Para un análisis detallado de la figura histórica del Justicia de Aragón, sigue siendo válida la consulta de Á. BONET NAVARRO, 1982.

(18) Antonio PEIRÓ ha llamado la atención sobre el peligro que podía revestir la mayoría exigida para la elección del Justicia: «Este requisito hace su elección especialmente difícil. Por ejemplo, las primeras Cortes se compondrán de cincuenta y cinco procuradores, elegidos

aragoneses mayores de 40 años que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos» (artículo 21.2). El artículo 23 del Proyecto recoge las siguientes atribuciones del Justicia:

1.º Recibir y circular a los procuradores en Cortes los proyectos y proposiciones de Fueros.

2.º Presidir la sesión de constitución de Cortes, en cada período sesional hasta la designación de Mesa.

3.º Reunir las Cortes fuera de los períodos sesionales en casos extraordinarios o urgentes, oídos sus lugartenientes.

4.º Suspende, oído el parecer de sus lugartenientes, los acuerdos de la Diputación, sometiéndolos a la deliberación de las Cortes en la primera sesión que celebren.

5.º Proveer interinamente las vacantes de diputados producidas cuando no se hallen reunidas las Cortes.

6.º Sostener por medio de los abogados de su Corte ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y ante el Tribunal Supremo de la República, la constitucionalidad de las leyes aragonesas y la competencia y jurisdicción de los organismos, autoridades y Tribunales de la región.

7.º Presidir su Corte o Tribunal.

La Corte o Tribunal del Justicia estaría compuesta por cuatro magistrados y cuatro lugartenientes, teniendo a su servicio a los abogados de la Corte, Jueces de Cuentas, vergueros o alguaciles y a otros auxiliares (artículo 24).

Los magistrados serían elegidos entre letrados aragoneses en varios turnos y su cargo sería vitalicio (artículo 25), mientras que los lugartenientes serían elegidos por las Cortes con iguales requisitos, condiciones y duración que el Justicia (artículo 26).

Según el artículo 27, la Corte o Tribunal del Justicia podía funcionar bien en pleno o Consistorio, bien en Sala de Justicia o bien en Sala de Cuentas.

El Consistorio suponía la reunión del Justicia, los magistrados y los lugartenientes y contaba entre sus atribuciones con un amplio elenco de cuestiones, relacionadas en su mayoría con la resolución de muy variados recursos y conflictos (actuando, por ejemplo, como tribunal contencioso-administrativo), así como con el examen y aprobación de los poderes de los procuradores en Cortes y con el conocimiento de los delitos cometidos en Aragón por diputados, procuradores en Cortes, jueces y fiscales municipales y con la responsabilidad

en once circunscripciones. El número de procuradores a que puede votarse en cada una de ellas es variable, pero si una candidatura ganase en todas obtendría cuarenta y un diputados, seis más de los necesarios para poder elegir al Justicia. Perder en Zaragoza hacía imposible conseguir esa mayoría, y lo mismo ocurriría perdiendo en tres de las otras. La probabilidad de bloqueo es muy elevada y ello es especialmente grave porque el Justicia es la institución clave del complejo entramado que dibuja el Proyecto...» (A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 174).

civil y criminal en que pudieran haber incurrido por el ejercicio de sus cargos diputados, jueces y fiscales municipales (artículo 28).

Por otra parte, la Sala del Justicia estaba constituida por el Justicia y sus magistrados y entre sus funciones se encontraban aquellas relacionadas con el conocimiento y resolución de conflictos y consultas en el ámbito del Derecho civil aragonés o entre autoridades judiciales aragonesas, adquiriendo sus posicionamientos en el ámbito de este Derecho civil aragonés fuerza de ley (artículo 29).

Por último, la Sala de Cuentas estaba formada por el Justicia y sus lugartenientes y, tal y como establecía el artículo 30, «actuará como órgano fiscalizador de la gestión económica de la Administración regional, comarcal y local».

Como broche y garantía de todo este complejo entramado institucional del Justiciazo, el artículo 31 llevaba al texto del Proyecto un denominado Tribunal de Judicantes. Este era el tenor del precepto: «Para conocer de las denuncias, presentadas a las Cortes por diez procuradores, contra el Justicia, sus magistrados o lugartenientes, se constituirá en cada caso un Tribunal de Judicantes compuesto de 17 letrados designados por la suerte entre los insculados secretamente por los procuradores en Cortes, a razón de un letrado por cada procurador».

Los artículos 32 y 33 estaban dedicados a la hacienda regional y hacían referencia a cuestiones como el proyecto de presupuestos para la región o a los elementos que constituían la hacienda de Aragón, a saber: 1) el producto de los impuestos cedidos por el Estado, 2) un porcentaje de determinados impuestos de los no cedidos y 3) los impuestos, derechos y tasas de las antiguas Diputaciones provinciales (véase más adelante el artículo 66) y los establecidos por la región (véase más adelante el artículo 43).

Cerraban este Título los artículos 34 a 37, destinados al régimen local, y en los que se reconocía la autonomía de los municipios y las comarcas, con base en lo dispuesto en la Constitución de la República y en el propio Proyecto (19). De hecho, y además de lo consignado en el artículo 2.3 citado más arriba, ya el artículo 7 había afirmado lo que sigue: «Las comarcas y los municipios, colectividades políticas integrantes de la región, serán autónomos en las materias de su respectiva competencia». El 34.3.^o recogerá ahora como «exclusiva competencia» de estos entes «el gobierno y dirección de los intereses peculiares del pueblo o pueblos respectivos».

El gobierno de los municipios va a venir determinado por su Carta particular o por los Fueros, en el caso de que no dispongan de ella (artículo

[19] «... el proyecto estatutario de los “Cinco Notables” desarrollaba al menos dos ámbitos de aplicación costista: en cuanto al régimen local y en el dispositivo comarcal» (A. R. DIEZ TORRE, 2003: 215-216).

35.1). Especial importancia presenta —dado el carácter basilar del municipio como elemento sobre el que descansa toda la arquitectura institucional de este Proyecto de Estatuto— el contenido del artículo 35.2 al afirmar que «a los efectos de las elecciones de procuradores en Cortes, determinará el Fuero el número de regidores que corresponde a cada municipio en proporción al número de sus habitantes y su elección por sufragio universal, igual, directo y secreto».

En los artículos 36 y 37 se estipula lo relativo a la existencia, creación y servicios y competencias de las comarcas.

Avanzando en el contenido del Proyecto, encontramos el Título III —dedicado a 'Extensión de la autonomía'—; en él se recoge el sistema de distribución de competencias. Estas se dividen en competencias sobre las que Aragón tendría la exclusiva en cuanto a su legislación, así como la ejecución directa (artículo 39), competencias de ejecución (artículos 40 y 41) y competencias financieras (artículos 42 a 46).

Se trata de una distribución competencial efectuada respetando lo dispuesto en la Constitución de 1931 y en la que cabe destacar el amplio campo competencial reservado en el artículo 39, algo mayor por ejemplo que el que había recogido el Anteproyecto de Caspe, frente al cual nuestro Proyecto se erigió como antagonista. Cabe destacar, como ejemplo, la letra h), referida a la «(o)rganización en régimen de autonomía, bajo el Patronato de la región, de la Universidad aragonesa, con facultad para expedir títulos académicos y profesionales». No es casualidad que buena parte de los autores del Proyecto fueran, como se sabe, profesores universitarios. Como curiosidad, debe observarse la referencia a una «Universidad aragonesa», sin hacer una mención expresa de la Universidad de Zaragoza —denominación real de la única universidad existente en aquel momento en Aragón—, quizás aventurando la posibilidad de un posible cambio del nombre histórico de la institución, que la alejase de acusaciones de centralismo zaragozano y a la vez la configurase de modo más claro como centro de educación superior de toda la región.

Por lo que se refiere a las competencias de ejecución —que se limitan, en líneas generales, a reproducir el contenido del artículo 15 de la Constitución republicana—, encontramos en el artículo 40.6.º del Proyecto una aclaración algo llamativa. Se recogen allí las competencias en materia de aguas, caza y pesca fluvial, y se añade: «... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución». El artículo 15.9.º del texto constitucional hace referencia a la legislación de aguas, caza y pesca fluvial. Con ello, la referencia al artículo 14 sobraría, porque ese artículo —en su apartado quinto concretamente— se refiere a la pesca marítima, y aquí de lo que se está tratando es de la pesca fluvial. Es muy difícil creer que se trató de un error, atendida la capacidad

y el trabajo de sus redactores. Una hipótesis de interpretación es que, con ese añadido, se estaba tratando de algún modo de reforzar el asunto de la demanda antes vista de que Aragón tuviera acceso al Mediterráneo, aunque para ello se acabara creando un sinsentido en el texto del Proyecto.

En cuanto a las competencias financieras, se establecía, por ejemplo, la capacidad de crear nuevas contribuciones (artículo 43) y la habilitación a la región aragonesa para emitir deuda interior (artículo 45).

El Título IV —centrado en los ‘Límites de la autonomía’— lleva al texto del Proyecto la obligatoriedad para las autoridades aragonesas de cumplir las leyes del Estado, así como las labores de inspección, nombramientos y funciones que se reservan a este.

El Título V —‘Representación del Estado’— preceptúa que la representación general del Estado en Aragón recaerá en un gobernador general que habrá de ser de regionalidad aragonesa y designado por el Gobierno de la República (artículo 60.1) y que si este pudiera nombrar agentes o delegados, habría de comunicar los nombramientos a la Diputación para que fueran publicados en el periódico oficial de la región (artículo 60.2). Se invadía, así, la esfera del poder central con el establecimiento de esa figura de gobernador general, con el añadido además del requisito de la regionalidad aragonesa.

El Título VI es el que regula la ‘Reforma del Estatuto’. Los artículos 61 y 62 desarrollan los siguientes procedimientos:

Art. 61. Para la reforma de este Estatuto en aquellos de sus preceptos que se refieran a las relaciones entre el Estado y la región, extensión y límites de la autonomía regional, se seguirá el siguiente procedimiento:

La reforma habrá de ser proyectada por el Gobierno de la República o propuesta por la cuarta parte de los votos del Congreso de Diputados.

También podrá iniciarse la reforma por la Diputación regional o por la cuarta parte de los procuradores en Cortes.

En uno y otro caso los proyectos de reforma serán objeto de deliberación en las Cortes regionales; la resolución de las Cortes se someterá al referéndum de los Ayuntamientos, y con estos antecedentes, resolverán en definitiva las Cortes centrales con el voto de dos terceras partes de sus miembros.

Art. 62. Cuando la reforma del Estatuto se refiera al régimen interior de la región, se seguirá el siguiente proceso:

La necesidad de la reforma habrá de ser reconocida en las Cortes regionales y por la mayoría absoluta de sus procuradores y suplentes.

Inmediatamente se convocarán nuevas Cortes que resolverán definitivamente sobre la reforma, con el voto de los dos tercios de los procuradores y sus suplentes.

No será necesaria la aprobación de las Cortes centrales, pero quedará en suspenso la reforma si, dentro de los treinta días siguientes a su promulgación, acordara el Gobierno de la República denunciarla al Tribunal de Garantías Constitucionales por estimarla contraria a la ley fundamental del Estado español.

Este proceso de reforma —concretamente, el recogido en el artículo 62— presentaba una evidente tacha de inconstitucionalidad, en la medida en que permitía la posibilidad de reformar el Estatuto sin la participación del Congreso de los Diputados, contraviniendo así la propia naturaleza jurídica de la norma estatutaria que debía, según el artículo 12 de la Constitución, ser aprobada por las Cortes, motivo por el que su reforma igualmente habría de completarse mediante una aprobación por esas Cortes. Lo planteado por el Proyecto de Estatuto aragonés vaciaba de contenido la afirmación del artículo 11 del texto constitucional republicano: «Una vez aprobado el Estatuto, será la ley básica de la organización político-administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico».

Concluía la redacción de este Proyecto con un Título VII, destinado a las 'Disposiciones transitorias'.

Tres eran los asuntos tratados en el mismo.

En primer lugar, los artículos 63 a 65 contenían las reglas para la elección de las primeras Cortes. Una vez elegidas, estas —en su primer período de sesiones (prorrogable por un mes más)— habían de promulgar el Fuero de la Diputación, nombrar a la primera Diputación, promulgar el Fuero del Justiciazo y nombrar al Justicia y a sus lugartenientes.

Posteriormente, los artículos 66 y 67 iban dedicados al traspaso de los servicios competencia de la región aragonesa. Una vez nombrada la Diputación, quedarían disueltas las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca y Teruel, pasando sus bienes y servicios a aquella. Por su parte, el Gobierno de la República habría de establecer las normas para el inventario de bienes y derechos y para la adaptación de los servicios, encargando la ejecución de esas normas a una comisión mixta Consejo de Ministros–Diputación regional, en la que podía llegar a jugar un papel arbitral el presidente del Congreso de los Diputados.

Y, por último, el artículo 68 contenía la norma de Derecho supletorio: «Mientras la región no legisle sobre materias de su competencia, continuarán en vigor las leyes actuales del Estado que a dichas materias se refieran, correspondiendo su aplicación a las autoridades y organismos de Aragón, con las facultades asignadas actualmente a las del Estado».

VI. VALORACIÓN Y CONCLUSIONES

Una vez estudiados los contenidos de este Proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de *los cinco notables*, se hace necesario llevar a cabo una valoración del mismo, así como extraer algunas conclusiones, poniendo en relación el texto con el marco constitucional republicano.

Coincido con las opiniones principales de aquellos autores que han llevado a cabo con anterioridad análisis —más o menos profundos— de este Proyecto de Estatuto y que han identificado en él una serie de características (en no pocas ocasiones precisamente —y aquí podríamos volver a recordar lo que de respuesta tuvo este Proyecto— como contrapunto del Estatuto de Caspe): de alta calidad técnica desde un punto de vista jurídico, de ideología conservadora, historicista, escasamente democrático, tecnocrático, etc. (R. SÁINZ DE VARANDA, 1977: 25; R. SÁINZ DE VARANDA, 1978: 43; C. ROYO VILLANOVA, 1978: 30; A. EMBID IRUJO, 1985: 31; A. PEIRÓ ARROYO, 2002: 100; J. M. HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GARCÍA, 2009: 13).

Cinco notas resaltó en él José Manuel BANDRÉS: 1) Concepción medievalista de la organización política; 2) negación de independencia del Poder Judicial; 3) sentido corporativista de la vida pública; 4) autonomía regional de corte municipalista y 5) carácter apartidista de la participación política (J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 32-34) (20). Y destacó asimismo su «tecnicismo jurídico» (J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 34).

No han faltado, por otra parte, las opiniones de quienes han visto en este Proyecto un marcado centralismo zaragozano. De «excesivamente zaragozalista» fue calificado en un artículo del quincenario *Andalán* del año 1974, si bien pareciera que únicamente por fijar en Zaragoza la capital de la región autónoma (EQUIPO ANDALÁN, 1974: 12). Más duro fue en este sentido Díez Torre, abundando a su vez en algunas de las otras características señaladas: «Los ilustres «notables» de los medios conservadores zaragozanos repetían por lo demás —con su proyecto estatutario de 1936— las actitudes, y clichés, de un arbitrismo desfasado una década atrás: del regionalismo eruditamente solicitado del poder y diseñado desde Zaragoza, a la medida de nostalgias corporativas y medievalizantes» (A. R. Díez Torre, 2003: 215).

Me parece evidente que el Proyecto de *los cinco notables* presenta un innegable déficit democrático, por el hecho —aunque no solo— de que únicamente las elecciones municipales eran la expresión de un sufragio directo. E incluso esta importancia concedida a la esfera municipal podría entroncar —más que con un verdadero compromiso democrático— con ese anhelo medievalizante que impregna todo el texto, desde lo nominal-formal (21) hasta lo material y de contenido. Por otra parte, no ha de olvidarse que la regulación de las elecciones

(20) Se hacen eco de estas características J. M. MATA DE ANTONIO, 1996: 40-41 y A. R. Díez Torre, 2003: 215.

(21) Algunas denominaciones institucionales y la recuperación de figuras como el Justicia —aunque con una caracterización completamente diferente— o de temas como el lingüístico reaparecerán en los años de la Transición a la democracia y finalmente en el Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado en 1982, si bien en este caso —más allá de buscar hechos diferenciales o pedigrís históricos— lo harán ya con una voluntad indudablemente democrática.

municipales era competencia del Estado, por lo que el carácter democrático de estas era una realidad que el Proyecto de Estatuto recibía como algo dado, con la única salvedad de lo relativo a la elección de los compromisarios que en los municipios organizados en régimen de Concejo abierto, o de tutela, o que carecieran de Ayuntamiento de elección popular, habrían de designar a los procuradores. Estas últimas eran las únicas elecciones directas que el Proyecto contemplaba expresamente en su artículo 8.4, al que antes se ha hecho referencia. Expresión clara de carencia democrática es también la deficiente separación de poderes contemplada, su insólita configuración institucional o el carácter no estable de las Cortes.

Admitiendo que el Proyecto presentaba una buena técnica jurídica, creo sin embargo que tampoco debe magnificarse esta característica, que además suele ser presentada como punto a favor del texto de *los notables* y en detrimento del de Caspe. Y ello por dos razones: en primer lugar, porque la predicada calidad en ocasiones no hacía sino esconder una exhibición de erudición y un desmedido historicismo y, asimismo y como idea más importante, porque el valor jurídico de un texto normativo también se demuestra en su capacidad de ser útil a la sociedad de su tiempo, algo que casi con certeza no habría logrado el Proyecto analizado (22).

Enlazando con esta idea, me parece pertinente exponer una primera conclusión: creo no equivocarme si afirmo que —aun sin golpe de Estado contra el régimen constitucional republicano, Guerra Civil y décadas de dictadura franquista— este Proyecto nunca habría llegado a prosperar. Es cierto que logró concitar el apoyo de la CEDA, reticente en un primer momento a cualquier forma de autonomismo aragonés (C. ROYO VILLANOVA, 1978: 31; A. PEIRÓ y B. PINILLA, 1981: 153; J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, 1985: 34), pero también lo es que «había una serie de aspectos cuya aceptación por los partidos del Frente Popular hubiese sido prácticamente imposible» (A. PEIRÓ ARROYO, 2007: 173). No olvidemos que, para aprobar un Estatuto, el artículo 12 de la Constitución de 1931 establecía unas exigencias expuestas más arriba; recordémoslas: proposición por parte de la mayoría de los Ayuntamientos de la región (o, al menos, de aquellos que supusieran los dos tercios del censo regional), aprobación en plebiscito por las dos terceras partes del censo y aprobación final en las Cortes. Es muy probable que ninguno de estos tres requisitos —y, desde luego, no el conjunto de los tres— se hubiera llegado a cumplir. Ese artículo 12 del texto constitucional añadía la exigencia lógica de que el Estatuto, para

(22) De este modo más sencillo presentaban FERNÁNDEZ CLEMENTE y FORCADELL la autonomía propuesta en Caspe: «Caspes no necesita señas de identidad para el hecho regional: la autonomía es entendida como un camino hacia la perfección democrática, como la posibilidad de realización del pueblo aragonés en justicia y libertad...» (E. FERNÁNDEZ CLEMENTE y C. FORCADELL, 1978: 185).

ser aprobado por el Congreso, no debía contener preceptos contrarios a la Constitución. Conocido el contenido del Proyecto de *los cinco notables* habrían existido en este punto dudas fundadas, ante las cuales la función del Congreso adquiriría una especial relevancia, en tanto que actuaba como defensor de la Constitución y llevando a cabo una suerte de control de constitucionalidad previo de los Estatutos (R. M^o. RUIZ LAPEÑA, 1982: 76-78).

Si afirmo que el Proyecto no habría salido adelante no es por afán de trazar ucronías o de afirmar cómo habría sido la historia si precisamente la historia hubiera sido otra; una práctica que no me merece ningún crédito. Al afirmar esto lo que en el fondo pretendo argumentar es que el contenido del Proyecto de Estatuto de *los cinco notables* era incompatible con el sistema jurídico-político vigente en España en aquel momento. La cuestión no era si se trataba de un texto más o menos conservador —algo perfectamente legítimo—, sino que en realidad era un texto contrario a los principios liberal-democráticos en los que se sustentaba el régimen republicano y en los que se fundaban en general las democracias de la época. No era —y en esto acertaron quienes en esos primeros días de julio del 36 criticaron en la prensa el Proyecto— un texto del siglo XX. Era una absoluta excentricidad (23).

Esta conclusión enlaza a su vez con una segunda: considero que los cinco autores de este Proyecto eran perfectamente conscientes de la imposibilidad de que el mismo llegara a buen puerto. Pensar lo contrario sería poner en duda la capacidad de personas que la habían demostrado con creces. No me imagino que actuaran con cinismo —y menos teniendo en cuenta la carga de trabajo que hubo de requerir la redacción de este Proyecto, realizado además con gran premura—, sino con la voluntad de dejar constancia de un modelo ideal y preferido por ellos, como alternativa —ya se sabe— a un Estatuto de Caspe contra el que se levantaron. Tenía que quedar patente que había aragonesistas de antigua trayectoria que proponían otro regionalismo. Y es muy posible que también hubiera mucho de despliegue y demostración de conocimientos —ya lo he apuntado antes— frente a los redactores de Caspe, quienes, en términos generales, distaban mucho del nivel intelectual de los llamados *notables*.

En definitiva, debemos insistir en que el Estado integral no era solo una creación para Cataluña (o para Cataluña, País Vasco y Galicia). Pensemos, además de en los ejemplos aragoneses, en lo ocurrido en Andalucía, Valencia,

(23) En realidad —y pese a referirnos repetidamente al historicismo— no era propio del siglo XX, ni de ningún otro, puesto que —como apuntó Carlos FORCADELL al denunciar *las fantasías históricas del aragonesismo político*— lo que se llevaba a cabo era «la invención de una mítica edad de oro remitida a los nebulosos orígenes del Reino, un país que, como en el caso de todas las añoranzas nacionalistas, nunca existió...» (C. FORCADELL ÁLVAREZ, 1998: 160).

Canarias, Baleares, Asturias, Navarra, Castilla y León o Extremadura (24). Y sobre todo, volviendo a una idea expuesta al comienzo de este trabajo, el Estado integral no era solo una fórmula para articular cuestiones de índole territorial, sino que poseía objetivos más profundos desde un punto de vista de exigencia democrática, liberal y social.

Como cierre, puede afirmarse que, sin embargo, era precisamente esta concepción amplia de lo que significaba el Estado integral la que provocaba que no todo cupiera en él, y así no cabía una propuesta de organización política como la contenida en el Proyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de *los cinco notables*.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACETE EZCURRA, Juan Enrique (2006): *El Estado integral de la Segunda República española*, Murcia, Nausicaä.
- ALCALDE, Ángel y CENARRO, Ángela (2016): «1923-1939. Entre Dictadura, República y Guerra», en Concha LOMBA y Pedro RÚJULA (eds.), *Historia de la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza (pp. 274-299).
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (1985): *El Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982*, Zaragoza, Diputación General de Aragón.
- BONET NAVARRO, Ángel (1982): *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara Editorial.
- CHERNICHERO DÍAZ, Carlos Alberto (2007): *El Estado Integral en la Constitución de la II República: proceso político, sistema parlamentario y conflictos territoriales*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- CLARET MIRANDA, Jaume (2006): *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica.
- CONTRERAS CASADO, Manuel (2007): «La Constitución de 1931 como proyecto innovador», en Manuel BALLARÍN y José Luis LEDESMA (eds.), *Avenida de la República. Actas del II Encuentro «Historia y Compromiso: Sueños y realidades para una República»*, Zaragoza, Cortes de Aragón (pp. 63-74).
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (1968): *Semblanza de Francisco Palá Mediano*, disponible en: <https://honoris.unizar.es/hc/francisco-pala-mediano> (fecha de consulta: 13 de julio de 2019).
- (1974): «El Derecho foral en el regionalismo aragonés», *Andalán*, 52, pp. 7 y 16.

(24) Un repaso de las distintas iniciativas autonomistas desplegadas en estos territorios puede consultarse en C. A. CHERNICHERO DÍAZ, 2007: 110-127.

- DEMARCHI, Giacomo (2015): «El Estado integral y sus fuentes: una lectura comparada», en Juan Carlos COLOMER RUBIO, Javier ESTEVE MARTÍ y Mélanie IBÁÑEZ DOMINGO (coords.), *Ayer y hoy. Debates, historiografía y didáctica de la Historia*, Valencia, Asociación de Historia Contemporánea: Universitat de València (pp. 108-113).
- (2017): «La Segunda República y su(s) territorio(s): los múltiples actores del Estado integral», en Luis Ignacio GORDILLO PÉREZ, Sebastián MARTÍN y Víctor Javier VÁZQUEZ ALONSO (dirs.), *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons (pp. 183-205).
- DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES CONSTITUYENTES DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA (1933): Madrid, Sucesores de Rivadeneyra.
- DÍEZ TORRE, Alejandro Ramón (2003): *Orígenes del cambio regional y turno del pueblo en Aragón, 1900-1938. Volumen I: Confederados. Orígenes del cambio regional en Aragón, 1900-1936*, Madrid-Zaragoza, Universidad Nacional de Educación a Distancia-Prensas Universitarias de Zaragoza.
- EMBID IRUJO, Antonio (1985): «Discurso jurídico sobre el anteproyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de 1931», en Antonio EMBID IRUJO y Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, *El anteproyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de 1931*, Zaragoza, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza (pp. 21-31).
- EQUIPO ANDALÁN (1974): «El Estatuto de Aragón. Un proyecto de junio de 1936», *Andalán*, 50-51, p. 12.
- FERNÁNDEZ CLEMENTE, Eloy (1975): *Aragón Contemporáneo (1833-1936)*, Madrid, Siglo XXI de España Editores.
- FERNÁNDEZ CLEMENTE, Eloy y FORCADELL, Carlos (1978): *Estudios de Historia Contemporánea de Aragón*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza (Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales).
- FORCADELL ÁLVAREZ, Carlos (1985): «1931.— Contexto histórico del anteproyecto de Estatuto de Autonomía de la Diputación zaragozana», en Antonio EMBID IRUJO y Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, *El anteproyecto de Estatuto de Autonomía de Aragón de 1931*, Zaragoza, Excma. Diputación Provincial de Zaragoza (pp. 7-19).
- (1986): «1931: El proyecto de estatuto de la Diputación zaragozana», en Eloy FERNÁNDEZ CLEMENTE y Carlos FORCADELL ÁLVAREZ, *Aragón Contemporáneo. Estudios*, Huesca, Guara Editorial (pp. 237-249).
- (1998): «Las fantasías históricas del aragonesismo político», en Carlos FORCADELL (ed.), *Nacionalismo e Historia*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico» (pp. 143-160).
- GERMÁN ZUBERO, Luis (1984): *Aragón en la II República. Estructura económica y comportamiento político*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico».

- (1999). «Propuestas aragonesistas durante la II República (1931-36). El debate en torno al Estatuto de Aragón», en Antonio PEIRÓ (coord.), *Historia del aragonesismo*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses (pp. 93-106).
- GERPE LANDÍN, Manuel (1977): *L'Estatut d'Autonomia de Catalunya i l'Estat integral*, Barcelona, Edicions 62.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (2018): «Cuestión territorial, autonomismo y federalismo en la Segunda República», en Ana MARTÍNEZ RUS y Raquel SÁNCHEZ GARCÍA (eds.), *Las dos repúblicas en España*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias (pp. 121-149).
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE Y GARCÍA, José María (2009): *Aragón, treinta años. La Comunidad Autónoma en su Boletín Oficial*, Zaragoza, Gobierno de Aragón – Vicepresidencia.
- HERNÁNDEZ LAFUENTE, Adolfo (1980): *Autonomía e integración en la Segunda República*, Madrid, Ediciones Encuentro.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1946): *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, Editorial Losada.
- LORENS, Eduardo L. (1932): *La autonomía en la integración política*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- LÓPEZ SUSÍN, José Ignacio (2004): *Gente de Leyes. El Derecho aragonés y sus protagonistas*, Zaragoza, Ibercaja.
- MAINER, José-Carlos (1975): «El aragonesismo político (1868-1936)», *Sistema*, 8, pp. 57-71.
- (1977): *Labordeta*, Madrid, Ediciones Júcar.
- (1978): «La redención de los Paraninfos: asambleas y regeneracionismo universitarios», en Manuel TUÑÓN DE LARA, Jordi SOLÉ TURA, Albert BALCELLS, Carlos BLANCO AGUINAGA y otros, *La crisis del Estado español 1898-1936*, VIII Coloquio de Pau, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo (pp. 213-244).
- (1982): *Regionalismo, burguesía y cultura: Revista de Aragón (1900-1905) y Hermes (1917-1922)*, Zaragoza, Guara Editorial.
- (2000): «Pensando en cien años de vida aragonesa (una antesala)», en Carlos FORCADELL (dir.), *Trabajo, sociedad y cultura: una mirada al siglo XX en Aragón*, Zaragoza, Publicaciones Unión, D. L. (pp. 17-25).
- MARTÍN-RETORTILLO, Luis (1977): «La experiencia de los Estatutos de Autonomía en la Segunda República española», en Luis GERMÁN y Miguel Ángel PORTERO (eds.), *Caspe: Un Estatuto de Autonomía para Aragón*, Zaragoza, Alcrudo Editor (pp. 5-22).
- MATA DE ANTONIO, José María (1996): «Aproximación a los antecedentes históricos del Estatuto de Autonomía de Aragón», *Acciones e investigaciones sociales*, 4, pp. 9-45.

- MELERO RIVAS, José Luis (2003): «Juan Moneva y Puyol», en José Ignacio LÓPEZ SUSÍN y Carlos SERRANO LACARRA (coords.), *Historia de la Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses–Universidad de Zaragoza (pp. 54-55).
- OLIVER ARAUJO, Joan (1991): *El sistema político de la Constitución Española de 1931*, Palma, Universitat de les Illes Balears.
- PEIRÓ ARROYO, Antonio (1996): *Orígenes del nacionalismo aragonés (1908-1923)*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses.
- (1999a): «El regionalismo dentro de Aragón durante la Restauración», en Antonio PEIRÓ (coord.), *Historia del aragonesismo*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses (pp. 59-76).
 - (1999b): «Domingo Miral: nota introductoria», *El Ebro. Revista aragonesista de pensamiento*, 1, pp. 131-134.
 - (2002): *El aragonesismo*, Zaragoza, Ibercaja.
 - (2007): *Autonomía y República. El Congreso y el Estatuto de Caspe de 1936*, Zaragoza, Cortes de Aragón.
 - (2010): «La renovación de la Universidad de Zaragoza en la tercera década del siglo XX», en Ignacio PEIRÓ MARTÍN y Guillermo VICENTE Y GUERRERO (Eds.), *Estudios históricos sobre la Universidad de Zaragoza*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico» (pp. 169-185).
- PEIRÓ, Antonio y PINILLA, Bizén (1981): *Nacionalismo y regionalismo en Aragón (1868-1942)*, Zaragoza, Unali.
- PÉREZ LASHERAS, Antonio (2003): «Domingo Miral López», en José Ignacio LÓPEZ SUSÍN y Carlos SERRANO LACARRA (coords.), *Historia de la Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses – Universidad de Zaragoza (pp. 108-110).
- (2018): «Retrato de Domingo Miral: la figura y su tiempo», en Antonio PÉREZ LASHERAS (ed.), *Los Cursos de Verano de la Universidad de Zaragoza en Jaca: Una puerta a la modernidad*, Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza (pp. 13-49).
- PÉREZ SERRANO, Nicolás (1932): *La Constitución Española (9 diciembre 1931). Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (1981): «La Segunda República: una visión de su régimen político», *Arbor*, 426, pp. 27-36.
- ROYO VILLANOVA, Carlos (1978): *El regionalismo aragonés (1707-1978). La lucha de un pueblo por su autonomía*, Zaragoza, Guara Editorial.
- RUIZ, Miguel Ángel, MARÍN SOMOANO, Pablo y SÁNCHEZ, María Luz (2016): «1939-1975. La dictadura franquista», en Concha LOMBA y Pedro RÚJULA

- (eds.), *Historia de la Universidad de Zaragoza* (pp. 300-345), Zaragoza, Prensas de la Universidad de Zaragoza (pp. 300-345).
- RUIZ LAPEÑA, Rosa María (1982): *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch.
- SÁINZ DE VARANDA, Ramón (1977): «Fundamentos de la autonomía de Aragón», *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, 64, pp. 22-31.
- (1978): «Instituciones para un Aragón autónomo», en COMISIÓN DE CULTURA DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, *Autonomía regional aragonesa*, Zaragoza, Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza (pp. 37-51).
- SERRANO LACARRA, Carlos (2003a): «Antonio de Gregorio Rocasolano», en José Ignacio LÓPEZ SUSÍN y Carlos SERRANO LACARRA (coords.), *Historia de la Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses–Universidad de Zaragoza (pp. 111-112).
- (2003b): «Andrés Giménez Soler», en José Ignacio LÓPEZ SUSÍN y Carlos SERRANO LACARRA (coords.), *Historia de la Autonomía de Aragón*, Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses–Universidad de Zaragoza (pp. 52-53).
- SIN AUTOR (1972): «Para ser inmortales nos levanta... Don Francisco Palá Mediano», *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, 45, pp. 65-66.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (1987): «El «Estado integral»: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en José Luis GARCÍA DELGADO (ed.), *La II República española. El primer bienio*, III Coloquio de Segovia sobre Historia Contemporánea de España, dirigido por M. Tuñón de Lara, Madrid, Siglo XXI de España Editores (pp. 379-395).
- VARELA, Santiago (1976): *El problema regional en la Segunda República*, Madrid, Unión Editorial.

DEBATES

LAS CUESTIONES PROCEDIMENTALES CONTROVERTIDAS EN LA FASE DECLARATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO DE SUBVENCIONES PÚBLICAS (*)()**

SUSANA E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES GENERALES DE NECESARIA PRECISIÓN.– II. LOS OBLIGADOS AL REINTEGRO: 1. Los obligados principales. 2. Los obligados al reintegro en otros supuestos.– III. EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO: 1. Naturaleza del procedimiento de reintegro y regulación del mismo. 2. Compatibilidad del procedimiento de reintegro con otros procedimientos de exigencia de responsabilidad. 3. La iniciación del procedimiento de reintegro. 4. El trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro. 5. La resolución del expediente de reintegro: especial referencia a la motivación.– IV. LAS CONSECUENCIAS DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO: 1. La declaración de caducidad. 2. La prescripción del derecho.– V. EL REINTEGRO DE AYUDAS EUROPEAS.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente estudio analiza, tras distintas modificaciones normativas y en especial las modificaciones operadas en el régimen jurídico y el procedimiento administrativo común y las novedades jurisprudenciales acontecidas en los últimos años, las cuestiones más problemáticas que se suscitan en el procedimiento de reintegro de subvenciones públicas, ya se trate de las normas de aplicación al mismo o se refieran a los distintos trámites que han de seguirse en el ciclo procedimental, y las soluciones que a las mismas se han aportado desde la doctrina y la jurisprudencia.

Palabras clave: subvenciones; reintegro; obligados; procedimiento; ayudas de Estado; iniciación; audiencia; caducidad; prescripción.

ABSTRACT: *The present study analyzes, after different regulatory modifications and especially the modifications operated in the legal regime and the common administrative*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de junio de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 23 de septiembre de 2019.

(**) El presente trabajo se inscribe en los estudios realizados en el marco del Proyecto I+D DER2016-79920-R «La lucha por la ética y contra la corrupción: empleo y contratación del sector público, urbanismo y actividad de fomento de los poderes locales» financiado por el Gobierno de España y la Unión Europea.

procedure and the new jurisprudential events that have occurred in recent years, the most problematic issues that arise in the procedure for reimbursement of public subsidies, whether the rules apply to it or refer to the different procedures to be followed in the procedural cycle, and the solutions that have been provided to them from the doctrine and jurisprudence.

Key words: subsidies; reimbursement; obligated; procedure; State aid; initiation; hearing; expiration; prescription.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CUESTIONES GENERALES DE NECESARIA PRECISIÓN

La actividad de fomento se ha vinculado al liberalismo económico ya que, desde el punto de vista de este, el Estado ha de estimular y apoyar la iniciativa privada, y no suplirla salvo que sea estrictamente necesario (1). Sería así una

(1) Como resulta archiconocido JORDANA DE POZAS (1949: 44), en una definición clásica de la actividad de fomento reiterada por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del tema, la caracterizará por ser la «acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos» y, en este sentido y para este autor, la actividad de fomento se contrapone a la de servicio público en que la «administración realiza *directamente* y con sus propios medios el fin perseguido; mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, suplan *indirectamente* el fin que la administración persigue». Por su parte, y en el mismo sentido que el autor anterior, PARADA VÁZQUEZ (1999: 419) la definirá como «aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos, sin usar la coacción ni crear servicios públicos».

Dicha concepción clásica de la actividad de fomento ha sido, sin embargo, puesta en cuestión. A título de ejemplo, COSCULLUELA MONTANER (2010: 633), y para despojar de elementos negativos a la definición clásica de fomento, ha optado por definirla como la «actividad que consiste en estimular o ayudar un actividad privada de interés público». Asimismo, VILLAR PALASÍ (1950: 104), citando a HARIOU, expone que la actividad de fomento resulta indefinida pues tanto da decir que el estado fomenta la beneficencia (fomento) como que prohíbe la mendicidad (policía) y, al respecto, sugiere que tal vez sería más idóneo insertar la actividad de fomento en el cuadro general de la administración indirecta del estado, y específicamente, con la colaboración privada en los fines administrativo.

Otros autores han propuesto una revisión del concepto tradicional de fomento por sujeción de esta actividad a los principios del Estado de derecho y la interdicción de la arbitrariedad en su ejercicio y, de esta forma, MARTÍN MATEO (1986: 452) propuso una nueva denominación de esta como «actividad de estimulación» para su mejor caracterización. Por último, y en idéntico sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1989: 755) la ha caracterizado como actividad dispensadora de ayudas y subvenciones, proponiendo el abandono de la terminología tradicional, a fin de conseguir su adaptación a su realidad actual cuando el Poder público la emplea como instrumento de dirección y conformación de las realidades económicas y sociales o en garan-

vía intermedia entre la inhibición y el intervencionismo del Estado. Y con dicha perspectiva han sido abordadas, con carácter general, por los tratadistas tradicionales las distintas técnicas en que se plasma el fomento. Fleiner (1933: 104) hablará de que mediante estas técnicas de concesión de subsidios a empresas privadas «se pueden proteger ciertos esfuerzos en el terreno cultural y moral». Merkl (2004: 293) incluirá dicha actividad dentro de la Administración interna del Estado que tratan de fomentar la vida cultural y la civilización. Waline (1936: 263), por su parte, aludirá a que estamos en presencia de «la intervención del Estado para secundar una obra o una empresa privada de interés público». O, por poner un último ejemplo, Hariou (1933: 320) dirá que con estas técnicas «se responde con un gesto de aprobación y estímulo al gesto de los hombres abnegados que emprenden una obra de interés general».

De otro lado, y para ir delimitando el objeto de este trabajo, es preciso señalar que la actividad de fomento de las Administraciones Públicas, como es generalmente conocido, puede llevarse a cabo a través de distintos cauces (2), pero, sin duda, es la subvención el más significativo si atendemos a un aspecto meramente cuantitativo, pero también cualitativo dada la diversidad de manifestaciones de esta y la función que cumplen en el tráfico jurídico.

tía de derechos fundamentales y no solo de la promoción de su ejercicio en condiciones de mayor igualdad. Con esta perspectiva, la define cómo «actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados —públicos o privados—, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización».

(2) Respecto de los distintos medios a través de lo que se lleva a cabo la actividad de fomento tampoco ha existido una completa unanimidad. JORDANA DE POZAS (1949: 46) clasificaría la actividad de fomento en medidas positivas y negativas, en función de si ofrecían ventajas a los particulares o, por el contrario, les causaba un perjuicio el continuar realizando una actividad, si bien dicha clasificación ha sido, en cierta medida, cuestionada por la doctrina más solvente en la materia. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR (2009: 357) ha hablado de la necesaria depuración de dicha clasificación y ha puesto de relieve sus deficiencias indicando que esa clasificación responde a un esquema de valores de dudosa validez en nuestros días; pero que además resulta discutible por tres razones: primero, porque incluye entre las técnicas de fomento modalidades de la acción pública que no pueden ser consideradas como tales; segundo, porque, en sentido opuesto, omite la mención de nuevos medios de estímulo que poseen hoy una importancia sustancial; y tercero, porque una parte importante de los medios que enumera no son hoy utilizables por razones jurídicas y económicas de diversa naturaleza. FERNÁNDEZ FÁRRERES (2009: 149) opina que dicha clasificación presenta escaso fundamento, encerrando en sí la negación misma de la especificidad de la acción de fomento, al incluir como medios o instrumentos del mismo supuestos que en forma alguna pueden serlo, y PAREJO ALFONSO (2003: 672), asimismo y en idéntico sentido siendo crítico con la clasificación tradicional, estima que dada la instrumentalidad de esta actividad respecto de las políticas públicas sustantivas en los diferentes sectores de la realidad social, resulta muy difícil reducir a sistema la multiplicidad y heterogeneidad de las regulaciones de que es objeto y, por tanto, construir un régimen jurídico general de la misma.

En efecto, el instituto jurídico subvencional tiene como fin principal impulsar u orientar comportamientos para la consecución de objetivos dignos de protección y estímulo, propios de la actividad de fomento, siempre sobre la inexcusable premisa que obliga a la Administración a servir con objetividad los intereses generales y a satisfacer las necesidades públicas (art. 103.1 CE). Partiendo de la búsqueda de un interés público concreto y determinado, al servicio del cual se concibe el instrumento subvencional, y siempre dentro del marco competencial propio de la Administración concedente, es de todo punto inconcebible una subvención ayuna de causa que la justifique y de procedimiento que asegure la tutela de los fines perseguidos.

Respecto de la misma, cabe recordar al comienzo de este trabajo la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expresada, entre otras, en las sentencias de 7 de abril de 2003 (rec. 11328/1998), reiterada a su vez en la de 4 de mayo de 2004 (rec. 3481/2000) y de 17 de octubre de 2005 (rec. 158/2000), que expresan respecto de la naturaleza de la subvención que *«el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquellas»* (3).

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la subvención forma parte de la actividad administrativa de fomento y es un acto administrativo de carácter condicional; lo que implica que el beneficiario de la misma está

(3) La STS de 19 de diciembre de 2013 (rec. 3125/2010) se pronuncia al respecto del modo que se reproduce a continuación: «Según resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresada entre otras en las sentencias de 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), 4 de mayo de 2004 (RC 3481/2000), 17 de octubre de 2005 (RC 158/2000) y 15 de noviembre de 2006 (RC 2586/2004), la naturaleza de dicha medida de fomento administrativo puede caracterizarse por las notas que a continuación se reseñan: "En primer lugar, el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada normativamente termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquellas. En segundo término, el otorgamiento de las subvenciones ha de estar determinado por el cumplimiento de las condiciones exigidas por la norma correspondiente, pues de lo contrario resultaría arbitraria y atentatoria al principio de seguridad jurídica. Por último, la subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir en la actuación del beneficiario a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por aquél. Por consiguiente, las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión (Cfr. SSTS 20 de junio, 12 de julio y 10 de octubre de 1997, 12 de enero y 5 de octubre de 1998, 15 de abril de 2002 *ad exemplum*)"».

obligado a cumplir la finalidad perseguida por aquélla y las demás exigencias que se le impongan. Y la consecuencia legalmente prevista para el incumplimiento de dichas obligaciones no es la nulidad del acto administrativo de otorgamiento de la subvención, sino el reintegro (STS de 28 de enero de 2014, rec. 428/2011). Es decir, es un negocio jurídico con un contenido propio que implica el desplazamiento de fondos públicos con un fin determinado y la asunción de unas obligaciones por el beneficiario. En suma, se trata de una donación modal que no se salda con la mera justificación formal, sino con la real (STS de 11 de diciembre de 2014, rec. 5333/2011) ya que la entrega de la ayuda pública no es definitiva, pues no se perfecciona hasta que la Administración comprueba que se han cumplido las obligaciones impuestas en la concesión de la subvención, comprobación que ha de ser minuciosa por la naturaleza pública del dinero entregado al particular.

Sentadas las premisas anteriores, cabe hacer referencia a que la subvención se configura como una de las medidas que emplea la Administración para fomentar la actividad de los particulares hacia fines de interés general, comprendiendo tal concepto, toda clase de favorecimiento de una acción mediante la concesión de estímulos económicos, ya signifiquen estos una pérdida de ingresos para la Administración a través de las exenciones y desgravaciones fiscales, ya un desembolso inmediato de dinero público destinado a dicha función de fomento o promoción. De esta forma, la subvención se plasma a través de muy variadas fórmulas, a saber: transferencias corrientes y de capital, subvenciones corrientes y de capital, anuales o plurianuales, en dinero o en especie, aportaciones patrimoniales en dinero, en bienes o en derechos a entidades, asociaciones, fundaciones o sociedades mercantiles de titularidad pública o mixta, aportaciones a planes de obras o servicios públicos, etc., siendo el régimen jurídico de concesión, gestión, justificación y aportación singular y específico en cada caso, pero fundamentada su concesión en todos los supuestos referidos en razones de interés público que, en todo caso, deben quedar acreditados en el momento de su otorgamiento. Y es que, como bien señala la STS de 10 de julio de 2018 (rec. 1555/2016), el concepto mismo de la subvención es incompatible con la atribución libérrima de fondos públicos. En ningún caso puede concebirse la subvención como desplazamiento patrimonial sin causa o con fundamento en la mera liberalidad de la entidad concedente. De esta forma, y concorde con esa finalidad, el fundamento mediato del reintegro de subvenciones al que se dedica este trabajo no puede ser otro que el principio de prohibición de enriquecimiento injusto que se plasma en la necesidad de devolver las cantidades obtenidas como subvención de forma indebida y en el que subyace, como declara la SAN de 30 de julio de 2014 (rec. 66/2014), un interés general y público.

En el ámbito estricto de las subvenciones públicas, las de carácter finalista y condicionado, su régimen jurídico básico deriva de la Ley 38/2003, General

de Subvenciones (en adelante, LGS), desarrollada por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, RGS) que vinieron a reforzar el control de ejecución de las mismas en distintos aspectos y, muy específicamente, en lo referido a los instrumentos de control y las obligaciones del beneficiario.

Ahora bien, la Disposición Final primera de dicha Ley establece que la misma se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.13.º, 14.º y 18.º de la Constitución, indicando los artículos que constituyen legislación básica del Estado, para en el punto 2 señalar que las restantes disposiciones de la presente Ley resultarán únicamente de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado y de las entidades que integran la Administración Local, si bien añade dicho precepto que, no obstante, cuando las Comunidades Autónomas hubieran asumido competencias en materia de régimen local, la Ley se aplicará a las entidades que integran la Administración Local en el ámbito territorial de las referidas Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de esa disposición (4).

Pues bien, y de acuerdo con lo más arriba apuntado, en el Título II, los artículos 36, 37 y el apartado 1 del artículo 40 que regulan la materia estudiada son declarados básicos, quedando al margen de dicha calificación tanto los plazos de prescripción, como la naturaleza de los créditos a reintegrar y de los procedimientos para su exigencia. Asimismo, tienen carácter básico en la norma reglamentaria los artículos 91 a 93 del RGS (Disposición Final primera).

De otro lado, y en segundo lugar, es preciso poner de manifiesto que la materia que será objeto de análisis discurre en franca conexión entre el Derecho administrativo y el Derecho financiero. El hecho de que las subvenciones constituyen al mismo tiempo una actividad administrativa y una modalidad

(4) Algunas Comunidades Autónomas han procedido a regular, mediante Ley, la materia referida (puede verse, a título de ejemplo, la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, la Ley 5/2008, de 25 de septiembre, de Subvenciones de la Comunidad de Castilla y León o la Ley 6/2011, de 23 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, incluyendo en unos casos a las entidades locales y dejándolas al margen en otros). En otros casos han integrado la regulación en normas más amplias de finanzas públicas (Cataluña o Valencia) o, por último, otras Comunidades Autónomas no han procedido a la regulación de dicha materia remitiéndose a la normativa estatal (Andalucía). Asimismo, en unos supuestos, han abordado la regulación de la materia objeto de este estudio estableciendo normas específicas para la materia contenida en normas no básicas, mientras que en otros, de nuevo, no han desplazado a la normativa estatal. Por último, es de resaltar las especialidades normativas aplicables a la Comunidad Foral Navarra (Disposición Adicional Vigésima) y al País Vasco (Disposición Adicional Vigésima segunda). El presente trabajo quedará ceñido a la legislación estatal, sin perjuicio de dar puntual referencia a dichas cuestiones en la normativa autonómica.

de gasto público, es determinante para la intervención en cascada de ambos sectores del ordenamiento jurídico (5). Me ceñiré, sin embargo, al ordenamiento jurídico-administrativo sin perjuicio de realizar puntuales referencias a normas presupuestarias o relativas al gasto público a las que, en su caso, remitiré oportunamente. No en vano, y como se ha referido, la consideración y tratamiento de la actividad subvencional como parte del gasto público es evidente y se refleja desde el mismo momento en que la propia LGS se dicta al amparo de los apartados 13.º y 14.º del art. 149 de nuestra Carta Magna que, como se sabe, son títulos de intervención de índole económica. De ahí que, como se ha destacado (6), se establezca un riguroso régimen de control, garantías y cautelas que subyacen en la regulación del gasto subvencional y que trasciende al control sobre el deudor de la Hacienda Pública por las cantidades percibidas indebidamente, sin perjuicio, eso sí, que se haya apuntado que el régimen de control financiero de las subvenciones tiene aspectos muy similares, si no idénticos (7), a los establecidos en el procedimiento inspector en el marco de la investigación de los tributos.

Por último, también es preciso referirse a una última cuestión, más de fondo, consistente en que en el ciclo procedimental de la subvención pueden distinguirse dos momentos: de un lado, aquel donde se valora el cumplimiento de los requisitos previos de capacidad que deben reunir los solicitantes para ser potenciales beneficiarios; y, de otro lado, un segundo momento procedimental, ya posterior a la concesión, en el que debe justificarse la realización

(5) No obstante, como ha aclarado la STS de 1 de abril de 2019 (rec. 2426/2018), merece destacarse la especial posición jurídica del deudor en caso de reintegro de subvenciones respecto a la del deudor tributario en general. En efecto, la deuda tributaria deriva de una obligación legal de contribuir en función de los ingresos o bienes del contribuyente y no presupone ningún incumplimiento previo. Sin embargo, en el supuesto de ayudas y subvenciones la obligación de reintegro de las mismas a la Hacienda pública deriva de un previo incumplimiento en lo que respecta al empleo de dichos fondos públicos, lo que obliga a una interpretación rigurosa de la normativa aplicable.

(6) L.A. MARTÍNEZ GINER y A. NAVARRO FAURE (2010: 152).

(7) Señalan los autores referidos en la nota anterior que «la LGS se ha inspirado en el procedimiento de inspección tributaria para regular el procedimiento de control financiero de subvenciones públicas. Las similitudes son evidentes: la forma de iniciación (plan de inspección o control tributario/plan de auditorías), el plazo de duración (doce meses en ambos casos), las causas de ampliación de dicho plazo (sustancialmente idénticas a las recogidas en el artículo 49 de la LGT), la obligación de colaboración con los interventores (que se establece de forma similar a la que se reconoce a los inspectores de Hacienda, incluyendo, el libre acceso a información de cuentas bancarias relacionadas con la subvención), la documentación de las actuaciones (en diligencias e informes, como en el ámbito de la inspección tributaria) o los efectos de dichos informes (conformidad o disconformidad) son datos que reflejan la clara inspiración del control financiero de subvenciones de la nueva LGS en el procedimiento de inspección tributaria. Ahora bien, hay algunos aspectos en los que el procedimiento de control financiero todavía se separa claramente del procedimiento de inspección tributaria».

de la actividad o comportamiento objeto de subvención y el cumplimiento del resto de deberes y obligaciones comprometidas, y a los que se condiciona la efectividad de la ayuda concedida.

Al respecto, como detallan la mayoría de los autores que se han ocupado del tema (8), resulta necesario deslindar entre invalidez de la subvención por causas de nulidad o anulabilidad con arreglo a los establecido en la legislación procedimental común (con la consiguiente anulación de la misma) (9) y la revocación de las subvenciones, un concepto más estricto que se ha ido decantando a través de la labor del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, que se produce cuando el beneficiario de la subvención, a tenor de la naturaleza condicionada de la misma, incumple los compromisos, obligaciones o condiciones impuestas

(8) Entre otros que podrían citarse cabe reseñar, refiriéndose a este concreto aspecto, los trabajos de D. CUADRADO ZULOAGA (2001); V. MANTECA VALVERDE (2007); L.A. MARTÍNEZ GINER (2006); J. PASCUAL GARCÍA (2008); o, por citar un último ejemplo, J. RODRIGO LAVILLA (2018).

(9) El propio Consejo de Estado (Dictamen nº 55.280, de 18 de octubre de 1990) ha indicado desde la década de los noventa que los actos de concesión de subvenciones son actos administrativos puros y declarativos de derechos, y con ello en modo alguno revocables directamente por vía unilateral de la Administración, exigiéndose para su anulación la vía procedimental de la revisión de oficio. En sentido análogo, la STS de 6 de junio de 1989 (rec. 2154/1985) dispuso que cuando se trata de dejar sin efecto un acto declarativo de derechos, cual es la concesión de una determinada subvención económica, aduciendo para ello un motivo jurídico como es el negar con posterioridad a aquel acto que el beneficiario del mismo ostentare derecho a la subvención allí concedida, el trámite a seguir obligatoriamente es el de la revisión de oficio de actos administrativos. Criterio que también es recogido por otras sentencias posteriores del Tribunal Supremo, como la de 6 de marzo de 1998 (rec. 1472/1984).

Y respecto de esta el Tribunal Supremo tiene declarado en Sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 901/2016) que «en materia de subvenciones la declaración, judicial o administrativa, de nulidad de una subvención lleva consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas, según dispone el artículo 36.4 de la Ley General de Subvenciones, sin que esta consecuencia legal pueda verse modificada por la aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992. Es más, si se considera que el exceso en la actuación de la Administración no se produjo por el ejercicio de la acción destinada a obtener la revisión de oficio del acto sino por el retraso en el ejercicio de la acción destinada a obtener el reintegro de la cantidad indebidamente percibida, la conclusión alcanzada por la sentencia tampoco podría ser aceptada. En esta hipótesis el cómputo del plazo para que la Administración pudiese ejercer la acción destinada a reclamar las cantidades indebidamente percibidas no puede empezar a computarse sino desde el momento en que la declaración de nulidad es firme, pues solo a partir de ese momento la Administración está legitimada para solicitar el reintegro de las cantidades que a la postre se consideraron indebidamente percibidas». Y sigue diciendo que en la sentencia de 14 de julio de 2015 (rec. 2223/2013) se afirmó «[...] aunque ciertamente tiene razón la Administración recurrente en que difícilmente podría correr el plazo de prescripción para reclamar una cantidad cuya percepción ha sido declarada nula de pleno derecho antes de dicha declaración de nulidad. Sin que tampoco se pueda confundir este supuesto con la prescripción de la acción destinada a reclamar el importe de las subvenciones por incumplimiento de las condiciones que, como ya hemos señalado en una numerosa jurisprudencia, no requiere el ejercicio previo de una revisión de oficio. [...]».

en el acto de concesión o establecidas en la Ley (10). Ambos producirán similares efectos, es decir, la pérdida del derecho concedido, pero las causas que motivan la pérdida de ese derecho, así como el procedimiento para adoptar la decisión, son diferentes en función de que se esté ante la anulación o frente a la revocación (11). Y es que, tanto la LGS como el RGS, regulan los reintegros

(10) La STS de 16 de septiembre de 2002 (rec. 7242/1997) explica muy pedagógicamente que «En segundo lugar, es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 20 de junio de 1997 y 20 de abril de 1999, entre otras) que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por recurrente en la actuación de este. Las cantidades que se otorgaron al beneficiario estaban vinculadas al pleno cumplimiento de la actividad prevista al efecto. Existe, por tanto, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión. No puede, por tanto, ignorarse el carácter modal y condicional, en los términos como ha sido contemplado por la jurisprudencia de esta Sala, al examinar la eficacia del otorgamiento de las subvenciones: su carácter finalista determina el régimen jurídico de la actuación del beneficiario y la posición de la Administración concedente. En concreto, para garantizar en todos sus términos el cumplimiento de la afectación de los fondos a determinados comportamientos, que constituye la causa del otorgamiento, así como la obligación de devolverlos, en el supuesto de que la Administración otorgante constatare de modo fehaciente el incumplimiento de las cargas asumidas, como deriva del propio esquema institucional que corresponde a la técnica de fomento que se contempla.

Por consiguiente, no puede considerarse que se esté ante un acto revocatorio de otro declarativo de derecho sin seguir el procedimiento establecido que supone la previa declaración de lesividad, como sostiene el recurrente, sino simplemente ante el cumplimiento de una condición resolutoria o ante las consecuencias de la inobservancia de los requisitos a los que precisamente se supeditaba el otorgamiento de la subvención. O, dicho en otros términos, para dejar sin efecto la subvención concedida y exigir la devolución de su importe por incumplimiento de la finalidad para la que se otorgó o por la que se otorgó no era legalmente necesaria la previa declaración de lesividad del acto de concesión. La subvención quedó subordinada a la constatación de la observancia por el beneficiario de determinadas condiciones, reservándose la Administración concedente la competencia para proceder a tal revocación en caso de incumplimiento de lo comprometido por quien recibió los fondos públicos o en el supuesto de que la inversión realizada no se adecuara a la esencia y finalidad de lo que se subvencionaba».

(11) Así lo explica la STS 4 de junio de 2018 (rec. 1121/2016) que dice: «Este Tribunal ha sostenido en anteriores sentencias, entre ellas en nuestra reciente STS de 5 de abril de 2018 (rec. 3661/2015) que cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad, según el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, sino que el acto de otorgamiento de la subvención, que es

que proceden en casos concretos tipificados por la propia ley distinguiendo los reintegros por incumplimiento de las obligaciones establecidas con motivo de la concesión y aquellos otros reintegros motivados por incumplimiento de obligaciones de justificación fundados ambos en el principio de enriquecimiento injusto que acontecería, aunque es preciso advertir que no es exigible, en forma necesaria, la concurrencia de culpa del beneficiario para que pueda exigirse el reintegro (SAN 21 de enero de 2016, rec. 3007/2014 y STSJ Navarra de 29 de marzo de 2019, rec. 163/2018). Y es que el reintegro tiene naturaleza indemnizatoria y es un ingreso de derecho público de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 LGS que, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia, es susceptible de aplazamiento y fraccionamiento (12).

inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos; y entre ellos, precisamente, la declaración de improcedencia, el reintegro o devolución de las cantidades cuando no se ha cumplido la condición o la finalidad para la que se otorgó la subvención (STS de 16 de mayo de 2007, rec. 9680/2004). Ahora bien, cuando lo que se cuestiona, como en el caso que nos ocupa, es la legalidad del acto inicial de la concesión de la subvención, o dicho de otra forma el error padecido al concederla, no estamos ante un supuesto de reintegro sino de revisión de oficio o declaración de lesividad porque lo que se pretende es declarar nulo un acto favorable por entender que su adopción fue contraria al ordenamiento jurídico. Tal diferencia se refleja también en la Ley General de Subvenciones, en cuyo artículo 36 contempla los supuestos de invalidez de la resolución de concesión por incurrir en algún supuesto de nulidad o anulabilidad de la decisión administrativa de concesión de la subvención, que debe ejercerse mediante la revisión de oficio o la declaración de lesividad; mientras que el artículo 37 regula las causas de reintegro en las que, a diferencia de las anteriores, se trata de incumplimientos de las condiciones u objetivos a los que se sujetó la concesión de la subvención inicialmente válida y ajustada a derecho. En definitiva, mientras que los supuestos excepcionales de reintegro previstos en el artículo 37 de la LGS están referidos a graves incumplimientos *a posteriori* que perjudican la finalidad de la subvención; por el contrario, los supuestos previstos en el artículo 36 hacen referencia vicios de nulidad y/o de anulabilidad en relación con el otorgamiento de la subvención, que descubiertos *a posteriori* ponen de manifiesto algún tipo de infracción que debió imposibilitar el acto de otorgamiento, lo que exige una previa anulación o una previa declaración de nulidad de pleno derecho. La única excepción es el motivo de reintegro previsto en el apartado a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido que aparece referida a la validez de la decisión de concesión, pero en la que el error aparece inducido por la conducta del solicitante. Ambos procedimientos presentan notables diferencias tanto en su tramitación, plazos de prescripción como en los motivos en los que es posible fundar la decisión de fondo».

(12) Si bien, y como indica la STS 28 de febrero de 2019 (rec. 4403/2017), «tales posibilidades flexibilizadoras del pago resultan aplicables al ámbito subvencional, si bien con carácter potestativo para la Administración, que en todo caso deberá dar una respuesta motivada a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento que pueda formular el obligado al pago. Quiere esto decir, en relación con la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso, de 2 de noviembre de 2017, que el aplazamiento o fraccionamiento de deudas derivadas de un procedimiento de reintegro de subvención no se configura, en caso de cumplirse los requisitos establecidos por la normativa correspondiente, como un derecho del deudor —y correlativo ejercicio de una potestad reglada por parte de la Administración—,

Bien es verdad que cuando el reintegro es la respuesta al incumplimiento de los requisitos exigibles al beneficiario o al comportamiento culpable de este o, en general, a la concurrencia de cualquiera de las conductas descritas en el artículo 37.1 LGS, la posición del beneficiario se ve más agravada que cuando el reintegro deriva de la declaración de invalidez del acto de concesión. En el primer caso, además del retorno del importe de la subvención indebidamente percibida y del interés de demora generado desde la notificación de la deuda a reintegrar hasta que este se haga efectivo (artículos 36.4 LGS, y 17.1 LGP), procederá abonar el interés de demora desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro (13). Siempre, eso sí, regida dicha decisión de reintegro por el principio de proporcionalidad en relación al grado de cumplimiento de las obligaciones como reiteradamente han declarado los tribunales (por todas, STS de 21 de marzo de 2007, rec. 6923/2004).

En los casos de invalidez inicial de la resolución o convenio en que se materializa la subvención lo que procede es la devolución de esta, y es precisamente esa la palabra que utiliza la LGS que es, a su vez, producto de la teoría de la invalidez de los actos administrativos de acuerdo con la regulación contenida en la legislación procedimental, mientras que en los casos de invalidez sobrevenida procede el reintegro propiamente dicho de la subvención que ha de considerarse, por ello, como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento (SAN de 19 de diciembre de 2014, rec. 61/2013). En ambos supuestos, la devolución o el reintegro, se trata de una anomalía en la relación jurídica subvencional ya que si la misma se ejecuta con arreglo a las prescripciones legales y bases de regulación no procederá pedir el reintegro a los beneficiarios

Ciertamente, las conductas irregulares pueden aparecer a lo largo de todo el ciclo subvencional, y de hecho así se ha destacado en la mayoría de los estudios especializados (14), pero sin lugar a dudas es el control del cumplimiento de las obligaciones del beneficiario el que permite evitar, en buena

sin que sea trasladable a este ámbito la jurisprudencia dictada al respecto en el ámbito de la deuda tributaria. Por el contrario, y ante la ausencia de previsión concreta en la normativa sectorial, el otorgamiento de dicho aplazamiento o fraccionamiento de la deuda es una facultad potestativa de la Administración, si bien en todo caso la respuesta a una solicitud en tal sentido del obligado al pago ha de ser motivada y razonable.

(13) Que, por lo demás, son compatibles con los intereses financieros si el objeto de la subvención es un préstamo (SAN de 26 de noviembre de 2015, rec. 339/2014).

(14) R.M. PÉREZ PABLO (2017: 363 y ss.) destaca como supuestos específicos: la creación artificial de entidades para canalizar fondos, el mal uso de las subvenciones directas, la necesidad de profesionalizar los órganos proponentes de la concesión de subvenciones y ayudas y, por último, la subcontratación como elementos a mejorar en la lucha contra la corrupción en este sector.

medida, que fenómenos de corrupción o simplemente de carácter irregular aparezcan sin que ello afecte a la confianza legítima del beneficiario (15). Lo que no quiere decir que, en dicha actividad de comprobación o reintegro, no rijan las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (16).

Me ceñiré en el presente estudio, dejando a un lado el análisis de los supuestos revocatorios lo que excedería de las pretensiones de este trabajo, estrictamente a los problemas que se plantean en el procedimiento de reintegro

(15) La STS del 21 de octubre de 2008 (rec. 705/2006) establece que: «en materia de subvenciones y ayudas comunitarias no cabe apreciar la existencia del principio de confianza legítima en los términos en que el recurrente lo aduce, esto es, para privar a la Administración de su derecho a comprobar si el beneficiario de la ayuda ha cumplido o no las condiciones o requisitos a que estaba obligado, pues el recurrente lo que pretende es, que una vez concedida la ayuda y abonada la cantidad que a ella corresponde, la Administración ha de partir obligadamente de esa realidad, pero ese no es el régimen aplicable a las ayudas, pues una vez concedidas y abonadas la Administración tiene por las normas que lo regulan el derecho a comprobar la realidad y el cumplimiento de las condiciones y requisitos que eran exigidos, sin que con ello vulnera el principio de confianza legítima, ni esté obligada a declarar lesivo el acuerdo que concede y abona la ayuda, pues este durante el plazo que las normas establecen cuatro años está sujeto a las comprobaciones y controles que la Administración realice, cual ha declarado esta Sala entre otras en sentencias de 24 de febrero de 2003 y de 26 de septiembre de 2008».

O, asimismo, la STSJ Navarra de 29 de marzo de 2019 (rec. 163/2018) explica que: «En este caso, no se vulnera el principio de confianza legítima, sino que, al tratarse de una subvención directa del FEAGA con fondos comunitarios (art. 4 del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013), debe aplicarse la normativa europea y la española antes referida sobre la acreditación del gasto, en cuanto a la forma de acreditación, y para ello fue requerida la parte actora antes de que venciera el plazo de 75 días previsto para el pago y antes de que finalizara el presupuesto anual, el día 15 de octubre del año 2017 ([considerando 104 y art. 39 del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, sobre la financiación, gestión y seguimiento de la Política Agrícola Común, por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 352/78 (CE) n° 165/94 (CE) n° 2799/98 (CE) n° 814/2000 (CE) n° 1290/2005 y (CE) n° 485/2008 del Consejo). No ha existido ninguna actuación de la Administración que haya inducido a la demandante a creer que se le abonaría la subvención europea sin comprobar que los gastos subvencionables estaban acreditados en la forma establecida desde el principio del proceso de solicitud de la subvención y que pudieron ser conocidos por la demandante porque estaban publicitados en la web del Ministerio, igual que la propia convocatoria. Por ello, debe desestimarse este motivo de recurso».

(16) La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2019 (rec. 345/2017) argumenta, a este respecto, que: «Ninguna duda cabe de que, con este razonamiento y manifestación de voluntad, la administración estaba asumiendo que podía ejercitar la acción de reintegro en el mismo momento en que constatará que se había producido el arranque de la viña y eso solamente puede justificarse si entendía que, a partir de ese momento, el incumplimiento era definitivo y carecía de sentido y justificación esperar el transcurso del plazo de 10 años. Si finalmente no lo hizo y esperó, como dice la parte actora, de forma injustificada, siete años para tomar la decisión de iniciar el procedimiento de reintegro, razones imperativas de seguridad jurídica en la aplicación de la institución de la prescripción imponen que la apreciamos en este concreto caso en base a las circunstancias descritas».

sin entrar a analizar, igual que en el supuesto anterior y por idénticas razones, la fase ejecutiva de dicho procedimiento (17).

II. LOS OBLIGADOS AL REINTEGRO

1. Los obligados principales

El artículo 40 LGS establece que los beneficiarios y entidades colaboradoras, en los casos contemplados en el artículo 37 de esta ley, deberán reintegrar la totalidad o parte de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora; obligación, añade el precepto, que será independiente de las sanciones que, en su caso, resulten exigibles.

Es relevante destacar a los efectos de delimitar la responsabilidad del beneficiario que, en forma reiterada, la jurisprudencia se ha referido al carácter personal de las subvenciones y su incidencia en caso del reintegro de subvenciones (18); dicho lo cual, es obligado matizar que, en ciertos supuestos y a estos efectos de reintegro, la jurisprudencia ha atendido, en mayor medida, a

(17) Los supuestos de revocación vienen expresamente previstos en el artículo 37 LGS, y los correspondientes preceptos reglamentarios, que constituyen, como se ha expuesto, preceptos de carácter básico y en los que se anuda su presencia al reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o la fecha en que el deudor ingrese el reintegro si es anterior a esta. En realidad, y a pesar de una enumeración amplia de posibles supuestos de revocación y de algún supuesto que podría parecer superfluo por ser reiterativo de las causas de invalidez, lo cierto es que la mayoría de los mismos se reconducen a incumplimientos de obligaciones, ya previstas de forma genérica, que se pretenden enfatizar (y que en algunos casos contemplados en el precepto legal se especifican, a título de ejemplo, la obligación de justificación), o de los objetivos a alcanzar o, en fin, se refieren a actuaciones dirigidas a eludir el control y la comprobación de lo efectivamente realizado. Aun así la norma contempla una enumeración *apertus* ya que el apartado 1.º prevé que, asimismo, procederá la revocación en los demás supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención lo que otorga a las bases de la convocatoria o, al respectivo convenio en las subvenciones de carácter nominativo, una especial importancia ya que pueden y deben singularizar, en relación al objeto específico de la subvención, las obligaciones que ha de cumplir el beneficiario, los objetivos que ha de cumplir y el modo y manera de su consecución.

(18) La STS de 15 de diciembre de 2009 (rec. 2571/2007) establece «...que vincula al beneficiario de la subvención a cumplir las condiciones impuestas como consecuencia de la concesión de los incentivos... puesto que constituye obligación del beneficiario cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto y realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención...».

En el mismo sentido la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional también se ha referido a dicho aspectos para afirmar «...que se vincula al «beneficiario» y que es a este a quién competen las obligaciones, no estando previsto como alternativa su «arrendatario» o «cesionario» ni ninguna otra figura jurídica» (SAN de 25 de marzo de 2011, rec. 275/2009).

su carácter finalista con independencia de que su gestión se realice directa o indirectamente por el beneficiario (19).

Asimismo, es preciso determinar si la situación de beneficiario se atribuye, en caso de que la subvención se realizase a varios destinatarios, a la entidad coordinadora de los mismos que es la receptora de los fondos, sin perjuicio de que luego distribuya los mismos, o debe atribuirse a todos los partícipes. Esta situación ha originado una relevante polémica sobre si el reintegro debe reclamarse por la Administración al coordinador del proyecto o si puede reclamarse directamente a los partícipes del mismo en función del importe de la ayuda recibida por cada uno de ellos. Las posiciones jurisprudenciales no estaban diáfanas en su totalidad. Y, de esta forma, en unos supuestos se había entendido que la entidad coordinadora era la única responsable frente a la Administración (STS de 27 de julio de 2015, rec. 3649/2014) (20), si bien en otros, y muy específicamente, cuando se comparte la condición de beneficiario y solicitante, resultaban obligados también a la devolución de los fondos el resto de partícipes precisándose que se trataba de una responsabilidad limitada a las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a efectuar (SAN de 27 de mayo de 2015, rec. 32/2013). Precisamente, y dada la reiterada problemática que presentaba esta cuestión, el ATS de 23 de abril de 2018

(19) De esta forma, en la STS de 30 de julio de 2013 (rec. 213/2012) el Tribunal Supremo declaró inválido un acto administrativo de reintegro de subvenciones en que la Administración había apreciado la existencia de un incumplimiento de las condiciones de la subvención porque la actividad empresarial desarrollada —una explotación hotelera— no se realizaba directamente por la empresa beneficiaria de la subvención y sí por una compañía distinta con la que había celebrado un contrato de arrendamiento. En idéntico sentido, la STS de 19 de octubre de 2015 (rec. 421/2014) señaló que la gestión indirecta no es excluyente del mantenimiento de las inversiones ni, en consecuencia, permite acordar el reintegro de las subvenciones por incumplimiento del fin subvencional.

(20) Dice la sentencia referida sobre la responsabilidad en la coordinación del proyecto, en lo que aquí interesa, que: «Como se ha indicado antes, la Sala de instancia considera, a la luz de la normativa de aplicación —en particular, la Orden ITC/464/2008 en el apartado reproducido en el fundamento quinto de su Sentencia— que la entidad coordinadora del proyecto es la responsable ante la Administración a todos los efectos. Así, en dicha función es tanto la receptora de los fondos —que, luego distribuye a las empresas participantes en el proyecto— como la responsable del reintegro en caso de incumplimiento, sin perjuicio de su derecho a repercutir los pagos realizados a la Administración a las empresas partícipes que sean responsables del incumplimiento. Pues bien, aun antes de examinar la Sentencia ofrecida como contraste y supuestamente apoyada en una interpretación distinta, hemos de señalar que la expuesta en la Sentencia recurrida es la interpretación correcta de la Orden mencionada, pues queda claro de su tenor que la sociedad o entidad coordinadora presenta una doble vertiente: por un lado es la única interlocutora directa ante la Administración, solicitante del proyecto de subvención, receptora de los fondos de la subvención y responsable del reintegro en su caso; por otro, es la que coordina a las empresas participantes en la actuación, a quienes distribuye la parte de la subvención que les corresponde y a quienes habrá de repercutir los pagos que, en su caso, haya de hacer a la Administración subvencionadora (...)».

(rec. 502/2018) planteó una cuestión de interés casacional consistente en si, en supuestos de concesión de subvenciones de proyectos de cooperación, y ante un incumplimiento causante de reintegro de la subvención, cuál debería de ser el alcance de la responsabilidad que tienen el coordinador y el resto de partícipes del proyecto. Dicha cuestión ha sido resuelta por la STS de 21 de marzo de 2019 (rec. 502/2018) fijando como doctrina que: *«Los artículos 11 y 40 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, deben interpretarse en el sentido de que, en los supuestos en que la subvención sea concedida a una agrupación de personas físicas o jurídicas, de carácter privado o público, sin personalidad jurídica y carente de un patrimonio propio, la Administración concedente de la ayuda pública puede exigir la obligación de reintegro a la entidad coordinadora o al resto de entidades partícipes de forma solidaria, aún con carácter limitado, en proporción, respecto a estas, a las cantidades asignadas a cada una, en consonancia con las actividades subvencionadas que se hubieren comprometido a efectuar».*

Asimismo, algunas cuestiones adicionales se plantean en relación a la condición de obligadas principales de las entidades colaboradoras (21). De esta forma, y en primer lugar, cabe mencionar que las causas enumeradas en el artículo 37 LGS como supuestos de reintegro no son íntegramente aplicables a estas ya que, en algunos casos, los incumplimientos previstos solo pueden ser realizados por el beneficiario de la subvención. Pero, en segundo lugar, es necesario advertir que siendo que las entidades colaboradoras carecen de la condición de beneficiario, aún cuando sean consideradas obligadas, es problemático calificar las cantidades devueltas como reintegro estrictamente (22), por lo que, en estos supuestos, no necesariamente el beneficiario habrá de devolver la subvención recibida ya que pudieran no ser imputable a este los incumplimientos que la motivan sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan recaer sobre estas (23).

2. Los obligados al reintegro en otros supuestos

Por lo que se refiere a los obligados al reintegro que, sin embargo, no sustituyen a los deudores principales, la norma regula los supuestos de responsabilidad solidaria y subsidiaria a los que cabe referirse a continuación.

Y es que la norma legal, con la finalidad de garantizar las cantidades debidas que se han fijado en el procedimiento de reintegro establece, asimismo,

(21) Véase respecto de esta posición singular J. DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, A. PANIZO GARCÍA, I. SILVA URIEN y P. ARELLANO PARDO (2005: 356 y 357)

(22) En el mismo sentido M. REBOLLO PUIG (2005: 473) y J. GARCÍA LUENGO (2010: 144).

(23) J. GARCÍA LUENGO (2010: 144).

una responsabilidad de carácter solidario que alcanza a una serie de sujetos que se enumeran en el artículo 40.2 LGS (24), derivada del artículo 1144 CC. (25), y que permite que las cantidades a que asciende el reintegro puedan exigirse a estos mediante el procedimiento de derivación de responsabilidad previsto en el artículo 41 de la Ley General Tributaria.

Asimismo, se establece una responsabilidad de carácter subsidiario según los supuestos prevenidos en dicha norma (26), una vez declarados fallidos los

(24) Que son los siguientes (artículos 11 y 40 LGS):

– Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igualmente la consideración de beneficiarios.

– Cuando se trate de agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin personalidad, deberán hacerse constar expresamente, tanto en la solicitud como en la resolución de concesión, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación, así como el importe de subvención a aplicar por cada uno de ellos, que tendrán igualmente la consideración de beneficiarios

– Los representantes legales del beneficiario cuando este careciera de capacidad de obrar.

– Los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11 en proporción a sus respectivas participaciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado.

(25) El Consejo de Estado ha destacado las características singulares del principio de solidaridad, establecido en el artículo 40.2 LGS en los siguientes términos:

– Se trata de una responsabilidad solidaria legalmente establecida, por cuanto la Administración podrá exigir la obligación de reintegro a cualquiera de los miembros de la agrupación beneficiaria, les sea o no imputable el incumplimiento que dio lugar a esa obligación.

– Se trata de una responsabilidad limitada por la ley en su cuantía, puesto que el artículo 40.2 LGS afirma que los miembros de la agrupación responderán solidariamente de la obligación de reintegro, pero únicamente «en relación a las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a efectuar». El alcance de la responsabilidad de los miembros de la agrupación dependerá, por tanto, de las actividades que se hayan comprometido a realizar y por las que cada uno de ellos ha recibido una parte del importe de la ayuda concedida, importe que se especifica en la resolución de concesión. Ello comporta que la Administración concedente solo podrá dirigirse contra cada participante hasta un límite, constituido por las cantidades recibidas en razón de la parte del proyecto que ese participante se haya comprometido a efectuar. Si la cuantía de la obligación de reintegro excede de ese límite, el exceso no será exigible por la Administración frente a tal participante. Lo anterior no quiebra en modo alguno la esencia de la solidaridad pasiva, la cual podrá existir aunque las cantidades máximas exigibles por la Administración a cada uno de los participantes en el proyecto sean distintas según la cuantía de las ayudas recibidas por cada uno. Así lo admite el artículo 1.140 del Código Civil, cuando afirma que la solidaridad «podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por los mismos plazos y circunstancias».

(26) El apartado 3 del artículo 40 prevé, a estos efectos, que: «responderán subsidiariamente de la obligación de reintegro los administradores de las sociedades mercantiles, o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, que no realicen los actos necesarios que fueran de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones

obligados principales y los solidarios, que se exigirá conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación mediante un procedimiento independiente del de reintegro (SAN de 4 de mayo de 2016, rec. 37/2016), y, por último, la sucesión en la obligación de reintegro en el caso de disolución de sociedades o fallecimiento de la persona física obligada al reintegro (27). Es conveniente realizar alguna puntualización adicional respecto de estos últimos casos citados.

En este sentido, y respecto del primero de los supuestos, es preciso aclarar que, en los casos de disolución de sociedades, se ha planteado la polémica de si encajarían en ese supuesto otras entidades que no fueran estrictamente sociedades (fundaciones, consorcios, mancomunidades u otro tipo de entidades) manifestándose GARCÍA LUENGO (2010) en sentido positivo entendiendo que debe incluirse a todo tipo de entidades con personalidad jurídica para evitar por esta vía la defraudación de subvenciones (28).

En cuanto al segundo de los casos anteriormente citados, es preciso dejar sentado que, en aquellos supuestos de desaparición de la persona física obligada al reintegro, el alcance de la obligación en los herederos, en caso de ser aceptada la herencia a beneficio de inventario, solo alcanzará hasta la cuantía del caudal hereditario (29).

III. EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

1. Naturaleza del procedimiento de reintegro y regulación del mismo

Cabe comenzar el presente epígrafe aclarando, en cuanto a la naturaleza del reintegro, que el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de noviembre de

infringidas, adoptasen acuerdos que hicieran posibles los incumplimientos o consintieran el de quienes de ellos dependan.

Asimismo, los que ostenten la representación legal de las personas jurídicas, de acuerdo con las disposiciones legales o estatutarias que les resulten de aplicación, que hayan cesado en sus actividades responderán subsidiariamente en todo caso de las obligaciones de reintegro de estas».

(27) Especifica J. GARCÍA LUENGO (2010: 150 y 151) que la LGS no prevé el supuesto de fusiones de empresas pero en tal caso, estima el autor, serían aplicables las reglas relativas a la sucesión universal y en el caso de escisión de sociedades correspondería la devolución a la sociedad resultante que hubiera recibido los derechos de la subvención y, en el supuesto, de que no se hubiera realizado previsión alguna responderán las sociedades beneficiarias de la escisión de forma solidaria en base a lo previsto en los artículos 23 y 75 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

(28) J. GARCÍA LUENGO (2010: 148). En desacuerdo con dicha opinión M. REBOLLO PUIG (2005: 482 y 483).

(29) L.A. MARTÍNEZ GINER (2006: 208).

2006 (rec. 2586/2004) y de 24 de julio de 2007 (rec. 3119/93) ya razonó que «... el reintegro de una subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario, no puede considerarse sino como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento...». Estamos, en dicho sentido y en el parecer de la jurisprudencia ante una figura análoga a la donación modal porque como razonan las sentencias citadas «...genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido, sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que tenga que seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de este». Por ello, concluye dicha jurisprudencia, que «Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, es decir por incumplimiento de la finalidad para la que se concedieron u otorgaron, basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido».

De esta forma, cuando concurriendo una de las causas previstas para ello la Administración pretenda acordar tanto el reintegro de subvención por falta de justificación, como por extensión, la pérdida del derecho al cobro de la ayuda concedida, debe de seguir el procedimiento legal y reglamentariamente estipulado al efecto debiendo señalarse, en este punto, que las innovaciones que en esta materia se han introducido por las Comunidades Autónomas que han legislado sobre la misma resultan prácticamente anecdóticas por lo que lo que sigue es perfectamente válido para dar una visión de conjunto de la problemática que acontece en el ciclo procedimental del reintegro.

La fase declarativa del procedimiento de reintegro, que está encaminada a constatar si se ha producido, bien la invalidez, bien alguna de las causas de reintegro cuya declaración conllevará la obligación de reintegrar las cantidades percibidas, se ajustará por tanto a la normativa general sobre procedimiento administrativo con las especialidades que puedan establecerse en la normativa relativa al ámbito subvencional.

Sin embargo se debe advertir que dicho procedimiento está escasamente formalizado, por expresa disposición del artículo 42 LGS (30), por lo que

(30) Establece el artículo 42 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que:

más allá de referencias específicas a la iniciación del procedimiento o a la preceptividad de los trámites de alegaciones y audiencia de los afectados por dicho procedimiento, la instrucción del mismo ha de integrarse a través de las herramientas que ofrece la legislación procedimental común en el título IV de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (31), si bien debe precisarse que la omisión de alguno de estos que no son contemplados expresamente en el procedimiento de reintegro no implica necesariamente la invalidez de la resolución adoptada (STSJ de Andalucía de 13 de marzo de 2019, rec. 384/2016).

Estos trámites específicos regulados en la normativa subvencional serán objeto de análisis seguidamente, sin perjuicio de hacer una referencia específica a su concurrencia con otros procedimientos y su eventual compatibilidad.

2. Compatibilidad del procedimiento de reintegro con otros procedimientos de exigencia de responsabilidad

El procedimiento de reintegro es plenamente compatible con los procedimientos de exigencia de responsabilidad contable tal y como ha señalado, entre otras, la STS de 18 de marzo de 2010 (rec. 3915/2006) lo que ha sido objeto de reproche por la doctrina por la falta de seguridad jurídica que supone y que ameritaría, en opinión de los distintos autores, una solución legal

«1. El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo.

2. El procedimiento de reintegro de subvenciones se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También se iniciará a consecuencia del informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Administración del Estado.

3. En la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.

4. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de 12 meses desde la fecha del acuerdo de iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

5. La resolución del procedimiento de reintegro pondrá fin a la vía administrativa».

(31) Opción que, a juicio de M. REBOLLO PUIG (2005: 486), es la solución más fácil y acertada.

que bien pudiera ser la suspensión del procedimiento de reintegro hasta tanto se produce la resolución del Tribunal de Cuentas (32).

Cabe advertir, además, que la resolución de reintegro es independiente y compatible con la imposición de la correspondiente sanción administrativa o penal por los mismos hechos (artículo 52.2, segundo párrafo, LGS) porque el acto administrativo ordenando el reintegro no tiene carácter punitivo y, por tanto, no le alcanzaría la prohibición del *non bis in idem* en su vertiente material o sustantiva que solo se aplica cuando, como ha puesto de manifiesto la doctrina clásica (33), existe doble sanción a un mismo sujeto por identidad de hecho y fundamento o bien jurídico protegido. Distinto a este supuesto es la eventual concurrencia de una prejudicialidad penal que aconseje la suspensión del procedimiento hasta tanto la misma sea resuelta (34).

(32) Puede verse J. GARCÍA LUENGO (2010: 174); B. SESMA SÁNCHEZ (2015: 318).

(33) Sin embargo, el pasado día 20 de marzo de 2018, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia en el caso Menci (asunto 524/15) que establece importantes matizaciones al principio *ne bis in idem* tal y como clásicamente se le ha formulado, y que conviene tener en consideración en el ámbito administrativo sancionador. Se trataba de una cuestión planteada por un tribunal italiano en la que se interpreta la normativa del IVA y los mercados financieros, pero cuyos criterios sirven para valorar, ya sea en el ámbito administrativo o penal, cuándo es compatible la acumulación de procedimientos y sanciones.

En la misma, el Tribunal admite que una norma nacional autorice una doble sanción siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la acumulación de procedimientos y sanciones (en el caso Menci, se trataba de la lucha contra las infracciones en materia de IVA) y que esas sanciones tengan finalidades complementarias (ha de tenerse presente que en el sistema italiano la administración impone sanción económica y el juzgado penal impone pena privativa de libertad); en segundo lugar, que contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas; por último, que establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

(34) Desde luego dicha prejudicialidad penal juega en el ámbito contencioso-administrativo cuando se trata de la procedencia o no del pago, tras la oportuna justificación, ya que la previsión legal del art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los efectos suspensivos de la cuestión prejudicial penal está orientada a garantizar la coherencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional, evitando que unos mismos hechos, relevantes para el enjuiciamiento en distintos órdenes jurisdiccionales, sean determinados de forma eventualmente contradictoria. Es por ello que se declara la prioridad del orden jurisdiccional penal, regido por principios de investigación de oficio y averiguación de la verdad material. Esta suspensión se producirá bajo los presupuestos que establece el art. 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no impedirá la continuación del procedimiento si no concurren, o se produce una paralización del procedimiento penal que impida su normal continuación (STS de 29 de abril de 2019, rec. 2514/2018).

3. La iniciación del procedimiento de reintegro

La LGS, en su artículo 42, preceptúa que el procedimiento de reintegro de subvenciones, se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente (35), bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También podrá iniciarse como consecuencia de informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Administración del Estado (36), garantizando, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia y remitiéndose a la legislación procedimental común sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esa ley y en sus disposiciones de desarrollo (37).

(35) Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del RGS, es el mismo órgano que concedió la subvención.

(36) El artículo 96 RGS regula el inicio del procedimiento de reintegro a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado estableciendo las siguientes previsiones:

«1. Cuando en el informe emitido por la Intervención General de la Administración del Estado, en el ejercicio del control financiero de subvenciones, se hubiera puesto de manifiesto la concurrencia de alguna de las causas de reintegro previstas en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones, y se hubiera propuesto el inicio del procedimiento de reintegro en los términos establecidos en el artículo 51 de la citada Ley, el órgano gestor deberá acordar el inicio del procedimiento de reintegro o manifestar la discrepancia con su incoación, en los términos establecidos en la normativa reguladora del control financiero de subvenciones.

2. El acuerdo de inicio del procedimiento de reintegro deberá adoptarse en el plazo de un mes desde que se reciba el informe y deberá trasladar el contenido de la propuesta de inicio de reintegro formulada por la Intervención General de la Administración del Estado.

3. El acuerdo será notificado al beneficiario o a la entidad colaboradora. Igualmente, el acuerdo de inicio deberá ser comunicado a la Intervención General de la Administración del Estado.

4. El transcurso del plazo de un mes previsto en el artículo 51 de la Ley General de Subvenciones sin que se hubiera iniciado el procedimiento de reintegro en los términos previstos en el artículo 94 de este Reglamento, o, en su caso, se hubiera planteado la oportuna discrepancia, tendrá los siguientes efectos:

a) Quedarán automáticamente levantadas las medidas cautelares que se hubieran adoptado en el desarrollo del control financiero.

b) No se considerará interrumpida la prescripción por las actuaciones de control financiero de las que la propuesta de inicio del procedimiento trajera causa.

c) El órgano gestor no quedará liberado de su obligación de iniciar el procedimiento de reintegro, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la prescripción del derecho a iniciar el referido procedimiento como consecuencia del incumplimiento de la obligación en plazo».

(37) La falta de dicho acuerdo de inicio, y el correspondiente trámite de audiencia, por parte de la Administración actuante supone la nulidad de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido por el legislador que no se ve subsanado por la audiencia concedida en el procedimiento de comprobación previo a dicho acuerdo (SAN de 22 diciembre 2014, rec. 798/2012).

Este procedimiento se encuentra, asimismo, regulado en el RGS, y en el susodicho dicho texto reglamentario, en concreto en su art. 89.2, se señala que el procedimiento para la procedencia de la pérdida del derecho al cobro de la subvención será el mismo que para el de reintegro de subvención, establecido en el art. 42 de la Ley General de Subvenciones.

De esta forma, y por su parte, el artículo 94 RGS regula el procedimiento de reintegro (que, según lo expuesto, es extrapolable al de la pérdida del derecho al cobro), en virtud del cual se puede apreciar con suma claridad, la obligación de que una vez la Administración tenga constancia de los hechos que dan lugar al reintegro, está obligada a dictar un acuerdo de inicio de expediente de reintegro de subvención (38); previsión que pone de manifiesto que dicho acuerdo de iniciación no resulta enteramente discrecional para la Administración concedente lo que, como ha apuntado GARCÍA LUENGO (2010: 172), se traduce en relevantes consecuencias dado que la denuncia del particular que no fuere atendida o, en su caso desestimada sin la suficiente motivación, puede ser objeto de recurso lo que articula de alguna forma una pseudo acción en defensa del patrimonio público (39).

El acuerdo de iniciación del procedimiento de reintegro va a ocasionar tres consecuencias fundamentales: en primer lugar, ha de fijar por expresa prevención normativa la causa que lo motiva, las obligaciones incumplidas y la cuantía de la subvención afectada (40); de otra parte, va a permitir al órgano

(38) De esta forma, el precepto establece: «En el acuerdo por el que se inicie el procedimiento de reintegro, deberán indicarse la causa que determina su inicio, las obligaciones incumplidas y el importe de la subvención afectado. El acuerdo será notificado al beneficiario o, en su caso, a la entidad colaboradora, concediéndole un plazo de quince días para que alegue o presente los documentos que estime pertinentes».

(39) A estos efectos, y en defensa de la articulación de una acción pública para la restitución del patrimonio público, puede verse el trabajo de F.A. CASTILLO BLANCO (2015).

(40) Algún autor ha señalado que, además y aún no contemplándose en el artículo 94 del texto reglamentario, deberá fijar aquellos intereses que sean cuantificables. Distinta es la tesis que en mi opinión ha de mantenerse ya que, desde mi punto de vista, los intereses que se deriven en su caso del procedimiento de reintegro es prematuro establecerlos en ese momento procedimental sin conocer el resultado final del procedimiento de reintegro. Puede verse, en este punto, L.A. MARTÍNEZ GINER (2006: 227). Por su parte, J. GARCÍA LUENGO (2010: 178), en forma más matizada que el anterior autor, entiende que, al menos, debiera haber una referencia al tipo y método de cálculo, aunque de nuevo ha de advertirse que dichos aspectos se contemplan, en cuanto al día «a quo» y el día «ad quem», en el artículo 37 LGS y el tipo viene establecido en la leyes presupuestarias anuales.

Respecto del método de cálculo ha de tenerse en cuenta que no son de aplicación las previsiones establecidas en la legislación tributaria. De esta forma, la STS de 1 de abril de 2019 (rec. 2426/2018) dice: «En resumen, el artículo 37.1 LGS —reintegro por incumplimiento de condiciones— es taxativo: También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o a la fecha a que

gestor adoptar medidas provisionales consistentes en la retención, hemos de añadir proporcional, de pagos derivados de la subvención hasta la conclusión del procedimiento de reintegro (41); por último, por expresa previsión normativa, va a interrumpir el plazo de prescripción para proceder al reintegro.

En aquellos supuestos, originados como consecuencia del inicio del procedimiento de reintegro, a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado, el texto reglamentario en los artículos 96 a 101 establece previsiones específicas respecto de las alegaciones efectuadas por los interesados (42), un específico informe preceptivo y vinculante emitido por el órgano que ejerce el

el deudor ingresa el reintegro si es anterior a esta. A diferencia del supuesto de devolución de la subvención por invalidez en su concesión por nulidad o anulabilidad cuyo efecto es: La declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas» (artículo 36.4 LGS). No menciona los posibles intereses de demora. Por su parte, el artículo 40.1 LGS dispone: Los beneficiarios y entidades colaboradoras, en los casos contemplados en el artículo 37 de esta ley, deberán reintegrar la totalidad o parte de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora (...). Por lo que, en principio, la no exigencia de intereses de demora solo procederá en los casos de devolución del artículo 36 LGS. En definitiva, la norma propia en materia subvencional regula la aplicación de los intereses de demora, sin que, por las razones que señalábamos, deba acudir a la normativa tributaria. En consecuencia, es improcedente la aplicación del artículo 26.4 LGT, sin perjuicio que pueda instarse, en su caso, un procedimiento de responsabilidad patrimonial por el posible perjuicio derivado del retraso de la Administración en resolver»

(41) Iniciado el procedimiento de reintegro se puede adoptar, de forma motivada, la medida cautelar de suspensión de los libramientos de pago de las cantidades pendientes de abonar al beneficiario o entidad colaboradora, sin que pueda superar el importe que fijen la propuesta o acuerdo de inicio el expediente de reintegro con los intereses de demora devengados hasta ese momento (artículo 35 apartados 1 y 2 LGS). La suspensión de libramientos procederá en todo caso si existen indicios racionales de imposibilidad de resarcimiento, o si pudiera verse frustrado o gravemente dificultado, y, en especial, si el receptor hace actos de ocultación, gravamen o disposición de sus bienes (artículo 35.3 LGS).

La retención de pagos ha de ser proporcional a la finalidad perseguida, no debe adoptarse si causa daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, ha de mantenerse hasta que se dicte la resolución que ponga fin al procedimiento, sin que pueda superar el plazo máximo fijado para su tramitación, y deberá levantarse cuando desaparezcan las circunstancias que la originaron o el interesado constituya garantía suficiente (artículo 35.4 LGS).

Si bien es cierto que la jurisprudencia sobre medidas cautelares destaca la importancia de que previamente a su adopción se dé audiencia a los afectados no se excluye la viabilidad jurídica de las medidas cautelares sin la misma si existen razones de emergencia o urgencia, para preservar bienes jurídicos superiores, como podría ocurrir si concurrieran esos indicios racionales de imposibilidad de resarcimiento para la Administración en caso de no suspensión inmediata de los libramientos de pago (STS 17 de julio de 2000, rec. 3526/1997).

(42) Al respecto, los artículos 97 y 98 contemplan las siguientes previsiones:

«1. Recibida la notificación del inicio del procedimiento de reintegro, el interesado podrá presentar las alegaciones y documentación que considere oportunas, respecto de los hechos puestos de manifiesto en el informe de control financiero que motivaron el inicio del procedimiento.

control financiero para el órgano gestor que preceptivamente deberá trasladar a la resolución del procedimiento y que concretará la cantidad a reintegrar (43). Bien es cierto que todo ello a salvo de que el órgano gestor, en caso de discrepancia con el informe de actuación, acuda al procedimiento de discrepancia establecido en el artículo 155 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (44), ajustándose la resolución a lo previsto con carácter general cuando no se trata de esta concreta manera de iniciación.

4. El trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro

Como se ha apuntado líneas más arriba, otra de las cuestiones a que la normativa de subvenciones expresamente se refiere es al trámite de audiencia. Expresamente la normativa prevé que esta ha de otorgarse al beneficiario durante un plazo de quince días para que alegue o presente los documentos

2. No se tendrán en cuenta en el procedimiento hechos, documentos o alegaciones presentados por el sujeto controlado cuando, habiendo podido aportarlos en el control financiero, no lo haya hecho.

3. Cuando el control financiero hubiera finalizado como consecuencia de resistencia, excusa, obstrucción o negativa, únicamente serán admisibles alegaciones y documentación tendientes a constatar que tal circunstancia no se produjo durante el control, sin que quepa subsanar la falta de colaboración una vez concluido el control financiero».

Y el artículo 98 aborda la valoración de alegaciones estableciendo, al respecto, que:

«1. Si el beneficiario o el sujeto controlado no presentara alegaciones, el órgano competente podrá, sin más trámite, resolver el procedimiento de reintegro, en los mismos términos contenidos en el acuerdo de inicio del procedimiento y sin necesidad de dar traslado a la Intervención General de la Administración del Estado para informe de reintegro, al que se hace referencia en el siguiente artículo.

2. En caso de presentación de alegaciones, el órgano gestor deberá expresar su opinión, indicando cuál es a su parecer el importe exigible de reintegro, y señalando las causas por las que se separa, en su caso, del importe inicialmente exigido».

(43) Cabe reseñar que el ATS de 25 de marzo de 2019 (rec. 6410/2018) ha considerado que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en lo atinente a si la verificación y comprobación desplegada por la Administración Pública de una subvención concedida que culmina con la liquidación del importe y abono de la ayuda, impide posteriores comprobaciones, y si necesita, o no, del inicio del procedimiento de control financiero sometido al régimen jurídico establecido en los artículos 49 a 51 Ley General de Subvenciones, para que puedan tener lugar nuevas actuaciones de comprobación de la subvención ya liquidada y derivar en un expediente de reintegro.

(44) En efecto, el artículo 99 establece respecto de este que:

«1. Las alegaciones presentadas por el beneficiario y el parecer del órgano gestor, serán examinados por el órgano de control que ha emitido el informe de control financiero de subvenciones y darán lugar a la emisión del Informe de reintegro.

2. El informe, que deberá ser emitido en el plazo de un mes desde la recepción completa de la documentación, tomará como punto de partida el informe de control financiero o, en su caso, la resolución de la discrepancia manifestada, valorará las alegaciones y el parecer del órgano gestor y concluirá concretando el importe de reintegro a exigir».

que estime pertinentes (artículos 42 LGS y 94 RLGS), aunque debe señalarse que la ausencia de dicho trámite no es determinante en todos los supuestos de la invalidez de la resolución (SSAN de 7 de julio y 30 de noviembre de 2011, recs. 443/2009 y 3632/2009) (45).

Sí debe precisarse, sin embargo, que dicho trámite no resulta subsanado por la audiencia concedida en el procedimiento de comprobación previo a dicho acuerdo (SAN de 22 diciembre 2014, rec. 798/2012) y que, si así se contempla en la normativa reguladora de la subvención, procede conceder un trámite de subsanación con carácter previo al inicio del procedimiento de reintegro que no queda subsanado por las eventuales alegaciones que puedan realizarse en dicho procedimiento (SAN de 13 de marzo de 2019, rec. 67/2018).

5. La resolución del expediente de reintegro: especial referencia a la motivación

La resolución del procedimiento de reintegro, que pone fin a la vía administrativa, identificará al obligado al reintegro, las obligaciones incumplidas, la

(45) Es pertinente recordar, a estos efectos, que la infracción de normas procedimentales puede graduarse de una triple forma en cuanto que puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta de trámites esenciales (art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o, si se está ante un procedimiento sancionador, por participar de la indefensión prevista en el art. 24.1 de la Constitución en relación con los diferentes contenidos del párrafo 2 (art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre); fuera de ese supuesto la indefensión puede constituir un simple motivo de mera anulabilidad (art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) o bien, como última manifestación, puede dar lugar a una mera irregularidad no invalidante ya que por tratarse de una simple infracción de tipo formal y no real o material es susceptible de subsanación bien sea en vía administrativa previa o bien por los propios trámites del proceso judicial; en consecuencia, fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones del procedimiento, que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material por dictarse una resolución contraria a sus intereses sin haber podido alegar o no haber podido probar (SSTC 155/1988, de 22 de julio, FJ 4; 212/1994, de 13 de julio, FJ 4; 137/1996, de 16 de septiembre, FJ 2; 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2, entre otras). Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto, se produce el supuesto de encontrarnos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados, como ya se apuntó. Ahora bien, no se produce indefensión a estos efectos, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (rec. 408/2010), «si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, en la doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE, si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas» o «si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional» (STS de 20 de julio de 1992, rec. 1365/1989).

causa de reintegro de entre las previstas en el artículo 37 LGS, y el importe de la subvención a reintegrar junto con la liquidación de los intereses de demora (artículo 94.4 RLGS) (46). Igualmente, requerirá al obligado para que proceda al reintegro en la forma y en el plazo que establece el Reglamento General de Recaudación (artículo 94.5 RGS).

Es preciso advertir, a estos efectos, que la motivación no puede circunscribirse a la cita o reproducción de los artículos que se consideren de aplicación. Se precisa de una explicación de cómo y por qué se aplican a una realidad, a un comportamiento o a un supuesto fáctico concreto sin los que el acuerdo de reintegro carece de los elementos necesarios para considerarse válido ya que compromete el derecho a la defensa y no permite a los órganos jurisdiccionales el adecuado control de la actividad desplegada por la Administración. Y es que la finalidad última de dicha motivación radica en que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo decidido por la Administración para declarar el reintegro y con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, pero también es un presupuesto que permite a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos en su labor de enjuiciamiento en el control de la actividad administrativa (47).

(46) Para J.L. RODRÍGUEZ MOLERO (2005: 88) la resolución que ponga fin al procedimiento de incumplimiento no debería basarse en la aplicación de porcentajes de variación de la situación verificada con relación a la situación prevista a la que se concedió la subvención, sino que debería adoptarse considerando los requisitos y criterios que fundamentaron la concesión inicial y su cumplimiento por parte del beneficiario en el momento en que se dictamina sobre el incumplimiento, la valoración de si el incumplimiento es total o parcial y la decisión de si se modifica o no la resolución de concesión debería efectuarse con los requisitos aprobados en la convocatoria de la ayuda y, para el caso de que el incumplimiento sea considerado como parcial, la cuantía de la subvención a la que siga teniendo derecho el beneficiario (y por diferencia la que pierda) debería determinarse aplicando los mismos criterios de evaluación que se emplearon para la concesión pero ahora referidos a la realidad finalmente comprobada.

(47) La ausencia de motivación no puede limitarse a cuestiones exclusivamente formales o de apariencia, que está directamente vinculada al derecho de defensa, y que debe tener un alcance material y efectivo ha sido reiteradamente afirmado por la jurisprudencia (SSTC 155/1988, de 22 de julio, FJ 4º; 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3º; y 78/1999, de 26 de abril, FJ 2º, entre otras). La ausencia de motivación puede ser un vicio invalidante o bien una mera irregularidad. Nos encontramos en este último cuando, a pesar de ese defecto, el administrado no haya desconocimiento de los motivos y razones en que se funda la decisión administrativa. Dicho de otra forma, debe atenderse a un criterio material en orden a determinar si efectivamente se ha cumplido, o no, la finalidad que exige la motivación de los actos; es decir, si el destinatario ha llegado a conocer las razones de la decisión adoptada por la Administración, evaluando si se le ha situado, o no, en una zona de indefensión, por limitación de su derecho de defensa (STS 5 de abril de 2017, FJ 4). Ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su intensidad y extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione, o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera.

V. LAS CONSECUENCIAS DEL TRANCURSO DEL TIEMPO EN EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

1. La declaración de caducidad

El artículo 42.4 *in fine* LGS contiene la previsión de que si transcurre el plazo de doce meses para resolver, contados desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento de reintegro y no de la notificación de este (STS de 28 de mayo de 2008, rec. 82/2005) sin que se haya notificado resolución expresa (48), se producirá la caducidad del procedimiento (49). La razón de ser de dicho plazo, suficientemente amplio, es en opinión de la doctrina hacer viable el reintegro en aquellos supuestos en que este se inicie como consecuencia de operaciones de control financiero (50).

La caducidad se produce de forma automática y sin que la Administración pueda dictar, con posterioridad, el acto por el que se declara el reintegro sino solo, y en exclusiva, el acto por el que se declara la caducidad (SAN de 5 de marzo de 2013, rec. 291/2012). Todo ello, seguía diciendo la norma,

Significa que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no sean precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea o de la que se resuelve (STS 14 de diciembre de 2014, recurso 254/2014, FFJJ 7 y 8).

(48) Dicho precepto ha sido interpretado, en forma reciente, por el Tribunal Supremo quien en la sentencia de 15 de marzo de 2018 (rec. 1121/2017) resuelve en un procedimiento de reintegro la interpretación que deba darse al art. 58.4 LRJPAC (actual art. 40.4 Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común) en relación con el art. 59.2 LRJPAC en orden a determinar si una notificación efectuada en domicilio diferente al designado por el interesado puede tener la eficacia interruptiva de la caducidad que le atribuye el art. 58.4 LRJPAC o si, por el contrario, resulta inoperante a estos efectos por tratarse de una notificación inválida estimando dicho Tribunal que a este exclusivo efecto de entender resuelto y notificado el procedimiento en el plazo establecido, el art. 58.4 otorga eficacia al intento de notificación debidamente acreditado que contenga el texto del acto. Las exigencias de la notificación son, argumenta el Tribunal, mínimas, y se limitan a que el intento esté acreditado y contenga el texto del acto notificado, sin requerir inexcusablemente el resto de los requisitos ordinarios de la notificación para que se produzca este restringido efecto y no otros: tener por dictada la resolución dentro del plazo que corresponda

Asimismo, se ha señalado que es precisa la notificación personal, no siendo válida la edictal, a fin de que la decisión de reintegro se ajuste a derecho (STSJ Andalucía de 21 de abril de 2014, rec. 625/2009).

(49) Distinto a este supuesto es el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración, por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, que constituye una actuación a la que aquel viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al art. 43.2 de la LRJPAC (actual art. 21.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), de acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia 350/2018, de 6 de marzo (rec. cas. 557/2017).

(50) DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, A. PANIZO GARCÍA, I. SILVA URIEN, y P. ARELLANO PARDO (2005: 373).

sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo (51).

La redacción del precepto, sin embargo, inducía a una cierta confusión como se ha puesto de manifiesto por MARTÍN VALERO (2018) ya que no parecía compatible que se produjese la caducidad que, como acontece en el régimen general de la caducidad, es un supuesto de terminación del procedimiento y, por el contrario, se previera la continuación de las actuaciones hasta su terminación en el caso del procedimiento de reintegro de subvenciones públicas (52). Desconcertante previsión la califica GARCÍA LUENGO (2010: 185), e inclusive REBOLLO PUIG (2005: 498) en expresión sumamente gráfica se refiere a «*qué procedimiento es ese que sigue vivo después de muerto o qué suerte de muerte es esa que no mata*».

(51) Con anterioridad a la LGS el artículo 8 del RD 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, regulaba, a falta previsión en la normativa específica, el procedimiento de reintegro de subvenciones, y se remitía al régimen general de caducidad de la Ley 30/1992 disponiendo que «Si no hubiera recaído resolución expresa transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones producidas por causas imputables a los interesados, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». La STS de 19 de marzo de 2018 (rec. 2054/2017) se refiere a este extremo indicando que «En primer lugar, no debe olvidarse que esta previsión se constituye como una excepción al régimen general consagrado en el art. 104 apartados 4 y 5 de la LGT, en esencia coincidente con el régimen general de caducidad consagrado en la Ley de Procedimiento administrativo. En todo caso, la previsión contenida en el art. 150.6 de la LGT no puede ser invocada como apoyo en el que sustentar una reformulación de la institución de la caducidad y sus efectos o en el que amparar una interpretación como la propugnada por el Abogado del Estado, pues en dicho precepto, a diferencia del previsto en la Ley General de Subvenciones, el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento no determina la caducidad del mismo, lo cual es un dato muy relevante. Es más, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo ha interpretado ha venido considerando que para que se reinicie el plazo de prescripción es necesario una reanudación formal del procedimiento, señalando que la mera continuación de las actuaciones realizadas con posterioridad a la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector no tiene la capacidad interruptiva (STS de 18 de diciembre de 2013 (casación 4532/2011, FJ 4º)».

(52) A.I. MARTÍN VALERO (2018) añade que quizás lo que se pretendía era extender, según lo que se dijo al inicio de este estudio, al ámbito de las subvenciones públicas un régimen análogo al del artículo 150 Ley General Tributaria a la Ley 38/2003, General de Subvenciones, en el cual el transcurso del plazo de doce meses sin que hayan finalizado las actuaciones inspectoras no impide que el procedimiento continúe hasta su terminación, con el efecto de que no se considera interrumpida la prescripción. La diferencia es que el artículo 150 LGT es coherente y establece expresamente que el transcurso del plazo no produce la caducidad del procedimiento que continuará hasta su terminación, mientras que el artículo 42.4 LGS mezcla dos efectos, en principio incompatibles, como son la caducidad y la continuación del procedimiento.

Esa duda interpretativa motivó que los órganos jurisdiccionales (53), incluido el Tribunal Supremo, siguiesen aplicando a los procedimientos de reintegro de subvenciones los efectos generales de la caducidad, de modo y manera que cuando había transcurrido el plazo, se dictaminaba la anulación de la resolución de reintegro de subvenciones, por considerar que la Administración debería haber declarado su archivo, y sin perjuicio de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento en tanto no hubiera prescrito el derecho de la Administración a solicitar el reintegro.

Esto, ciertamente, planteaba la cuestión de si la Administración puede utilizar en el nuevo procedimiento que podría iniciar tras la declaración de caducidad, toda la actividad probatoria y los informes recabados en el procedimiento caducado. La Ley 30/1992 guardaba silencio sobre esta cuestión (54), si bien el artículo 95 de la Ley 39/2015 contempla expresamente dicha posibilidad por lo que a trámites como el de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado sería de plena aplicación.

Bien es cierto que una Sentencia del Tribunal Supremo admitió esta singularidad en el *modus operandi* de la caducidad en esta materia. Se trataba de la STS de 30 de julio de 2013 (rec. 213/2012) que consideró que el precepto suponía una modificación del régimen general de la caducidad de tal forma que sus efectos quedaban restringidos a que el plazo de doce meses no interrumpe el plazo de prescripción, pero ello no implicaba la nulidad de la resolución de reintegro por caducidad, salvo que se hubiera producido la prescripción en el momento de dictarla. Esta interpretación sostenía, en definitiva, que el transcurso del plazo legalmente marcado y la caducidad del procedimiento no impiden su continuación y que se dicte una resolución de fondo válida en dicho procedimiento sin necesidad de reiniciar otro distinto.

Sentencias posteriores, sin embargo, se apartarían en materia de reintegro de esta doctrina sentada por la sentencia anteriormente citada, aunque lo cierto es que no la rectificaron de forma expresa. De esta forma, se afirmaba que la declaración de caducidad de un procedimiento anulaba la resolución de

(53) En este sentido pueden consultarse las SSAN de 5 de marzo de 2013 (rec. 291/2012), o más recientemente la de 13 de octubre de 2017 (rec. 341/2015).

(54) La STS 1 de marzo de 2012 (rec. 1298/09), sin embargo y frente a este silencio de la norma legal, estimó que «la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente, como son las actas e informes en los que se funda el acuerdo de inicio, respecto del cual se produjeron con anterioridad. Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a este, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos en este [...]. Por lo tanto, la nulidad sustentada en la falta de validez de informes empleados en el expediente caducado, no puede prosperar.». Puede verse, asimismo, la sentencia de 21 de noviembre de 2012 (rec. 5618/2009) y 18 de junio de 2014 (rec. 6525/2011), que a su vez se remite a la STS de 24 de febrero de 2004 (rec. 3754/2001).

fondo dictada en el mismo permitiendo iniciar uno nuevo, sin perjuicio de que las actuaciones realizadas en el procedimiento caducado no servían para interrumpir la prescripción (SSTS de 21 de diciembre de 2015, rec. 2520/2013 o la de 10 de enero de 2017, rec. 1943/2016).

Finalmente, la STS de 19 de marzo de 2018 (rec. 2054/2017) ha abordado la contradicción existente entre las sentencias hasta ahora reflejadas explicando que:

«Sostener que en un procedimiento caducado la Administración puede dictar una resolución de fondo válida implica desconocer la propia institución de la caducidad y sus efectos, tal y como ha sido entendida y definida por el legislador y avalada en su interpretación y aplicación por una constante jurisprudencia. Esta interpretación desvirtúa la institución de la caducidad de los procedimientos, atacando su esencia hasta dejarla irreconocible y la priva de todo efecto práctico, pues pese al transcurso del plazo de caducidad la Administración no estaría obligada a declararla ni a dar por finalizado el procedimiento y podría dictar una resolución de fondo válida. En definitiva, conforme a esta interpretación, los términos y plazos no obligarían a la Administración pública, contradiciendo la previsión general contenida en el art. 47 de la Ley 30/1992 (actual art. 29 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), y la declaración de caducidad sería irrelevante por carente de consecuencia alguna» (55).

(55) Sigue diciendo la sentencia referida que: «El ejercicio por la Administración de sus potestades de intervención está sujeta a límites, uno de ellos es el establecimiento de un plazo máximo para resolver los procedimientos. Su razón de ser obedece al deber de las Administraciones públicas de dictar resolución expresa en los plazos marcados por la ley, con ello se pretende garantizar que los procedimientos administrativos se resuelvan en un tiempo concreto, evitando la prolongación indefinida de los mismos por razones de seguridad jurídica. El incumplimiento de estos plazos conlleva como consecuencia jurídica la caducidad del procedimiento y el consiguiente archivo de las actuaciones (artículo 44.2 de la Ley 30/1992, actual art. 25.1.b) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común), lo que no impide la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción.

Pues bien, en un procedimiento extinguido e inexistente no es posible dictar una resolución de fondo válida, salvo aquella que tenga como único objeto declarar la caducidad del procedimiento, tal y como dispone el art. 42.1 y 44.2 de la Ley 30/1992 (actuales arts. 21.1 y 25.1.b) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común). Y si Administración pese al transcurso del plazo de caducidad no la aprecia de oficio, tal y como era su deber, será el afectado el que deba ejercer las acciones destinadas a obtener una declaración de caducidad, pero una vez declarada la solución no puede ser otra que la nulidad de la resolución de fondo dictada en dicho procedimiento...

Es cierto que el tenor literal del precepto permite que, pese a la caducidad del procedimiento, se pueda «continuar las actuaciones hasta su terminación», lo cual es ya de por sí anómalo, pero lo que el precepto no afirma es que en el procedimiento caducado se pueda dictar una resolución de fondo válida sin haber reiniciado otro nuevo, o que, caso de declararse a posteriori la caducidad del mismo, la resolución dictada en un procedimiento caducado

2. La prescripción del derecho

En cuanto a la prescripción del derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro, el artículo 39 LGS establece un plazo de cuatro años (56). Es de advertir que esta regla no es básica (57), si bien las CC.AA. que han legislado en esta materia han reiterado miméticamente el precepto estatal en cuanto a la duración, la forma de cómputo y la interrupción del mismo.

Por otra parte, y en el ámbito del reintegro de ayudas estatales como consecuencia de un procedimiento cuya competencia corresponde a la Comisión UE, dicho plazo no resulta de aplicación sino el de cinco años que establece el

sigue siendo válida, tal y como sostuvo la sentencia STS de 30 de julio de 2013 y pretende ahora el Abogado del Estado...

El Tribunal no puede acoger una interpretación que conduzca a un resultado ilógico o absurdo y esto es precisamente lo que se produciría si entendiésemos que la Administración puede continuar actuando válidamente en un procedimiento caducado y dictar una resolución de fondo como si la caducidad no se hubiese producido. ...

Los actos y resoluciones administrativas han de dictarse en un procedimiento válido, ello constituye una exigencia básica de nuestro ordenamiento administrativo que se plasma en numerosos preceptos (art. 53 de la LRJPAC, actual art. 34 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común) llegándose a sancionar con la nulidad de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido (art. 62.1.e) de la LRJPAC, actual art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común). De modo que si el procedimiento ha devenido inválido o inexistente, como consecuencia de su caducidad, ha dejado de ser un cauce adecuado para dictar una resolución administrativa válida que decida sobre el fondo, por lo que la Administración está obligada a reiniciar uno nuevo. Así se establece también en el art 95.3 de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015) en el que se afirma «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» y se añade «En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado». En definitiva, también la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común dispone que la caducidad conlleva la necesidad de reiniciar un nuevo procedimiento y que en ese procedimiento se practiquen trámites que se consideran esenciales (alegaciones, prueba) para poder dictar una resolución administrativa válida».

(56) La sentencia de 7 de diciembre de 2015 (rec. 821/2014), ha declarado nulo el artículo 43.2 del citado Real Decreto 899/2007, precisamente en el inciso que especifica la forma de computar el plazo de cuatro años establecido para realizar las funciones de vigilancia e inspección del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los beneficiarios, «...contados desde el vencimiento del plazo de la última de las condiciones que debieran ser cumplidas o mantenidas, impuestas en virtud de la correspondiente resolución individual»

(57) Crítica dicha opción legislativa J. GARCÍA LUENGO (2010: 154) por la inseguridad jurídica que, en esta materia, introduce dicha previsión. No obstante, hay que señalar que dicha opción normativa en relación a la prescripción o a la caducidad de acciones aparece también en otros sectores del ordenamiento jurídico como por ejemplo el urbanismo.

artículo 19 del Reglamento (UE) 2015/1589 ya citado en virtud del principio de eficacia en la aplicación del Derecho europeo (58).

La LGS establece unas reglas de cómputo y de interrupción de esta (59), no interrumpiendo el plazo, como ha puesto de manifiesto GARCÍA LUENGO (2010: 164), ni los actos nulos de pleno derecho ni los procedimientos de reintegro que hayan resultado caducados (60).

(58) Dicho artículo, asimismo, establece reglas específicas respecto del cómputo de la prescripción. En efecto, el mismo contempla las siguientes previsiones:

— El plazo de prescripción comenzará a contar a partir del día en que la decisión adoptada sea definitiva.

— El plazo de prescripción o quedará interrumpido: a) por la notificación de una decisión que modifique el importe inicial de la multa o de la multa coercitiva o que rechace una solicitud tendente a obtener tal modificación; b) por cualquier acción de un Estado miembro, que actúe a instancia de la Comisión, o de la Comisión y esté destinado a la recaudación por vía ejecutiva de la multa o de la multa coercitiva.

— El plazo volverá a correr de nuevo después de cada interrupción.

— El plazo de prescripción quedará interrumpido mientras: a) dure el plazo concedido para efectuar el pago; b) dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(59) El plazo se computará, en cada caso:

a) desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora.

b) desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 7 del artículo 30.

c) en el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un período determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo.

El cómputo del plazo de prescripción se interrumpirá:

a) por cualquier acción de la administración, realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, conducente a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro.

b) por la interposición de recursos de cualquier clase, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el ministerio fiscal, así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora en el curso de dichos recursos.

c) por cualquier actuación fehaciente del beneficiario o de la entidad colaboradora conducente a la liquidación de la subvención o del reintegro.

(60) Es de advertir que la STS de 22 de mayo de 2019 (rec. 1137/2017) establece que «no cabe confundir el límite excepcional previsto en el artículo 106 para impedir el ejercicio de la revisión de un acto nulo de pleno derecho con la prescripción del plazo para solicitar su reintegro, pues este razonamiento confunde el plazo de prescripción de la acción para solicitar el reintegro de la subvención por incumplimiento de las condiciones a que está sujeta la misma, con el límite excepcional que opera cuando existe un ejercicio desproporcionado de la facultad de revisión de oficio. La nulidad de pleno Derecho no puede existir y no existir a la vez. Una cosa es que, por mediar alguna de las causas que el legislador indica en el artículo 106 de la Ley 30/1992 —o en el artículo 110 de la Ley 39/2015— no proceda declararla, y otra bien distinta que, no siendo suficientes para declarar la nulidad de pleno Derecho, se

No obstante, es preciso realizar distintas observaciones sobre el cómputo de los plazos de prescripción, a saber:

- En primer lugar, la jurisprudencia ha matizado respecto de estas reglas que ese plazo de cuatro años, en todo caso, se computa desde que cesan las obligaciones de la entidad beneficiaria ya que, solo en ese momento, es posible verificar el cumplimiento de las condiciones a que estaba sujeta la misma (STS de 5 de noviembre de 2012, rec. 6930/2009).
- De otro lado, el cómputo de este plazo en programas plurianuales sólo es aplicable respecto del beneficiario que sea receptor de ayudas o subvenciones anuales para todo el periodo de vigencia del programa y con unos fines a cumplir en todo ese periodo, supuesto en que la Administración puede indagar sobre la adecuación de las ayudas concedidas a los fines del programa durante todo ese plazo de vigencia, pero ello no es de aplicación para supuestos en el que el beneficiario recibe una subvención para anualidades o con cargo a convocatorias concretas, y cuyos fines no se extienden a todo el periodo comprendido por el programa, sino que se agotan con esa concreta convocatoria (STS 8 de febrero de 2018, rec. 3311/2015).
- En tercer lugar, si bien la prescripción se interrumpe por la interposición de cualquier clase de recurso, si la parte se vio obligada a utilizar los recursos pertinentes para conseguir una declaración de caducidad que tenía que haber sido apreciada de oficio por la Administración, y el procedimiento caducado no interrumpe la prescripción, hay que entender de una interpretación armónica de los preceptos de la Ley de Subvenciones, que los recursos interpuestos no vienen sino a integrar el procedimiento caducado, por lo que carecen de virtualidad para interrumpir la prescripción (61).
- Y, por último, que las reglas de cómputo del plazo de prescripción difieren en el caso de los responsables subsidiarios y solidarios. Y es que la jurisprudencia ha dejado claramente establecido que la prescripción respecto de estos comienza cuando se puede ejercitar la acción contra los mismos, en aplicación del principio de *actio nata*, y

pretenda que sirvan para conservar algunos de los efectos de la actuación reputada nula. Si no deben impedir la declaración de nulidad, tampoco pueden impedir sus consecuencias. Entender el artículo 106 como lo hizo la Sección Primera de la Sala de Sevilla supone privar de toda utilidad a la institución de la revisión de oficio y conduce a un pronunciamiento en sí mismo contradictorio: el de consagrar a un tiempo la nulidad y privarla de los efectos que necesariamente ha de producir».

(61) STS 10 de enero de 2017 (rec. 1943/2016).

no desde la fecha en la que se devenga originariamente la liquidación que fija la obligación del sujeto pasivo (62).

V. EL REINTEGRO DE AYUDAS EUROPEAS

La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 103 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro de las cantidades concedidas recibe un tratamiento específico en la Ley General de Subvenciones que, curiosamente, se refiere a los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea que no contiene ese número de artículo (63).

Es preciso poner de manifiesto, a efectos interpretativos de este precepto, que se refiere a las denominadas ayudas de Estado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 103, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones (64).

El ordenamiento jurídico español, a la vista de dicha normativa europea, hubo de adaptarse a esas previsiones y, efectivamente, va a ser la Ley

(62) El Tribunal Supremo, sirvan de ejemplo la STS de 9 de junio de 2009 (rec. 2586/2007 y STS de 19 de mayo de 2014 (rec. 3356/2010), en la que se citan otras, avalan dicha consideración. Se dice en la sentencia citada de 19 de mayo de 2014: «Existen, pues, dos periodos diferentes: el que se refiere a la prescripción de las acciones frente al deudor principal, que abarca todo el tiempo que transcurra hasta la notificación de la derivación de responsabilidad, y el que se abre con tal acto, siempre que la prescripción no se hubiese producido con anterioridad, que afecta a las acciones a ejercitar contra el responsable subsidiario, teniendo incidencia dentro de cada uno de dichos periodos las actuaciones con capacidad para interrumpir el correspondiente plazo de prescripción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley General Tributaria de 1963. La Ley General Tributaria que se encuentra en vigor en la actualidad [Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE de 18 de diciembre)] aclara toda duda sobre el particular, ya que en el artículo 67.2, último párrafo, se refiere al cómputo del plazo de prescripción para los responsables subsidiarios indicando que empieza a contarse desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o cualquiera de los deudores solidarios. Este precepto, por lo demás, no se opone al régimen imperante bajo la vigencia de la Ley de 1963, en el que, con arreglo al artículo 164 del Reglamento General de Recaudación, la declaración de fallido de los deudores principales y, en su caso, solidarios constituía el *dies a quo* para iniciar las actuaciones respecto de los subsidiarios».

(63) La explicación pudiera derivarse de que sí se referían a las ayudas de Estado los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

(64) Cabe remitirse en este punto a A.M. BUENO ARMUJO (2005) y (2011). Más recientemente, G. FERNÁNDEZ FARRERES (2016).

38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, las que han previsto un procedimiento de reintegro de las cantidades percibidas, incluida la exigencia del interés de demora desde el momento de su pago o entrega, cuando concurren diversas causas y, entre ellas, contempla la adopción de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro en virtud de las previsiones comunitarias en este aspecto.

La principal virtualidad de dicha previsión, según ha puesto de relieve FERNÁNDEZ FARRERES (2016: 244), es que, con arreglo a la misma, el reintegro (o devolución de las cantidades percibidas) no requiere ya de la previa declaración de nulidad o anulabilidad del acto de otorgamiento a través de los procedimientos de revisión de oficio.

La cuestión que surge en este punto, desde el punto de vista procedimental al que se ciñe este trabajo, es la de determinar si es necesario o no la existencia de un procedimiento de reintegro que declare el mismo tras la decisión de recuperación de la Comisión Europea relativa a una subvención contraria al Tratado de la Comunidad Europea. En opinión de MARTÍNEZ GINER (2006: 97) esa declaración no procedería, porque la Comisión ya ha declarado la necesidad de reintegro o recuperación, teniendo poco o ningún margen la Administración para declarar o no declarar el reintegro en un procedimiento de reintegro del artículo 42 LGS (65), si bien ello es distinto, como ha significado REBOLLO PUIG (2005: 515), de que sea preciso el proceso declarativo para el reintegro de la ayuda por parte del beneficiario ya que este supuesto no difiere del resto de los previstos en el artículo 37LGS (66).

La polémica ha quedado superada y, a juicio de FERNÁNDEZ FARRERES (2016: 244 y 245) en opinión que es susceptible de compartirse, la decisión comuni-

(65) Aunque dicha posición no es unánime y otros autores han mantenido, al menos un trámite de audiencia, para garantizar los derechos del afectado por tal decisión de reintegro. Puede verse a esos efectos M. LINARES GIL (2001: 52).

(66) M. REBOLLO PUIG (2005: 515) opina que la Comisión no acuerda el reintegro en sí mismo sino que lo único que establece es una decisión de recuperación que es algo distinto tal y como se desprende del propio artículo 37.1 h) LGS cuando se refiere a la «decisión de la que se derive la necesidad de reintegro». En segundo lugar, la decisión de recuperación que dicta la Comisión tiene como destinatarios a los Estados miembros y no a los beneficiarios de la subvención o ayuda, por lo que no tiene fuerza ejecutiva dado que no se ha declarado ninguna obligación en relación con el beneficiario. Finalmente, si el legislador hubiera querido establecer una excepción a la necesidad de procedimiento declarativo de la obligación de reintegro y establecer el carácter ejecutivo de la Decisión de la Comisión sobre esta cuestión, habría tenido que declararlo expresamente. En el mismo sentido, J. GARCÍA LUENGO (2010: 65) que, además, señala que lo procedente será impugnar la decisión comunitaria ante los órganos jurisdiccionales europeos ya que, ni la Administración que aquí opera sin discrecionalidad alguna al declarar el reintegro, pero ni los propios órganos jurisdiccionales internos podrán hacer nada si la decisión ha devenido en firme.

taria resulta un título ejecutivo que permite poner en marcha sin más el procedimiento de reintegro lo que permite afirmar, en opinión del autor referido, que puede afirmarse que la decisión comunitaria que deviene firme y consentida equivale o se equipara *de facto* a la revocación o anulación del acto de la autoridad nacional que otorgó la ayuda, de manera que la Administración correspondiente deberá proceder sin más a exigir del beneficiario el reintegro de la cantidad percibida y este a reintegrarla más los intereses de demora por lo que la observancia del procedimiento no tiene otra finalidad que la de verificar la existencia misma de la decisión comunitaria y, si hubiere lugar a ello, la fijación de la cuantía que deba reintegrarse.

La garantía del cumplimiento, que no olvidemos es responsabilidad del Estado miembro, fue prevista en la disposición adicional primera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que contuvo la previsión de que, con carácter general, el Estado repercutirá las sanciones pecuniarias que le sean impuestas por incumplimientos imputables a las comunidades autónomas o a las entidades locales (67).

Pues bien, y de nuevo en lo que se refiere al procedimiento a seguir, de conformidad con el artículo 16.3 del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo de 13 de julio de 2015 por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es competencia del Estado miembro regular dichos aspectos (68). A estos efectos, la normativa vigente, prevé distintos aspectos una vez recaída la decisión comunitaria:

— Extensión de dicha garantía a todas las Administraciones públicas y a todas las entidades mencionadas en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria cuando incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea o de tratados o conve-

(67) Disposición adicional primera que fue derogada por la letra d) del número 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, pero previsión que, con posterioridad, recogería la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria en la disposición adicional segunda que tendría nueva redacción de acuerdo con lo prevenido en el apartado trece del artículo primero de la L.O. 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público

(68) Dicho apartado 3º establece que, sin perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda disponer, de conformidad con el artículo 278 del TFUE, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho de la Unión.

nios internacionales en los que España sea parte, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales.

— Dicha responsabilidad solo será declarada en la parte que les sea imputable.

— El Consejo de Ministros es el órgano competente para tramitar dicha declaración de responsabilidad y acordar, en su caso, la compensación o retención de dichas deudas con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario teniendo en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, de los tribunales internacionales o de los órganos arbitrales habiéndose de recoger los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad.

— Es preceptiva la previa audiencia de las Administraciones o entidades afectadas, será el órgano competente para declarar las responsabilidades previstas en los apartados

— El acuerdo se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

VI. CONCLUSIONES

Como se ha puesto de manifiesto desde el principio de este trabajo, el fundamento mediato del reintegro de subvenciones, que constituye al fin un acto resolutorio de la subvención concedida, está basado, en última instancia, en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto. Dicho aserto se plasma en la necesidad de devolver las cantidades obtenidas como subvención de forma indebida al no cumplirse las obligaciones a las que estaba sujeta su concesión subyaciendo, por tanto, un interés general y público en el reintegro de las cantidades percibidas que no se ajustaron a la finalidad que motivó su otorgamiento ya que en ningún caso puede entenderse a esta como una mera liberalidad de la entidad concedente. Lo que no implica necesariamente que haya de concurrir culpa del beneficiario para que sea exigible el reintegro dada su naturaleza indemnizatoria y su carácter de ingreso de derecho público. Siendo este, los obligados al reintegro, un aspecto en que la jurisprudencia más reciente atendiendo al interés público que subyace a este procedimiento ha sido especialmente favorable a extender el círculo de los posibles afectados por la resolución que se dicte en el mismo.

La regulación del procedimiento de reintegro, escasamente formalizado y cuya tramitación ha de integrarse con la legislación procedimental común, es una materia que discurre en franca conexión entre el Derecho administrativo y el Derecho financiero dado que las subvenciones constituyen al mismo tiempo

una actividad administrativa y una modalidad de gasto público, lo que resulta determinante para la intervención en cascada de ambos sectores del ordenamiento jurídico. Por otro lado, es una materia que es de competencia compartida entre el Estado y las CC. AA., si bien, y en lo que al procedimiento de reintegro se refiere, son muy pocas las novedades aportadas por la legislación de las CC. AA. que han hecho uso de sus atribuciones competenciales. Por otro lado, no puede olvidarse que dichos procedimientos tienen unas específicas indicaciones cuando la causa del reintegro deriva del régimen de ayudas de Estado.

Cuando el reintegro se produce como consecuencia, no de la invalidez del acto de adjudicación, sino por el incumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos en esta situación del beneficiario se muestra especialmente agravada ya que, además del retorno del importe de la subvención indebidamente percibida y del interés de demora generado desde la notificación de la deuda a reintegrar hasta que este se haga efectivo, procederá abonar el interés de demora desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Y todo ello sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que, en su caso, procedieran y de la exigencia de la eventual responsabilidad contable admitida por la jurisprudencia. Circunstancia esta que, como en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, no ha quedado desde mi punto de vista bien resuelta.

Es relevante señalar que, dado el interés público que subyace a este procedimiento, el acuerdo de iniciación del mismo no resulta enteramente discrecional para la Administración concedente lo que se traduce en relevantes consecuencias dado que la denuncia del particular que no fuere atendida o, en su caso desestimada sin la suficiente motivación, puede ser objeto de recurso lo que articula de alguna forma una pseudoacción en defensa del patrimonio público.

Los tribunales, a través de distintas resoluciones judiciales, han destacado que son especialmente relevantes en la tramitación y resolución del mismo dos aspectos, a saber: de un lado, como en todos los supuestos de actuaciones administrativas susceptibles de producir efectos desfavorables a los administrados, el trámite de audiencia a los eventuales afectados por la resolución que pudiera producirse; de otro, y muy específicamente en este procedimiento, la motivación de la resolución adoptada en la que no puede obviarse, en ningún caso, la plena aplicación del principio de proporcionalidad.

Derivado de la finalidad que subyace al reintegro, la más reciente jurisprudencia ha atendido, en mayor medida, a su carácter finalista con independencia de que su gestión se realice directa o indirectamente por el beneficiario, pero, sin embargo, se ha mostrado contraria a que, como parecía derivarse de la dicción de la norma legal, se pudiese continuar la tramitación de un procedimiento de reintegro afectado por el instituto de la caducidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BUENO ARMIJO, Antonio María (2005): «La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia: nuevas soluciones a la luz de la reciente Ley General de Subvenciones», en *Estudios de Derecho de la Competencia* (coord. FONT GALÁN y PINO ABAD), Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- BUENO ARMIJO, Antonio María (2011): *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea*, IAAP, Sevilla, 2011
- CASTILLO BLANCO, Federico A. (2015): «Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 172.
- COLLADO BENEYTO, Pablo Javier (2009): «La revisión, revocación o rectificación de oficio del acto de otorgamiento de la subvención. La dejación sin efectos de la subvención. El reintegro: de oficio y voluntario», en *Comentario a la ley general de subvenciones y a su reglamento. Incidencia en la Generalitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CONSCULLUELA MONTANER, Luis (2010), *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas, Madrid.
- CUADRADO ZULOAGA (2001), Daniel: «Anulación y revocación de subvenciones», *Actualidad Administrativa*, Sección Doctrina, Ref. XLI, pág. 1089, tomo 3, Editorial La Ley.
- DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, Jesús, PANIZO GARCÍA, Antonio, SILVA URIEN, Isabel y ARELLANO PARDO, Pablo (2005): *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2009), «La actividad de fomento», en *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo III, Iustel, Madrid.
- (2016), «El régimen de las ayudas de estado y su impacto en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, nº 200.
- FLEINER, Fritz (1933), *Instituciones de Derecho*, Editorial Labor, Madrid.
- GARCÍA LUENGO, Javier (2010): *El reintegro de subvenciones*, Thomson Civitas, Navarra.
- HARIOU, Maurice (1933), *Précis de Droit administratif et de Droit Public*, París.
- JORNADA DE POZAS, Luis (1949) «Teoría del fomento en el derecho administrativo», *Revista de Estudios Políticos*, nº 48.
- LINARES GIL, Maximino (2001): «La devolución de ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo» en *Noticias de la Unión Europea*, nº 196.

- MANTECA VALDELANDE, Víctor (2007): «El reintegro de subvenciones públicas», *Actualidad Administrativa*, N° 8, Sección Práctica Profesional, quincena del 16 al 30 abril, pág. 1015, tomo 1, Editorial La Ley.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1986), *Manual de Derecho administrativo*, Trivium, Madrid.
- MARTÍN VALERO, Ana Isabel (2018): «Los efectos de la caducidad en el procedimiento de reintegro de subvenciones», *Actualidad Administrativa*, N° 1, Sección Ejercer en forma y plazo.
- MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso y NAVARRO-FAURE, Amparo (2010): *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso (2006): *El reintegro de subvenciones públicas*, lustel, Madrid.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1989), «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la Teoría de los modos de acción de la Administración Pública», en *Libro Homenaje al Profesor Jose Luis Villar Palasí*, Madrid.
- MERKL, Adolf (2004), *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Comares, Granada.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2018): «Los grandes debates pendientes en el recurso de casación referido a las subvenciones públicas», *Diario La Ley*, N° 9249, Sección Dossier.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003)., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona.
- PASCUAL GARCÍA, José (2008): *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Editorial BOE, Madrid.
- PÉREZ PABLO, Rosa María (2017): «Subvenciones», en el volumen colectivo *Corrupción, corrosión del Estado de Derecho* (coord. ANDRÉS BETANCOR), Thompson Reuters, Navarra.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2005): «El reintegro de subvenciones», en *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (dir. G. FERNÁNDEZ FARRERES), Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- RODRIGO LAVILLA, Jesús (2018): «Revocación y reintegro de subvenciones» en *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (coord. M. GARCÉS SANA-GUSTÍN y A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuter-Aranzadi, Navarra, 2018.
- RODRÍGUEZ MOLERO, José Luis (2005): «El procedimiento de incumplimiento y reintegro de subvenciones: una propuesta de racionalización», *Auditoría Pública*, n° 37.

- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009), *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid.
- SESMA SÁNCHEZ, Begoña (2015): «El control financiero», en el volumen colectivo *Comentarios a la Ley General de Subvenciones* (dir. FERNÁNDEZ FARRERRES, G.), Civitas, Madrid.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1950), «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 3 (en 34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública* con ocasión de su centenario, INAP, Madrid, 1983).
- WALINE, M. (1936), *Manuel élémentaire de droit administratif*, París.

CAMBIOS EN LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO. ANÁLISIS A PARTIR DEL CASO DE LA VIVIENDA SOCIAL (*)

M^o ASUNCIÓN CASABONA BERBERANA

SUMARIO. INTRODUCCIÓN.– I. BIENES PÚBLICOS: DEMANIALES Y PATRIMONIALES: 1. Conceptos. 2. ¿Propiedad o potestad? 3. Administración y adquisición de bienes patrimoniales.– II. FORMAS DE USO DE LOS BIENES PÚBLICOS: 1. Uso de bienes demaniales: concesión. 2. Uso de bienes patrimoniales: arrendamiento.– III. CONCEPTO DE VIVIENDA SOCIAL: ANÁLISIS HISTÓRICO, COMPETENCIAS Y PARQUES DE VIVIENDA SOCIAL.– IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VIVIENDA SOCIAL PÚBLICA. V. USO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA VIVIENDA PÚBLICA.– VI. MODIFICACIONES EN EL CONCEPTO DE PATRIMONIO PÚBLICO.– VII. NUEVOS MODELOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.– VIII. CONCLUSIONES.– IX BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Partiendo de la tradicional distinción de los bienes públicos entre bienes demaniales, destinados a usos y servicios públicos, y los patrimoniales, destinados a su rentabilización económica, se analizan sus características y formas de uso, conforme a la normativa patrimonial vigente, para, a continuación, centrarnos en una propiedad pública: la vivienda social, haciendo un análisis histórico de su configuración jurídica, e intentando identificar, a falta de una previsión legal expresa, los rasgos que la incluirían en una u otra categoría de bienes. Así, se llega a la conclusión de que en esos bienes públicos concurren elementos propios, tanto de los bienes demaniales, como de los patrimoniales. A partir de esta consideración sobre la vivienda, se advierte, en el marco de un Estado social, una difuminación entre esas dos categorías tradicionales, que lleva a plantear la gestión del patrimonio público como un elemento para el cumplimiento de políticas sociales, y a proponer cambios en los trámites de enajenación de bienes, evitando ejemplos recientes de dudosa eficacia para el interés general.

Palabras clave: patrimonio público; afectación; vivienda social; uso de los bienes públicos.

ABSTRACT: Starting from the traditional distinction of public goods between public goods, destined for public uses and services, and assets, destined for their economic profitability, their characteristics and forms of use are analyzed, in accordance with the

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de noviembre de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 7 de enero de 2020.

current patrimonial regulations, for, then focus on public property: social housing, making a historical analysis of its legal configuration, and trying to identify, in the absence of an express legal provision, the features that would include it in one or another category of property. Thus, it is concluded that in those public goods own elements concur, both of the public goods, as well as the assets. Based on this consideration of housing, a blurring between these two traditional categories is observed, within the framework of a social State, which leads to the management of public assets as an element for the fulfillment of social policies, and to propose changes in the procedures of alienation of goods, avoiding recent examples of doubtful efficacy for the general interest.

Key words: public heritage; affectation; social housing; use of public good.

INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en los bienes públicos de las Administraciones, los solemos relacionar con aquellos que son de todos, y de los que todos podemos disfrutar por igual: las calles, los ríos, los montes, las playas..., sin embargo, profundizando algo más, veremos que esa afirmación debe matizarse, pues puede haber bienes públicos que sólo pueden disfrutar, al menos temporalmente, determinadas personas.

Así podemos citar los aprovechamientos de aguas subterráneas, de recursos mineros, o la explotación de autopistas. Son casos cuyo objeto son bienes públicos, pero cuyo derecho de uso, temporal, se atribuye a una persona en concreto, mediante el negocio jurídico de la concesión, que es el procedimiento que la legislación ha establecido para tolerar el uso privativo de bienes demaniales, aquellos que están destinados a «*ser de todos*».

Esta vocación de uso común se expresa en la normativa señalando, en los términos de la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)* que son bienes destinados al uso general o al servicio público, y se les denomina bienes demaniales. En contraposición, hay bienes públicos que no tienen esa característica respecto a su destino, a los que nos referimos como bienes patrimoniales (1).

La diferencia sustancial entre una y otra categoría es su régimen jurídico, exorbitante del derecho privado en el caso de los bienes demaniales, y deter-

(1) En la D.F. Segunda LPAP se establecen sus títulos competenciales, de tal manera que contiene normas que se declaran básicas en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.18.a de la Constitución para aprobar las «*bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*». Otras disposiciones de la ley serán aplicables a todas las Administraciones públicas por tratarse de normas civiles, normas procesales, normas sobre régimen económico de la Seguridad Social, o legislación sobre expropiación forzosa. Los artículos 5 y 7.1, donde se definen los bienes demaniales y los patrimoniales son norma básica.

minado por las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad establecidas en el artículo 132 CE, mientras que, respecto de los bienes patrimoniales, las Administraciones Públicas están en una posición semejante a la de cualquier particular respecto a sus bienes, y su régimen jurídico es el propio del derecho privado.

La inclusión de un bien, en una u otra categoría viene determinado por la circunstancia jurídica de su afectación, que determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público (2). Salvo que la afectación derive de una norma con rango legal, con carácter general, resulta de un acto expreso, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación (3).

La condición de un bien como demanial, o patrimonial, determina también sus formas de utilización. Por lo que respecta a los bienes patrimoniales, ya se ha señalado que su régimen jurídico es semejante derecho privado, y sus formas de disposición son las reguladas en la legislación civil (4).

En cambio, por lo que respecta a los bienes demaniales, se distinguen tres formas de uso:

- a) Uso común general, el que es igual e indistinto para todos los ciudadanos
- b) Uso especial, en el que concurren circunstancias singulares por la peligrosidad, intensidad del uso, o cualquiera semejante.

(2) Como señala LÓPEZ RAMÓN (2012: p.143), la afectación se considera el criterio central del dominio público, porque cuando aquélla desaparece el bien o derecho deja de ser demanial para pasar a la condición de patrimonial.

(3) Además de la afectación expresa, es posible la afectación tácita, derivada de actos de la Administración de los que resulte la vinculación de bienes o derechos determinados a fines de uso o servicio público; y la afectación presunta, derivada de la utilización pública, notoria y continuada por la Administración de bienes y derechos de su titularidad para un servicio público o para un uso general. (Artículo 66 LPAP).

(4) Debe tenerse en cuenta que, tal y como se reconoce en STS 4617/2017, de 20 diciembre (FJ 5): *«Toda actividad administrativa —también la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado— se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no puede ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un substrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionalmente garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve».*

c) Uso privativo, el que permite a un sujeto ocupar una porción del dominio público, de forma limitativa o excluyente para otros, y debe estar amparado en una concesión si requiere obras o instalaciones fijas (5).

Existe una categoría de bienes públicos, que pertenecen a la Administración Pública para cumplir una función de servicio, en los que el uso común general sólo se plantea como concepto abstracto, en el sentido de que todos podrían usarlos en un momento determinado, pero, por su propia naturaleza, son únicamente susceptibles de uso privativo.

Se trata de la vivienda social, que la Administración pone a disposición de aquellos segmentos de la población que, por razones económicas, no pueden acceder a una vivienda por otros medios, y precisan de estos bienes públicos para establecer su residencia habitual.

A partir del reconocimiento en los distintos Estatutos de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», conforme al artículo 148.3.1 CE, estas Administraciones han devenido titulares de un patrimonio público de vivienda, con el objetivo fundamental de dar cumplimiento a la función social de estos bienes, y la materialización del derecho a una vivienda digna y adecuada, recogido en el artículo 47 CE.

En cuanto la titularidad pública de vivienda está destinada al cumplimiento de ese fin o servicio público, se trata de bienes demaniales, no adquiridos por la Administración para obtener un rendimiento económico, sino para satisfacer la demanda social de vivienda, especialmente entre la población más vulnerable.

La forma jurídica de disposición de la vivienda social suele ser el contrato de arrendamiento, no el derecho de concesión, forma jurídica de disposición de bienes demaniales. En el caso de la vivienda social de titularidad pública, nos encontramos que, si bien la razón que justifica su pertenencia a la Administración es el cumplimiento de un servicio social, y, en este sentido serían bienes demaniales, su forma de uso es la propia de los bienes patrimoniales, lo que lleva a plantear si situaciones como ésta ponen de manifiesto que la distinción tradicional entre bienes demaniales y patrimoniales, en la actualidad se están desvirtuando, y los límites entre uno y otro son cada vez más difusos.

A partir del planteamiento de la contradicción que supone el uso conforme a negocios privados de bienes con características de demaniales, se pretenden analizar los aspectos propios del dominio público y los propios del dominio privado, y la tipificación conforme a ellos de la vivienda social. Si se pudiera llegar a estimar la naturaleza dual de las viviendas sociales, demaniales por su destino al servicio público, y patrimoniales en cuanto a su régimen de uso,

(5) Vid. Artículos 85.1; 85.3 y 86.3 LPAP.

podiera ser la base para proponer un régimen nuevo de propiedad pública, determinado por la función social de la propiedad, que superaría los límites estrictos de la clasificación tradicional.

Este problema jurídico se ha elegido para estudiar si la separación tradicional entre bienes demaniales y patrimoniales resulta hoy superada por la existencia de bienes públicos, que no encajaría, en ninguno de esos dos conceptos, en sentido estricto, y analizar la evolución del concepto del patrimonio público, hacía un concepto unitario, que implica un uso más eficaz y eficiente de los bienes demaniales, sin excluir formas de uso propias del derecho privado.

I. BIENES PÚBLICOS: DEMANIALES Y PATRIMONIALES

1. Conceptos

El ordenamiento jurídico no nos facilita una definición de los bienes públicos, por lo que nos plantearemos su definición, a partir de sus rasgos característicos. Desde un punto de vista económico, los bienes públicos, en contraposición a los bienes privados, se caracterizan porque se consumen conjuntamente, por varios consumidores a la vez; sin que se pueda privar a ningún individuo o colectivo de su consumo; y sin que el consumo sea rival, en el sentido de que el uso por unos, no impide el consumo por el resto. Desde el punto de vista jurídico la definición de bienes públicos vendrá determinada por su titularidad, de modo que bienes públicos serán los de titularidad de una Administración Pública, y, por exclusión, aquellos que no pueden ser objeto de apropiación por los particulares.

Según advierte SÁINZ MORENO, todo dominio público está atribuido a una Administración pública personificada, puesto que el Derecho vigente configura tal dominio como una propiedad atribuida a un sujeto de derecho con personalidad jurídica pública, *«no existe en este sentido un dominio público de la Nación, ni de la colectividad, ni del pueblo, etc., entendidos estos conceptos en su sentido sociológico o político»* (6).

Según lo anterior, los bienes públicos serían aquellos, que, perteneciendo a una Administración pública, están destinados al uso general, sin que el uso por unos impida el uso por el resto. No obstante, esta definición sólo sería aplicable a una categoría de bienes públicos: los de dominio público o demaniales, pero no a la otra categoría de bienes públicos: los de dominio privado o patrimoniales, que no están destinados al uso general o público, definidos por el legislador en sentido negativo, identificándolos con los que no tengan el carácter de demaniales.

(6) F. SÁINZ MORENO (1999: 488).

En el uso jurídico habitual, la expresión bienes públicos designa a todas las cosas pertenecientes a las Administraciones Públicas, sean de dominio público o de dominio privado (7). No cabe duda de que, tanto los bienes demaniales como los patrimoniales, son bienes públicos, calificación que deriva de su titularidad, atribuida a una Administración Pública.

La distinción fundamental en la gestión del patrimonio público, se recoge en el artículo 4 LPAP, aplicable a todas las Administraciones, según el cual, por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales.

La definición de bien demanial se recoge en el artículo 5 LPAP a partir de su titularidad pública y su afectación al uso general o al servicio público. En la LPAP se supera la exclusión de los bienes demaniales del concepto de Patrimonio del Estado que resultaba del Texto Articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 1964 (8). Así, con el carácter de legislación básica, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE, el artículo 3 establece que el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos.

De acuerdo con la redacción de este artículo, el dominio público estará formado por bienes y derechos *«cualquiera que sea su naturaleza»*, esto es, no sólo estarán dentro de ese concepto los bienes respecto a los que sea titular de un derecho de propiedad, sino también los que posean por otros títulos, cerrando así un debate doctrinal derivado de la exclusión de los bienes demaniales del concepto del Patrimonio del Estado en la Ley de 1964 (9).

Del artículo 5 LPAP, resultan dos formas posibles para que un bien o derecho adquiera la demanialidad, bien por la afectación, bien porque una ley le reconozca expresamente esa condición. La afectación supone establecer una vinculación entre el bien y su destino que no existía anteriormente. Su objeto es un bien de naturaleza patrimonial, que, una vez integrado en el Patrimonio de una Administración Pública, se manifiesta adecuado para un

(7) F. LÓPEZ RAMÓN (2012: 37).

(8) La propia Exposición de Motivos de la LPAP, señala: *«En lo que se refiere al ámbito objetivo de regulación, la ley se aparta de la tradición encarnada en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado, y se inclina por considerar que los bienes demaniales se encuentran plenamente incardinados en el patrimonio de las Administraciones Públicas. El patrimonio público pasa así a definirse como un conjunto de bienes y derechos que pueden estar sujetos a un doble régimen: de carácter jurídico público, los bienes y derechos demaniales, y de carácter jurídico privado, los patrimoniales»*.

(9) MENÉNDEZ GARCÍA (2004: 127).

determinado uso o servicio público. En función del momento en que se advierte esa idoneidad, la afectación puede derivar de un acto expreso, o ser tácita por utilización pública, notoria y continuada del bien para un servicio público o para un uso general.

El reconocimiento por Ley de la condición demanial se lleva a cabo en consideración a ciertos caracteres físicos o naturales, que son homogéneos a determinados recursos, de tal manera que, cuando concurren en un bien o derecho, determinan su demanialidad, sin necesidad de ningún acto administrativo de carácter constitutivo (10).

La principal manifestación de esta categoría de bienes es el apartado 2 del artículo 132 CE (11), que establece:

«Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

Entre los bienes demaniales por disposición legal, podemos citar el dominio público hidráulico (*artículo 2 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas*); el dominio

(10) La STS 5308/2011, de 21 de julio (FJ 4), en relación con el deslinde de terrenos demaniales conforme a la Ley de Costas, reconoce la prevalencia de esta condición, incluso sobre anotaciones registrales: *«El deslinde, al constar las características físicas relacionadas en los preceptos citados de la Ley de Costas, declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, como dispone el artículo 13.1 de la mencionada Ley de Costas de 1988 . No se vulnera, por tanto, con la aprobación del deslinde el artículo 38 de la Ley Hipotecaria , pues, como se señala en la sentencia de esta Sala de 21 de junio de 2005 (casación 4294/2002), «las inscripciones en el Registro de la Propiedad no alteran las características geomorfológicas de los terrenos, que son las determinantes de su inclusión en el dominio público marítimo terrestre, y de aquí que la propia Ley de Costas contemple las medidas a adoptar en estos casos (artículos 12.4, 13 y 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio , estableciendo categóricamente en su artículo 13.1 que las inscripciones en el Registro de la Propiedad no pueden prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados)».*

(11) Sobre la referencia exclusivamente al dominio público estatal en este artículo, la STC 227/1988, de 2 de noviembre, en relación con la Ley de Aguas, reconoce que: *«Ciertamente, este art. 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nitidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico. Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley —obviamente de ley del Estado— para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal . Pero eso no significa, como es evidente, que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado».*

público forestal (*artículo 12 Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*); o las vías pecuarias (*artículo 2 Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias*).

En contraposición al concepto de bien demanial, se encuentra el de bien patrimonial. El Código Civil, en su artículo 340, los identifica, por exclusión, con aquellos en los que no concurren las circunstancias para ser demaniales, señaladas en el anterior artículo 339. Se parte así de la idea de que, si todos los bienes de las Administraciones Públicas pertenecen a una u otra categoría, definiendo una, se define, por exclusión, la otra. Esta idea la vemos reproducida en el artículo 7.1 LPAP.

2. ¿Propiedad o potestad?

Conviene detenernos en el hecho de que la definición de bienes demaniales y patrimoniales está contemplada, tanto en el Código Civil como en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, esto es, tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, cuestión que nos lleva al antiguo debate entre «*propietaristas*», que consideran el dominio público como un derecho de propiedad, frente a los «*funcionalistas*» o críticos para los que su verdadera naturaleza jurídica es la de ser un título causal de intervención, una potestad-función (12)

El punto de partida de esta dualidad se sitúa en los comienzos del siglo XX, surgido entre Hauriou y Duguit, respecto a si la relación existente entre la Administración y los bienes del dominio público constituye, o no, un derecho de propiedad y, en el caso de admitirse su existencia, cuál sería la naturaleza y características de esta propiedad. En ese debate, por un lado Hauriou rechazó concebir al dominio público como *res nullius* argumentando que la naturaleza de las cosas que no pertenecen a nadie es ser objeto de propiedad mediante la ocupación, lo que consideraba incompatible con la inalienabilidad (13). Así, el dominio público sería un derecho de propiedad pública atribuido a una Administración, sin perjuicio de que ese Derecho de propiedad presente unas características particulares, en atención a la finalidad pública a la que están afectos los bienes que lo forman.

En contraposición a esa tesis, Duguit considera que los bienes que integran el dominio público no son susceptibles de propiedad, ni privada, ni pública, sino que, respecto a ellos, el Estado tiene sólo un deber de protección. Desarrolla la conocida como «*escala de demanialidad*», según la cual, todos los bienes del Estado, de un modo u otro, están afectos a fines públicos, pero no en la misma situación o sujetos a las mismas reglas. Según la naturaleza

(12) E. MOREU CARBONELL (2014:139).

(13) F. LÓPEZ RAMÓN (2011:20).

de la cosa, la categoría del servicio, el modo de afectación o de empleo, la demanialidad es diferente. Por lo que respecta a los bienes de dominio público, la afectación es tan intensa, que hace imposible la existencia de un vínculo de propiedad de la Administración con ellos. Siguiendo esta teoría, el dominio público se concibe como una forma de propiedad administrativa inalienable e imprescriptible, derivada de la afectación a un uso o servicio público.

No faltan tampoco opositores a esta teoría, que propugnan una elaboración iuspublicista del dominio público, no ceñida a conceptos propios de la parte general del Derecho, como sería la propiedad, entre ellos MORILLO-VELARDE que la critica por *«conformarse con remitir las peculiaridades del régimen demanial al cómodo expediente de las modulaciones o especialidades, sin comprender que ante lo que estamos es ante indicios de una institución diferente»* (14).

Desde estos planteamientos, no podría hablarse de propiedad sobre algo que es inalienable, imprescriptible e inembargable, la posición de la Administración sería más bien la de un administrador de los bienes públicos, por cuenta de la colectividad, en una figura equiparable a la potestad (15).

El reconocimiento de la propiedad de la Administración sobre sus bienes, tiene otra consecuencia trascendente, y es que supone el reconocimiento de todas las potestades inherentes a ese derecho, de forma separada a la demanialidad. Demanialidad y propiedad son conceptos diferentes. La demanialidad es un régimen determinado por la afectación, sometido a derecho público, que limitará, en determinados supuestos el régimen de propiedad, regulado en el derecho privado. La limitación del derecho de propiedad por la demanialidad debe estar debidamente justificada, evitando la «hipertrofia» de bienes demaniales (16). Es un error creer que todos los bienes que

(14) J.I. MORILLO-VELARDE, PÉREZ (1992: 34).

(15) E. MOREU CARBONELL (2014:142), considera que *«seguir discutiendo sobre la naturaleza jurídica del dominio público (si es o no una propiedad) oculta el verdadero objetivo que nos debería ocupar a los administrativistas, y es el de cómo se debe codificar un régimen jurídico de las cosas públicas, cuáles son sus límites y con qué técnicas cuentan las Administraciones públicas para defender las utilidades públicas que justifican dicha intervención, con independencia de su titularidad pública o privada, en un momento en el que las fronteras de lo público y lo privado están desapareciendo»*.

(16) E. MOREU CARBONELL (2003: 447), advierte que, en el Derecho contemporáneo de los bienes públicos existe, por un lado, una tendencia expansiva, *«que conduce a una propagación del régimen de la propiedad pública a bienes que muy difícilmente encajan en el molde tradicional, pero para los cuales resulta muy conveniente extender las potestades y exorbitancias clásicas»*, y, por otro lado, una tendencia restrictiva, *«que, sin discutir la necesidad de mantener los principios clásicos para ciertos bienes públicos, busca para los demás una atenuación o flexibilización que facilite su gestión y explotación sin sujeción a los rigores del régimen tradicional»*.

integran el dominio público están en la misma situación y sometidos a las mismas reglas, como puso de manifiesto Duguit al formular su teoría de la escala de demanialidad.

López Ramón amplía este concepto para referirse a la «*escala de publicidad de las cosas*», en la que el límite negativo sería el derecho de propiedad privada, y el límite positivo las utilidades públicas que prestan las cosas públicas (17). En aquellos bienes en los que la afectación es más intensa, como serían los bienes que expresamente reconoce el artículo 132 CE como demaniales, la posición de la Administración será la de un garante de ese dominio, más que la de un propietario, mientras que en las que esa afectación es menos intensa, la posición de la Administración se aproxima a la de un propietario particular, como veremos en el caso de la vivienda social, hasta llegar al punto inferior de la escala: los bienes patrimoniales, respecto a los cuales la relación que mantiene la Administración es común a la de cualquier otro propietario.

En la actualidad, según pone de manifiesto COLOM PIAZUELO, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 28 de octubre de 1981, «*el dominio público en nuestro ordenamiento jurídico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía*» (18).

3. Administración y adquisición de bienes patrimoniales

La disposición de los bienes patrimoniales, aun siendo res «*intra commercium*», está sometida a reglas de control específicas, dirigidas a la formación de la voluntad de la Administración. Así, la STC 166/1998, de 15 de julio (FJ 13) sobre recurso de inconstitucionalidad de determinados artículos de la Ley de Haciendas Locales, señala:

«los bienes patrimoniales de las Entidades locales no son res extra commercium sino objeto del tráfico privado, al igual que los bienes que integran el patrimonio de los particulares. Pues aun estando sujetos los actos de cesión o disposición por parte de la Entidad local a un estricto control mediante normas administrativas, son susceptibles de arrendamiento, enajenación, permuta y cesión gratuita (arts. 92 a 118 R.B.E.L.), así como de gravamen (art. 5 L.H.L.).

Esto es, los bienes patrimoniales pueden ser objeto de negocios jurídicos privados, previa tramitación de los expedientes que procedan conforme a la normativa patrimonial, y de esta circunstancia deriva una de las condiciones que tradicionalmente se ha destacado de este tipo de bienes: su utilidad fiscal,

(17) F. LÓPEZ RAMÓN (2011: 39-40).

(18) E. COLOM PIAZUELO (2015: 244).

como fuente de ingresos de la Administración, condición que igualmente es reconocida en la STC 166/1998, de 15 de julio (19).

En realidad, si nos planteamos la utilidad para la Administración de poseer este tipo de bienes, el único sentido es el apuntado: servir de fuente de ingresos, pues de su condición patrimonial deriva que no son necesarios para ningún uso o servicio público, lo que convierte a la Administración en un agente económico, con intervención en el mercado, que intenta rentabilizar sus bienes de la forma económicamente más ventajosa. De hecho, el artículo 8.1 b) LPAP, reconoce que la «eficacia y rentabilidad» en su explotación es uno de los principios a los que debe ajustarse la gestión y administración de estos bienes y derechos por las Administraciones públicas.

Esta consideración de la titularidad pública, desvinculada del interés general, lleva a plantearnos las causas que justifican que la Administración Pública pueda ser titular de este tipo de bienes, y las circunstancias que motivan su adquisición.

La primera de estas circunstancias es la de la desafectación, prevista cuando un bien o derecho demanial ha dejado de destinarse al uso general o al servicio público (20). Esa innecesariedad modifica su condición jurídica, y la transforma haciendo que resulte susceptible de disposición, y de servir de fuente de ingresos a la Administración.

Su vocación inicial no era esa, sino permanecer en el Patrimonio público demanial, pero una serie de circunstancias externas han determinado ese cambio. LÓPEZ RAMÓN (21) distingue entre la desafectación del demanio natural por desnaturalización, bien por el cambio de las características físicas del bien, bien por degradación, consistente en la reforma de la ley que estableció el

(19) STC 166/1998, FJ. 13: «...los bienes inmuebles patrimoniales o de propios de dichas Entidades están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular. Su valor en el mercado, en efecto, permite que las Entidades locales puedan recurrir al crédito incluso mediante la constitución de una garantía real (arts. 49 y 50.4 L.H.L.; lo que se confirma con el inciso final agregado al precepto cuestionado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre), bien proceder a su enajenación y obtener un ingreso extraordinario de Derecho privado, bien conservarlos como fuente de rentas para el erario de la Entidad. Con la particularidad de que éstas, como antes se ha dicho, si bien gozan de una especial protección legal en cuanto «recursos financieros» de la Hacienda local, incluida su inembargabilidad, en cambio no se benefician de un poder exorbitante de la Administración local para hacerlas efectivas, ya que ésta habrá de recurrir «a las normas y procedimientos del Derecho privado» (art. 4 L.H.L.).»

(20) Artículo 69 LPAP: «1. Los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público. 2. Salvo en los supuestos previstos en esta ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa.»

(21) F. LÓPEZ RAMÓN (2012:147).

género demanial; y la desafectación del demanio artificial, que parece exigir una decisión administrativa. Esta última puede estar motivada por circunstancias de lo más variado: de ordenación del territorio, como la construcción de un nuevo tramo de carretera, que deja en desuso el trazado inicial; o de cambio en los criterios de prestación de los servicios sociales, que deja en desuso edificios de grandes dimensiones, antiguos reformatorios u hospicios, sustituidos por formas integradas de asistencia en pisos tutelados; o edificios que quedan vacíos en zonas rurales por causa de la despoblación, como estaciones de tren, o casas-cuartel de la Guardia Civil (22).

Todos estos serían ejemplos de fincas desafectadas, que han adquirido naturaleza patrimonial, y, como tales son susceptibles de enajenación, si bien, con carácter general, el problema que se presenta a la Administración no es su venta, que sería una solución, sino lo problemática y costosa que resulta su gestión, muchas veces incompatible con el principio de «*eficiencia y economía*» que establece el artículo 8.1 a) LPAP.

La segunda circunstancia sería la de bienes que ya se incorporan al patrimonio de las Administraciones Públicas con la condición de bienes patrimoniales, básicamente aquéllos que recibe por disposición legal (23). Entre estos, nos centraremos en dos casos, por ser los más comunes: los adquiridos cuando no hay titulares conocidos, y los adquiridos por sucesión legal. La nota común a ambos es que normalmente estos bienes *per se*, no interesan a la Administración, pues no son necesarios para la prestación de servicios públicos, ni en muchos casos son susceptibles de un aprovechamiento rentable (24).

a) *Bienes patrimoniales adquiridos por ser vacantes*

El artículo 17 LPAP establece que pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. De entrada, la Administración, no tiene ningún interés en ser su titular. Existen factores, sobre todo

(22) La STS 1404/2011, de 16 de marzo (FJ 3), reproduciendo Sentencias de 6 de julio y 12 de noviembre de 2010, reconoce que la desafectación puede ser «*expresa, mediante acuerdo de la Administración, o tácita, deduciéndose de otros acuerdos o actos que claramente impliquen dicha expresión de voluntad, y en tal sentido debe tenerse en cuenta que como hemos dicho en múltiples sentencias (entre otras la de 14 de marzo de 2007 Rec. 10.114/2003) la desafectación tácita debe deducirse de hechos que por su evidencia la revelen*».

(23) El artículo 15.1 LPAP, de aplicación general establece, entre las formas de adquisición de bienes por las Administraciones Públicas, la atribución por Ley.

(24) La nota característica es que en estos casos la atribución legal es el título, supuesto distinto a aquellos en los que la norma reconoce que la Administración pueda incorporar bienes a su patrimonio a resultas de procedimientos administrativos, como es el caso de los bienes embargados por deudas tributarias, que se puede adjudicar la Administración si no se han vendido en un procedimiento de subasta, y resultan de utilidad para la Hacienda Pública, en los términos del artículo 109 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

sociológicos, como el desarraigo familiar o el abandono de los núcleos rurales, que justifican que, cada vez más, estén pasando a manos de la Administración bienes de este tipo, con los consiguientes problemas de gestión que de ello se derivan.

Señala Lacruz Mantecón que estos bienes, conocidos como vacantes ó «mostrencos», más que objeto de adquisición por la Administración, son objeto «de atribución, por cuanto le son atribuidos estos bienes a la misma sin que tenga que tomar apenas iniciativa alguna para adquirirlos, todo lo más tendrá que identificarlos como suyos o hacerse heredera de los mismos, o reclamarlos en el caso de que algún poseedor le usurpe su derecho (25).

Se plantea la cuestión de si el derecho a la atribución de estos bienes corresponde en exclusiva a la Administración General del Estado, o si las Comunidades Autónomas con derecho civil propio están legitimadas también para disponerla en su normativa patrimonial. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las Sentencias 40 y 41/2018, ambas de 26 de abril, la primera respecto a la atribución de los bienes vacantes a la Comunidad Foral de Navarra, y la segunda, respecto a la atribución a la Comunidad Autónoma de Aragón de los bienes sin propietario conocido en los procedimientos de concentración parcelaria. El Tribunal analiza si esta atribución constituye un ámbito material incardinable en la materia jurídico civil, como el que deriva de la regulación de las formas o modos jurídicos de adquisición de la propiedad, o ha de interpretarse que se trata de una dimensión jurídico pública, es decir, si ha de quedar adscrita al conjunto de facultades y prerrogativas que corresponden a las Administraciones públicas para la defensa y conservación de sus bienes patrimoniales (26).

En la STC 40/2018, se afirma (FJ 7):

«la concurrencia de conexión suficiente entre las figuras de los inmuebles vacantes y depósitos y saldos abandonados con los vacantes abintestatos, que no dejan de pertenecer a una misma clase o institución, que es la de los bienes abandonados y sin dueño conocido, que, paralelamente, se proyectan sobre un instituto propio del derecho civil foral navarro como son los «bienes» y, en particular, la propiedad y la posesión de las cosas regulados en la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra. Existe, por tanto, relación entre la atribución de los bienes mostrencos y el derecho propio de Navarra que legitima constitucionalmente su regulación por los preceptos impugnados, y que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en su derecho patrimonial».

(25) M.L. LACRUZ MANTECÓN (2012:12).

(26) AGOUES MENDIZÁBAL (2018:302).

De este modo, el TC reconoce la competencia del legislador autonómico foral en materia de atribución de los bienes vacantes (27).

b) *Bienes patrimoniales adquiridos por sucesión legal*

El Estado (28), y las Comunidades Autónomas con derecho civil propio (29), están llamadas a la sucesión legal a falta de otros herederos, esto es, cuando el causante no hubiera otorgado testamento, o este hubiera devenido ineficaz, y a falta de cónyuge y parientes en línea colateral hasta el cuarto grado. La aplicación de las normas autonómicas de sucesión depende de la vecindad civil del causante.

Tal y como señala LÓPEZ RAMÓN, los datos históricos permiten considerar que la atribución al Estado de los derechos sucesorios se produjo generalmente conforme al respectivo régimen foral de llamamientos, por lo que, constituidas las Comunidades Autónomas, era lógico que tales derechos terminaran siendo atribuidos a éstas en los diversos ordenamientos forales (30).

La disposición Adicional Segunda de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, modificó el régimen de sucesión legal del Código Civil estableciendo en el artículo 958 que la toma de posesión por el Estado de los bienes y derechos hereditarios, estará precedida de la «*declaración administrativa de heredero*», haciendo innecesario el trámite judicial para la declaración de herederos cuando está llamada a la sucesión legal una Administración Pública. De este modo, el proceso para la sucesión legal se agiliza de manera notable, asumiendo la Administración las anteriores diligencias judiciales sobre investigación de la situación familiar y patrimonial de los causantes, así como los trámites de publicidad de los procedimientos por si hubiera parientes con mejor derecho (31). La conclusión a estos procedimientos, ahora exclusivamente administrativos, es la incorporación de los bienes de los causantes al patrimonio público, con la naturaleza de bienes patrimoniales.

(27) En el FJ 7 de la STC 41/2018, se señala que las razones expuestas en la STC 40/2018, FJ 7, «*son en todo aplicables al presente caso. Por tanto, es forzoso concluir en la concurrencia de esa conexión suficiente entre la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma, prevista en los artículos 535 y 536 del código del Derecho foral de Aragón, con la atribución a la Comunidad Autónoma de la titularidad de los inmuebles o fincas de reemplazo a la que se refieren los preceptos que han sido aquí impugnados.*»

(28) Artículo 956 Código Civil.

(29) En Aragón, artículo 535 del Código de Derecho Foral.

(30) F. LÓPEZ RAMÓN (2012:118).

(31) El Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, se adaptó a la Ley 15/2015, por la Ley 2/2016, 28 enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, introduciendo los artículos 20 bis y 20 ter, donde se regula el procedimiento de declaración legal de herederos.

II. FORMAS DE USO DE LOS BIENES PÚBLICOS

Analizada la tipología básica de los bienes públicos, y como los bienes encajan en la categoría de demaniales o patrimoniales, procede introducir la cuestión esencial de como esos bienes se ponen a disposición de la sociedad, y se regula su uso.

1. Uso de bienes demaniales: concesión

La forma en que los ciudadanos pueden hacer uso de los bienes públicos, constituye, sin duda uno de los ejes del propio concepto de dominio público, como pone de manifiesto que, ya en Derecho romano, la «*res publicae*» y la «*res communes omnium*», se definían por estar destinadas al uso de todos (32). Las cosas destinadas al uso o servicio público, y, en particular el dominio público por naturaleza, podrán ser usadas por todos, es el denominado «*uso común o utilización colectiva*», que no excluye que, en determinadas circunstancias, y con determinados requisitos, pueda restringirse ese uso general, limitándolo a determinadas personas, mediante el denominado «*uso privativo*».

El uso privativo de bienes públicos debe considerarse excepcional. Si hemos señalado que la justificación de la demanialidad es la afectación de un bien a un uso o servicio público de interés general, su utilización en exclusiva por una determinada persona o empresa, representa una contradicción con esa utilidad general. La propia LPAP, en su artículo 6, al establecer los principios a los que debe ajustarse la gestión y administración de los bienes demaniales por las Administraciones Públicas se refiere expresamente, en su apartado d) a que se dará «*dedicación preferente al uso común frente a su uso privativo*».

En el uso privativo no debe verse tan sólo el interés del particular en utilizar una parte del dominio público, sino también el interés de la colectividad en la mejor explotación de los bienes públicos, y fundamentalmente como elemento de desarrollo económico y fomento. Así se ha puesto de manifiesto, sobre todo a partir de la crisis económica, con la limitación de medios de las Administraciones públicas para mantener determinadas instalaciones o equipamientos públicos, casos en los que la fórmula más idónea para garantizar su disposición por la sociedad ha sido la de acudir a formas de uso privadas, fundamentalmente la concesión.

En el concepto amplio de concesión se incluyen los actos de las Administraciones Públicas por los que se faculta a los particulares para la realización o gestión de determinado servicio público o se les atribuye el aprovechamiento específico y exclusivo de bienes de dominio público. A partir de esa dualidad,

(32) Vid. M. SERNA VALLEJO (2005: 969-971).

y siguiendo la doctrina del TS en Sentencia de 15 de enero de 2016, se entiende la concesión como «una institución jurídica compleja, susceptible de ser considerada como contrato y como derecho real ya que comprende dos modalidades: la de servicio público y la demanial» (33).

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, reconoce como contratos administrativos las concesiones de obras y las concesiones de servicios, mientras en su artículo 9.1 se excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público (34). Por su parte, la LPAP no define las concesiones, si bien a partir de los apartados 2 y 3 del artículo 86 podemos definirla como el título que habilita para efectuar un uso o aprovechamiento especial o privativo con instalaciones desmontables o bienes muebles por más de cuatro años, así como un uso privativo con obras o instalaciones fijas cualquiera que sea su plazo.

La concesión otorga verdaderos derechos subjetivos de carácter real (35) sobre las obras que haya construido el concesionario para el ejercicio de la actividad, y supone el reconocimiento de la situación *erga omnes* en que se encuentra el beneficiario, que tiene la posibilidad de perseguir su derecho frente a terceros y frente a la propia Administración, pero sin que quede alterada la propiedad demanial.

2. Uso de bienes patrimoniales: arrendamiento

La legislación regula también las formas de uso de los bienes patrimoniales, a partir de la consideración de que su principal condición es la de servir de fuente de ingresos a la Administración, conforme a lo cual, las formas de uso de los bienes patrimoniales están orientadas a obtener la máxima rentabilidad, a través de su explotación por particulares, y conforme a reglas de derecho privado.

El artículo 105 LPAP establece una doble condición para ello: que se trate de bienes que no estén destinados a ser enajenados y que sean susceptibles

(33) STS 18/2016, de 15 de enero (FJ 3).

(34) Sobre la naturaleza jurídica de las autorizaciones y concesiones administrativas vid: F. LÓPEZ RAMÓN (2012: 154-159).

(35) Artículo 97 LPAP: 1. *El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.* 2. *Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario».*

de aprovechamiento rentable. De ahí, cabe deducir que el legislador establece cómo condición preferente la conservación del bien en el patrimonio de la Administración, priorizando su rentabilidad económica, y sólo si esto no resulta conveniente, se podrá plantear su venta (36). Se trata de una muestra más de la voluntad del legislador de mantener los bienes en el patrimonio de las Administraciones Públicas, incluso de los que no resultan necesarios para el uso o servicio público, porque, en ese caso, serán susceptibles de explotación económica.

Un problema frecuente en la práctica es que aquellos bienes patrimoniales recibidos por disposición legal, e incluso los que han sido desafectados, son pocas veces susceptibles de aprovechamiento rentable, y, como se ha apuntado antes, la venta es con frecuencia la mejor solución para los problemas de gestión que suponen.

En cualquier caso, el planteamiento de la LPAP (37) tiene doble lectura: por un lado, expresa un acercamiento a posturas más mercantilistas de la gestión patrimonial, equiparables a las que pudieran hacerse desde planteamientos estrictamente privados de administración, pero, por otro lado, no termina de completarse esa apertura a formas más eficientes y ágiles de gestión, que, cómo veremos más adelante, son las que intentan abrirse paso en la gestión actual de los bienes públicos.

En cuanto a las formas de explotación, podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico, según prevé el artículo 106 LPAP. No obstante esta referencia genérica, la forma habitual de explotación, será el contrato de arrendamiento. En este caso, la Administración entrega el bien público, susceptible de aprovechamiento rentable, a un tercero, para su uso y disfrute, exclusivo, durante un tiempo determinado, a cambio del pago de unas

(36) En este sentido, resultan válidas para todas las Administraciones Públicas las consideraciones del TSJ Madrid, en Sentencia de 14 de mayo de 2019 (FJ 7), sobre venta de viviendas por parte del Instituto de la Vivienda de Madrid, en relación con el artículo 49 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, cuando señala: *«Ha de entenderse, pues, en recta interpretación del precepto legal autonómico citado que la forma primaria de explotación de los bienes patrimoniales de la Comunidad de Madrid es la obtención del rendimiento propio de los mismos conservándolos dentro de su propio patrimonio y que es, por el contrario, subsidiaria, por suponer una merma de su patrimonio que dificulta el cumplimiento de sus fines, la enajenación de los mismos para obtener de ellos un mero rendimiento económico».*

(37) A.M. GARCÍA-MONCÓ (2004: 199), al plantearse si el objetivo básico de las normas que regulan la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas es allegar fondos para la financiación pública o la ordenada gestión de su patrimonio, considera que la LPAP consolida una comprensión del Patrimonio del Estado que lo conceptúa *«tanto como instrumento financiero al afectarse sus recursos al gasto público en general, como instrumento de gestión de los bienes y derechos comprendidos en el mismo».*

rentas, «que se ingresarán en el Tesoro Público con aplicación a los pertinentes conceptos del presupuesto de ingresos» (artículo 108 LPAP).

En la LPAP, encontramos dos condiciones para el caso de que el arrendador sea la Administración Pública:

- 1) El plazo de duración del contrato, no podrá exceder de 20 años, incluidas las prórrogas (artículo 106.3 LPAP). Esta limitación temporal, no impide que puedan formalizarse sucesivos contratos de arrendamiento sobre un mismo bien. No obstante, cada uno de ellos requerirá la tramitación del oportuno procedimiento. Esta limitación temporal se entiende en el sentido de que el mismo usuario o arrendatario no podrá disfrutar del uso del bien público más de ese tiempo, pero no que, transcurridos 20 años, el bien tenga que ser enajenado, pues esto sería contradictorio con el principio de explotación económica de los bienes patrimoniales que se ha expuesto.
- 2) Su adjudicación se realizará con sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia, y sólo excepcionalmente se admitirá la adjudicación directa (artículo 107 LPAP). En cuanto al contenido del contrato, se someterá a las reglas de derecho privado.

Una vez que se han visto, de forma general, las características esenciales de los bienes de titularidad de la Administración, nos centraremos, para el objeto del presente trabajo, en el análisis de una determinada categoría: la vivienda, para ver las razones que determinan la conveniencia de que las Administraciones Públicas tengan en propiedad viviendas; cual es la forma de su uso, y su calificación jurídica.

III. CONCEPTO DE VIVIENDA SOCIAL: ANÁLISIS HISTÓRICO, COMPETENCIAS Y PARQUES DE VIVIENDA SOCIAL

Necesariamente el punto de partida para aproximarnos al concepto de vivienda social, debe ser el artículo 47 CE, que establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, encomendando a los poderes públicos la promoción de las condiciones necesarias y el establecimiento de las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, y previendo que la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

El derecho a la vivienda se define como un derecho social de carácter prestacional, esto es, exige una acción por parte del Estado para su cumplimiento, como el derecho a la educación, a la protección de la salud, al trabajo, a la seguridad social, a diferencia de los derechos de libertad que

requieren básicamente una actitud de abstención por parte del Estado (38). No está configurado constitucionalmente como un derecho fundamental, al no estar recogido entre los artículos 14 a 38 de la CE.

Sostiene LÓPEZ RAMÓN que existe en el ordenamiento español un derecho subjetivo de acceso a la vivienda como elemento propio del derecho subjetivo a la vivienda reconocido en el artículo 47 de la Constitución y desarrollado en el artículo 4.a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, además de en algunos Estatutos y legislación de las Comunidades Autónomas, advirtiendo carencias de envergadura en el ordenamiento español, pues en ningún momento ha tratado de conectarse la proclamación del derecho con la completa intervención pública sobre la vivienda, lo que le lleva a concluir que *«ante la manifiesta pasividad o insuficiencia del legislador, que se limita a realizar proclamas posiblemente con la esperanza de que cumplan un papel meramente propagandístico, los jueces y tribunales, a raíz de las necesidades manifestadas en los casos que se les vayan sometiendo, habrán de emprender la tarea del reconocimiento del derecho humano a la vivienda»* (39).

El planteamiento de la vivienda como una necesidad social en la que el Estado debe intervenir no es reciente, y así, podemos ver los diferentes conceptos que históricamente se han venido utilizando:

- 1) *Casas Baratas*, reguladas en la *Ley de 12 de junio de 1911*, fruto de los primeros momentos de la revolución industrial, cuyo artículo 2 las definía como *«las construidas ó que se intenten construir por los particulares ó colectividades para alojamiento exclusivo de cuantos perciben emolumentos modestos como remuneración do trabajo...»*.
- 2) *Viviendas Protegidas*, reguladas en la *Ley de 19 de abril de 1939* (40), que las define como *«las que, estando incluidas en los planes generales*

(38) Sobre la vivienda como derecho de prestación, *vid.* G. ESCOBAR ROCA y B. GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2012: 1307-1330).

(39) F. LÓPEZ RAMÓN (2014:85).

(40) La Exposición de Motivos de esta Ley señalaba: *«Facilitar vivienda higiénica y alegre a las clases humildes es una exigencia de justicia social que el Estado Nacional Sindicalista ha de satisfacer. La Legislación hasta hoy vigente de Casas Baratas, se inspiraba en el criterio de fomentar las iniciativas particulares diluyendo los esfuerzos y dando lugar, como ha demostrado la experiencia, a que se constituyeran Cooperativas de construcción, que tenían, en la mayoría de los casos, como móvil principal, la realización de un negocio, olvidando su fin social, con grave daño para la Obra misma; de esta manera, el Estado gastó cuantiosas sumas en construcciones que no respondían a las necesidades para que fueron concebidas, porque, normalmente, se confundía el concepto de casa de construcción barata con el de casa mal terminada y en la que se empleaban materiales defectuosos. El nuevo Estado ha de hacer imponible esta actuación; va a dar facilidades para que determinadas entidades, aquellas que pueden concentrar más esfuerzos y están más interesadas en la solución de este problema (Corporaciones provinciales y locales, Sindicatos, Organizaciones del Movimiento), puedan encontrar el capital preciso para acometer en gran escala la construcción de viviendas, que tendrán la calificación de «viviendas protegidas».*

formulados por el Instituto Nacional de la Vivienda, se construyan con arreglo a proyectos que hubiesen sido oficialmente aprobados por éste, por reunir las condiciones higiénicas, técnicas y económicas determinadas en las Ordenanzas comarcales que se dictarán al efecto». En esta Ley se crea el Instituto Nacional de la Vivienda.

- 3) *Viviendas de Renta Limitada*, reguladas en la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954, las define como «*las que, estando incluidas en los planes generales formulados al efecto, se construyan con arreglo al anteproyecto aprobado por el Instituto Nacional de la Vivienda por reunir las condiciones que se señalen en el Reglamento o en las Ordenanzas que se dicten para ello*». Según sus previsiones, la Ley 84/1961, de 23 de diciembre, aprobó el Plan Nacional de la Vivienda para el periodo 1961-1976, que incrementó el número de viviendas, pero la mayoría de ellas eran libres, y no de promoción oficial, de modo que no se benefició a las familias con bajos ingresos.
- 4) *Viviendas de Protección Oficial*, concepto introducido en el Decreto 2131/1963, de 24 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Legislación sobre Viviendas de Protección Oficial, cuyo artículo 2 las define como «*las que dentro de un Plan Nacional de la Vivienda y de los programas de actuación se construyan con arreglo a proyecto que el Instituto Nacional de la Vivienda apruebe por reunir las condiciones que se señalen en el Reglamento y Ordenanzas*».
- 5) *Vivienda Social*, concepto introducido por el Real Decreto-Ley 12/1976, de 30 de julio, con el objetivo de sustituir a las del grupo segundo de protección oficial, a que se refería la Ley de 24 de julio de 1963 (41). Esta norma parte de la consideración de que en una situación normal no debe ser el propio Estado constructor de viviendas, por lo que su objeto es utilizar al máximo la capacidad de acción de la iniciativa privada en la construcción de viviendas sociales, para poder, en un plazo no superior a tres años, desarrollar una acción excepcional que permita cubrir las necesidades que entonces había, pero no consiguió los objetivos previstos, principalmente por el difícil contexto económico y la complicada tramitación administrativa, que generó el recelo de los promotores tradicionales. Como señala Villar Ezcurra (42): «*.. aunque tendían a obtener un sistema más justo en la adjudicación de las viviendas (al articular un control, más o menos efectivo, acerca de las*

(41) La vivienda social se define en el artículo 1 del Real Decreto 2278/1976, a partir de su superficie, máxima de 96 m², la sujeción a normas de diseño calidad, aprobadas por el Ministerio de la Vivienda, y por su precio, no superior al módulo por vivienda que fija también el Ministerio.

(42) J.L. VILLAR EZCURRA (1980: 357).

calidades subjetivas del beneficiario de las mismas), el mecanismo se vio desbordado por el exceso de solicitudes presentadas y por su propia complejidad (para lo cual no estaban suficientemente adaptadas las organizaciones administrativas competentes).

El sector inmobiliario creció de manera considerable durante el *boom* económico de los años sesenta, pudiendo destacarse el déficit cualitativo de viviendas que se generó: por un lado, había un número importante de viviendas acabadas y no vendidas, y, por otro, las familias de rentas bajas y media, carecían de la solvencia necesaria para afrontar la compra de vivienda.

En este contexto, se aprueba el *Real Decreto-Ley 31/1978 de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial* desarrollado por el *Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre*, vigentes hasta la fecha, de modo que representan la normativa estatal sustantiva en lo referente a vivienda.

El artículo 1 del Real Decreto 3148/1978, define de este modo la vivienda de protección oficial:

«Se entenderá por vivienda de protección oficial la que, destinada a domicilio habitual y permanente, tenga una superficie útil máxima de noventa metros cuadrados, cumpla los requisitos establecidos en el presente Real Decreto y en las disposiciones que lo desarrollen, y sea calificada como tal por el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, o por otros Entes públicos territoriales a los que se atribuya esta competencia».

Se pueden señalar como datos positivos de esta normativa que unificó el concepto de vivienda de protección oficial, favoreciendo la simplificación de los trámites administrativos, y la regulación independiente de la ayuda económica personal.

Finalmente, la Constitución de 1978 recogió en el artículo 47 la imposición a los poderes públicos de la obligación de articular las prestaciones administrativas que proporcionen a los ciudadanos las condiciones para hacer efectivo su derecho a una vivienda digna. En cuanto a la identificación de cuales sean esos poderes públicos, debemos remitirnos a la distribución territorial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y al artículo 148. 1 3º CE, que incluye, entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, las de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», competencias que efectivamente han asumido como exclusivas en sus respectivos Estatutos (43). Pero el Estado no ha dejado de tener intervención en

(43) En el caso de Aragón, el artículo 27 EA establece: *Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma promoverán, de forma efectiva, el ejercicio del derecho a una vivienda digna, facilitando el acceso a ésta en régimen de propiedad o alquiler, mediante la utilización racional del suelo y la promoción de vivienda pública y protegida, prestando especial atención a los jóvenes y colectivos más necesitados».*

materia de vivienda, como resulta de la STC 152/1988, a partir de un recurso del Gobierno Vasco contra el Real Decreto 3.280/1983, de 14 de diciembre, sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, en la que se reconoce que la competencia en materia de vivienda está limitada por las competencias estatales en economía (44).

El mercado de la vivienda está directamente relacionado con la política económica que el Estado desarrolla, y, con esa legitimación, interviene en componentes decisivos de la política de vivienda, como son la regulación del suelo, la regulación del alquiler, la financiación estatal, el tratamiento fiscal y las ayudas directas mediante el fomento de las Viviendas de Protección Oficial.

De este modo, tanto las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de vivienda, como el Estado, competente en materia económica, adoptan medidas para facilitar el acceso a la vivienda, medidas que, en lo que afecta a este trabajo, dividiremos en dos grandes grupos:

- 1) Aquellas que tienen como presupuesto que el inmueble se mantendrá de titularidad privada, facilitando vías de financiación para su adquisición, controlando su precio máximo, o favoreciendo que los propietarios alquilen sus viviendas, a través del desarrollo de la legislación específica en materia de vivienda protegida, a la que nos hemos referido. Estas medidas, que llevan implícita la propiedad privada de los inmuebles, quedan fuera del ámbito de este trabajo.
- 2) Aquellas que adoptan las Administraciones Públicas poniendo a disposición del mercado de vivienda bienes de su propiedad, bienes integrados en su patrimonio, que son en las que nos detendremos en los siguientes párrafos.

(44) STC 152/1988, FJ 2: después de reconocer que «es indiscutible que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta la titularidad de la competencia en materia de vivienda», señala que, «... a pesar de que el art. 10 del EAPV califica como «exclusiva» aquella competencia autonómica en materia de vivienda, el propio Gobierno Vasco reconoce que la misma se halla limitada por las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases de la ordenación del crédito. En efecto, tanto el art. 149 de la Constitución como los Estatutos de Autonomía dejan a salvo las facultades de dirección general de la economía y, por tanto, de cada uno de los sectores productivos, que han de quedar en poder de los órganos centrales del Estado. En consecuencia, dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector. Este razonamiento es también aplicable al sector de la vivienda, y en particular, dentro del mismo, a la actividad promocional, dada su muy estrecha relación con la política económica general...».

Esta forma de intervención está menos extendida que las medidas de intervención en el mercado privado, pero es una realidad que las Administraciones Públicas disponen de un parque de viviendas de titularidad pública, para el ejercicio de su política de vivienda, parte del cual procede de los patrimonios públicos de suelo, obtenidos por las Administraciones urbanísticas actuantes, normalmente los Ayuntamientos, en las actuaciones de transformación urbanística, con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, y cuyo destino es la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, sin perjuicio de que puedan ser destinados también a otros usos de interés social, en los términos establecidos en los artículos 51 y 52 del *Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana* (45).

La posibilidad de que las Administraciones Públicas dispongan, en propiedad, de viviendas para el cumplimiento de sus políticas en esa materia, está reconocida desde el artículo 2 del *Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial*, que dispone:

«Podrán ser promotores de viviendas de protección oficial las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro».

La misma previsión se contiene en el artículo 7 del *Real Decreto 3148/1978, de 10 de octubre*, añadiendo que *«La promoción pública será siempre sin ánimo de lucro»*. Este Real Decreto dedica su Capítulo Tercero a la *«Promoción pública de viviendas de protección oficial»* identificándola, en su artículo 38, con la efectuada sin ánimo de lucro por el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y por aquellos Entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales. Asimismo, encomienda la promoción pública al Instituto Nacional de la Vivienda, que podrá hacerlo a través de los siguientes medios:

- a) Directamente, asumiendo la gestión completa de la promoción, financiando en su totalidad la ejecución de las obras, y asumiendo también la supervisión y la aprobación de los proyectos de construcción, así

(45) En Aragón, el artículo 105.2 del *Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón*, establece que los terrenos integrantes de los patrimonios públicos de suelo deberán destinarse, de conformidad con lo establecido en el instrumento de planeamiento y dentro del marco de la normativa básica estatal, a la construcción o rehabilitación de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública; a la protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural y a otras actuaciones declaradas de interés social vinculadas a la propia gestión urbanística.

como la vigilancia e inspección respecto de la ejecución de las obras y la recepción final de las mismas (artículo 41).

- b) Mediante convenios con los Entes públicos territoriales, directamente o por medio de Patronatos o Sociedades constituidas al efecto, con Empresas mixtas con participación mayoritaria de Entes públicos, y con otras Entidades de carácter público para cuya celebración podrá convocar concursos previos de selección (artículos 43 y 44).
- c) Adquiriendo viviendas edificadas por terceros, en fase de proyecto, de construcción o terminadas, siempre que cumplan las condiciones de superficie, diseño y calidad exigidas para las viviendas de protección oficial... Las viviendas así adquiridas tendrán la consideración de viviendas de protección oficial de promoción pública (artículo 42).
- d) Mediante expropiación forzosa, respecto a promociones que llevarán implícita la declaración de utilidad pública, incluidas en planes destinados a operaciones de eliminación del chabolismo y de la infra-vivienda, y a la construcción de viviendas derivadas de operaciones de remodelación inmobiliaria de grupos de viviendas promovida por el Instituto Nacional de la Vivienda, la Administración del Patrimonio Social Urbano y otros Entes públicos (artículos 39 y 46).

De este modo, a través de esas vías, y, desde el año 1978, está previsto en nuestra legislación que el Estado adquiera la propiedad de viviendas, tomando un protagonismo directo en la gestión de su función social.

Las competencias del Instituto Nacional de la Vivienda fueron asumidas por el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, en virtud del *Real Decreto Ley 12/1980, de 26 de septiembre, para impulsar las actuaciones del Estado en materia de viviendas y suelo* (46). Conforme a su Disposición Final Primera, todo el patrimonio que pertenecía al Instituto Nacional de la Vivienda, fue traspasado al nuevo Instituto, que, en consecuencia, asumió el dominio de las viviendas públicas de protección oficial.

A su vez, el Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, fue suprimido por la Disposición Adicional Segunda del *Real Decreto 1654/1985, de 3 de julio, por el que se determina la estructura orgánica básica del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y se suprimen determinados Organismos autó-*

(46) Artículo 5 RDL 12/1980: «El Instituto Nacional de la Vivienda, la Administración del Patrimonio Social Urbano y el Instituto Nacional de Urbanización se integrarán en un solo Organismo autónomo del Estado de carácter comercial y financiero adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, con la denominación de Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, que, asumiendo todas las facultades y atribuciones que actualmente ostentan los Organismos que en él se integran, tendrá como finalidad llevar a cabo la promoción de todo tipo de actuaciones en materia de vivienda que correspondan al Estado...».

nomos del referido Departamento, previendo, su Disposición Adicional Tercera, que el Estado quedaría subrogado en todos sus derechos y obligaciones, de tal manera que las viviendas que hubieran pertenecido a los extintos Instituto Nacional de la Vivienda e Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, quedarían integradas en el Patrimonio del Estado.

Esta integración debe ser matizada por el proceso de transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas, que determinó que las promociones públicas de viviendas se hubieran traspasado previamente a las Administraciones que han asumido las competencias exclusivas en materia de vivienda. En el caso de Aragón, antes de la supresión del Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda, el *Real Decreto 699/1984, de 8 de febrero*, dispuso el *traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de patrimonio arquitectónico, control de la calidad de la edificación y vivienda.*

El apartado E) del Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias que se aprueba en ese Real Decreto, relativo bienes y derechos, establece que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Aragón:

«La titularidad, con todos sus derechos y obligaciones sobre las viviendas, locales comerciales y edificaciones complementarias de propiedad del IPPV, sitos en el territorio de la Comunidad Autónoma» (47).

Si bien el parque de viviendas procedente del Estado, sigue siendo el núcleo fundamental de esa parte del patrimonio autonómico, pues la promoción pública se ha visto considerablemente reducida por razones económicas, lo cierto es que el interés de la Administración en poseer viviendas propias para el ejercicio de sus políticas en esta materia, se mantiene, y así, el artículo 1 de la *Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida de Aragón* reconoce expresamente que la programación pública de vivienda tiene por objeto ampliar y diversificar el parque público de vivienda, encomendando, en su artículo 16, a la Administración de la Comunidad Autónoma, a las entidades locales y sus organismos públicos la promoción de viviendas directamente, ya sea ejecutando directamente la construcción, adquiriendo viviendas de nueva construcción o usadas o rehabilitando viviendas.

Estas previsiones culminan con la *Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del*

(47) La relación de los bienes y derechos traspasados figura en Anexo a ese Real Decreto, debiendo destacarse, que sólo en el Polígono Actur-Puente de Santiago de Zaragoza, se traspasaron más de 1.400 viviendas, que quedaron integradas en el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo artículo 28 prevé la creación de un Parque Público de Vivienda Social de Aragón, que comprenderá las viviendas de las entidades del sector público aragonés, incluido el sector público local, y las viviendas cedidas a cualquier Administración Pública aragonesa por las entidades financieras, las sociedades inmobiliarias bajo su control, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., las personas o entidades que operan en el sector inmobiliario, o por otras personas físicas o jurídicas, afectadas a este fin.

Pero no sólo apunta la necesidad de que haya un parque público de vivienda social la legislación autonómica, sino que también el Estado, en el *Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021*, reconoce, entre los objetivos de ese Plan: «Contribuir al incremento del parque de vivienda en alquiler o en régimen de cesión en uso, tanto público como privado, con determinación de una renta o precio de cesión en uso máximo, durante el plazo mínimo de 25 años».

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VIVIENDA SOCIAL PÚBLICA

Una vez que hemos visto que, conforme a la legislación en materia de vivienda, está previsto que las Administraciones Públicas sean promotoras de vivienda protegida, que serán bienes que quedarán integrados en su patrimonio, se trata de analizar, conforme a la clásica distinción entre bienes demaniales y patrimoniales, cuál sería la categoría a la que pertenecerían.

La primera cuestión que debe advertirse es que, ni en la legislación general del patrimonio de las Administraciones Públicas, ni en la sectorial de vivienda, se hace ninguna calificación en ese sentido. La Disposición Adicional Decimonovena LPAP (48), referida exclusivamente a bienes del Estado, se limita a establecer el carácter supletorio de la normativa de patrimonio, y cuál será

(48) Disposición Adicional Decimonovena LPAP: «Las viviendas y, en general, los bienes inmuebles de titularidad estatal que hubieran formado parte del patrimonio del extinguido Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda y de la Comisión Liquidadora de Regiones Devastadas, así como las que en cumplimiento de los programas anuales de promoción pública de viviendas sean construidas por el Estado, continuarán rigiéndose por sus normas específicas y, supletoriamente, por esta ley. En particular, corresponderán a la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo, con sujeción a las citadas normas, las facultades de gestión y disposición de dichos bienes, incluyendo las de enajenar, arrendar, establecer y cancelar hipotecas y otras cargas sobre los mismos y, en general, todas aquellas que correspondieran al extinguido Instituto para la Promoción de la Vivienda, a excepción de la percepción de ingresos, que se regirá por las mismas normas que son de aplicación a los restantes ingresos del Estado».

el órgano estatal competente para su gestión y administración, pero no alude a si las viviendas tendrán la consideración de dominio público o privado. De este modo, para analizar si su naturaleza es de bienes demaniales o patrimoniales, tomaremos en consideración sus notas características, para ver qué categoría les correspondería, conforme a la definición de una y otra que se ha realizado anteriormente.

Ya hemos visto que el artículo 5 LPAP, define los bienes demaniales a partir de su afectación al uso general o al servicio público, o cuando una ley les otorgue expresamente ese carácter. En el caso de la vivienda social pública, debemos descartar, desde el inicio, que pudieran ser demaniales por disposición legal, pues la normativa sectorial no les otorga tal condición, y no las califica. La demanialidad derivaría, pues, siguiendo el literal del citado artículo 5, de su afectación al uso general o al servicio público.

El análisis de si la vivienda social pública está afecta al uso general, lo haremos partiendo de las notas características respecto al uso general, esto es, las de concurrencia, que la utilización de cada individuo sea compatible con la de los demás; la generalidad, que está atribuido a la sociedad en su conjunto: la igualdad, tanto respecto a la Administración titular, que no puede realizar discriminaciones en el uso, como respecto a los ciudadanos, que no pueden limitar el uso a los demás; y finalmente la gratuidad.

Teniendo en cuenta que el destino de estos bienes es servir de residencia habitual a los que puedan ser sus usuarios, ninguna de esas notas características del uso general se daría en el caso de la vivienda, si acaso, sólo en el aspecto de que la Administración no puede hacer discriminaciones en su uso, en el sentido de que todos los que reúnan determinados requisitos podrán acceder, en igualdad de condiciones, al uso de una vivienda social pública, pero esto resulta insuficiente para determinar, como criterio único, la naturaleza demanial.

Debe descartarse también la condición de servicio público que pudiera tener la vivienda social, pues las obligaciones que derivan para las Administraciones Públicas del artículo 47 CE se centran en la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna, pero no en la configuración de ese derecho como un servicio público que deba prestar la Administración, ni directa ni indirectamente.

De lo anterior resulta que la vivienda social pública no se ajusta al concepto de bien demanial que establece el artículo 5 LPAP, (49) pero sí que advertimos determinadas notas que lo aproximarían a él. En concreto, las siguientes:

(49) El TS reconoce la naturaleza demanial de una determinada clase de viviendas propiedad de la A.G.E: las asignadas a los servicios penitenciarios para que sean utilizados como viviendas del personal funcionario y laboral (STS 356/2019, de 30 de enero, FJ.5).

1) En primer lugar, si analizamos las razones por las que las Administraciones Públicas poseen este patrimonio, veremos que la previsión de la promoción pública de vivienda, se hace en el marco de las *«numerosas medidas destinadas a hacer frente a la difícil situación de las familias y hogares como consecuencia de los efectos de la crisis económica y financiera, entre las que caben destacar la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales en el caso de colectivos especialmente vulnerables, la apuesta por un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de las deudas con garantía hipotecaria y el establecimiento de mecanismos de alquiler en favor de las personas inmersas en una ejecución hipotecaria con el fin de evitar el lanzamiento» (Plan Estatal de Vivienda 2018-2021) (50).*

En la legislación que prevé que haya viviendas sociales públicas reconocemos razones de interés general y social, que justifican que los poderes públicos intervengan en la política de vivienda, entre otras formas, siendo titulares de patrimonio. Por ello, y aun cuando la vivienda social pública no encajase en la descripción de los bienes demaniales del artículo 5 LPAP, sí que puede afirmarse que las viviendas pertenecen a la Administración Pública por una razón de interés público, y, en esto, coincidirían, en su fundamento, con las razones que motivan la propia existencia de bienes demaniales.

2) También podemos ver notas de aproximación a la naturaleza demanial, en la regulación de las expropiaciones para alcanzar los objetivos sociales de las viviendas públicas.

El artículo 46 del *Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda (51)*, establece:

«Las promociones incluidas en los planes y programas, a que se refiere el artículo 39, llevarán implícita la declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa, conforme a lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa».

(50) En Aragón, la *Ley 10/2016, de 1 de diciembre*, en la que se prevé la creación del Parque Público de Vivienda Social de Aragón, parte de la siguiente consideración: *«La delicada situación de emergencia social que atraviesa una parte importante de la sociedad aragonesa ha derivado en la consecuente disminución de los ingresos de las familias, impidiendo la satisfacción de las necesidades de vivienda o generando dificultades para afrontar otros gastos necesarios, lo que ha conducido a estas personas a una situación de precariedad e imposibilidad de vivir con dignidad y una mínima calidad de vida».*

(51) En Aragón, el artículo 5.5 de la *Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida*, establece: *«La Administración de la Comunidad Autónoma o los Municipios podrán expropiar los terrenos destinados por el planeamiento a la construcción de viviendas protegidas cuando su titular incumpla los plazos establecidos en el planeamiento para edificarlas o, en su defecto, el de dos años desde que la parcela correspondiente adquiera la condición de solar».*

Cuando las Administraciones Públicas, ya sea la estatal, ya la autonómica, ejerciten esos derechos de expropiación, los bienes que adquieran para su patrimonio tendrán naturaleza de demaniales, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 24 LPAP que establece, respecto a bienes adquiridos en ejercicio de esta potestad, que en esos casos la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación.

La naturaleza demanial implícita de los bienes expropiados, es confirmada por el apartado 3 de ese mismo artículo, que se refiere a la posibilidad de instar su reversión en caso de desafectación, lo que supone reconocer que previamente el bien ha tenido naturaleza demanial, y, no habiendo otra previsión legal en contrario, este régimen jurídico es el que debe regir también para las expropiaciones justificadas por el cumplimiento de la política de vivienda protegida, que se incorporarán al patrimonio público con ese carácter o condición.

Según lo anterior, los terrenos expropiados e incorporados al patrimonio de las Administraciones para construir vivienda protegida, tienen naturaleza demanial, condición que, en principio, y salvo desafectación expresa, se extendería también a lo construido en ellos. En este sentido, respecto a lo construido sobre terrenos demaniales, COLOM PIAZUELO, afirma (52) que «... el titular del bien demanial lo es también del vuelo... Partiendo de que el vuelo es un elemento más integrado dentro del bien inmueble de dominio público, el vuelo tendrá naturaleza demanial».

Lo que nos lleva a concluir que las viviendas de protección oficial públicas construidas sobre terrenos de titularidad pública, por expropiación, serán demaniales.

3) Por último, si nos detenemos en el literal del artículo 24.2 LPAP, advertimos que recoge un concepto más amplio de bien demanial que el artículo 5 LPAP.

En efecto, ese artículo reconoce, implícita en la expropiación, no sólo la afectación del bien o derecho al uso general, o al servicio público, cómo hace el artículo 5, sino que añade, entre las causas que justifican la afectación, y consiguientemente la demanialidad, la de que esos bienes estén destinados a «fines y funciones de carácter público».

Esto es, según el artículo 24.2 LPAP puede haber bienes afectos por otras razones, además de servir al el uso general o al servicio público, puede haber bienes afectos para ser destinados a «fines y funciones de carácter público», concepto jurídico indeterminado, pero en el que no vemos inconveniente en incluir a las viviendas sociales públicas, pues, la razón de su titularidad pública

(52) E. COLOM PIAZUELO (2015:261).

se justifica por un fin y función de carácter público, como es la intervención directa de la Administración Pública en la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a una vivienda digna, según predica el artículo 47 CE.

Si, salvo por lo que respecta a aquellas expropiadas o construidas en terrenos adquiridos por expropiación, no es posible afirmar con rotundidad la naturaleza demanial de las viviendas sociales públicas, sino por indicios que nos aproximarían a esa categoría, tendremos que ver si su naturaleza jurídica encaja en la de los bienes patrimoniales, conforme se han definido anteriormente

Los bienes patrimoniales se caracterizan porque no están afectos a ningún uso o servicio público, y no están protegidos por las notas inalienabilidad e imprescriptibilidad, que caracterizan a los demaniales, siendo «*res intra commercium*», con un régimen jurídico equiparable al que los particulares tienen sobre sus bienes y derechos.

La principal virtualidad de estos bienes, según hemos ya señalado, es servir de fuente de ingresos a las Administraciones Públicas (53). El objetivo del rendimiento económico condiciona también su uso, pues si un bien patrimonial no resulta susceptible de aprovechamiento rentable, no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación, debe procederse a su enajenación.

La titularidad pública sobre la vivienda social, y su disponibilidad, no tienen, en absoluto, ese objetivo. A la Administración no le interesa obtener un rendimiento económico de esos bienes, sino la consecución de los fines de interés general que faciliten el acceso a la vivienda de las clases sociales más desfavorecidas.

Debe reconocerse que comparten con los bienes patrimoniales la posibilidad de ser objeto de negocios jurídicos privados, normalmente la enajenación o el arrendamiento, si bien la causa de esos negocios difiere sustancialmente de la propia de la explotación de los bienes patrimoniales, pues no es la obtención de un lucro o rendimiento económico, como expresamente recoge el artículo 7 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de octubre: «*La promoción pública será siempre sin ánimo de lucro*».

Al no alcanzar resultados concluyentes sobre la naturaleza jurídica de las viviendas sociales públicas, revisaremos sus formas de uso, para ver si son propias de los bienes demaniales, o de los patrimoniales.

(53) STC 166/1998 (FJ 13): «*..los bienes inmuebles patrimoniales o de propios de dichas Entidades están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular...*».

V. USO Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA VIVIENDA PÚBLICA

Respecto al uso de la vivienda pública, no se plantean dudas respecto a que su uso es el propio de los bienes patrimoniales, según se deduce de la propia normativa en materia de vivienda, y, en concreto, el arrendamiento y la propiedad, según prevé el artículo 50 del Real Decreto 3148/1978 (54).

Las viviendas de promoción pública de las Administraciones se ponen a disposición de los ciudadanos a través de las formas típicas del derecho privado, circunstancia que nos lleva a advertir el indicio de que estos bienes pudieran tener la naturaleza de bienes patrimoniales, pues su uso es el propio de esta categoría, toda vez que no está prevista en la legislación que, sobre bienes de naturaleza demanial, puedan formalizarse, ni contratos de arrendamiento, ni precarios, ni mucho menos plantear su enajenación, como nos recuerda el artículo 132 CE.

En este punto, se evidencia la dicotomía sobre este tipo de bienes: las razones que justifican su pertenencia a la Administración Pública son claramente de interés público o general, como lo son las razones que justifican que la Administración sea titular de bienes demaniales, pero su uso es el propio de los bienes patrimoniales, pues su existencia se motiva por su obligada entrega a particulares, mediante negocios jurídicos privados, fundamentalmente el arrendamiento (55).

Esta dicotomía pone de manifiesto que lo que denominamos «*vivienda social pública*», no encaja, ni en la categoría de bienes demaniales, ni en la categoría de bienes patrimoniales, se trata de una categoría que comparte aspectos de ambas: demanial por el objeto, patrimonial por el uso. En este

(54) En Aragón, el artículo 16 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, establece: «Las viviendas de promoción pública podrán cederse en propiedad, en arrendamiento, en precario o en modalidades de ocupación que permitan el acceso diferido a la propiedad y habrán de ser destinadas en cualquier caso a domicilio habitual y permanente del adjudicatario. La adjudicación en régimen de arrendamiento o de acceso diferido a la propiedad son las modalidades preferentes para las familias que no puedan acreditar ingresos suficientes para adquirir una vivienda de promoción pública en régimen de propiedad. La adjudicación en precario sólo tendrá lugar excepcionalmente en circunstancias debidamente justificadas. Podrán también cederse en derecho de superficie cuando tal haya sido el régimen de cesión del suelo para la ejecución de la promoción».

(55) El arrendamiento de viviendas por parte de la Administración en ejercicio de sus políticas sociales debe diferenciarse del arrendamiento que realizan los particulares, en el sentido que señala el TS en Sentencia de 22 de noviembre de 2017: «no es jurídicamente irrelevante para el arrendatario que el titular de la vivienda sea una Administración Pública sometida al mandato de los artículos 9.2 CE y 47 CE que el titular de la misma sea una entidad privada que tiene como finalidad la obtención de beneficios en una sociedad de mercado», considerando el Tribunal que «el régimen público de la vivienda arrendada conlleva una ventaja o beneficio para la esfera de intereses del arrendatario».

sentido resulta muy revelador, como se ha apuntado antes que, a pesar de la profusa legislación en materia de vivienda, en el ámbito estatal y en el autonómico, ninguna norma califica la condición que tendrán esos bienes, aunque se reconoce que serán bienes de la Administración.

Esto no ocurre con otras propiedades administrativas especiales, objeto de regulación en leyes sectoriales, así podemos poner como ejemplos la demanialidad de las carreteras, reconocida en el artículo 29 de la *Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de Carreteras*; la del dominio público forestal, reconocida en el artículo 12 de la *Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*; la del dominio público hidráulico, definido en el artículo 2 del *Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas*.

No existen pronunciamientos de este tipo en la normativa de vivienda, y, del silencio del legislador en este punto, podemos deducir las dificultades de encajar esta categoría. Por un lado, si el legislado hubiera optado por calificar a las viviendas sociales públicas como bienes patrimoniales, se hubiera limitado la facultad de intervención de la Administración en este ámbito, por ejemplo, restringiendo su potestad expropiatoria, justificada por un fin público de uso o servicio público, que no se apreciaría si esta prerrogativa se usara para incorporar bienes patrimoniales al inventario de bienes de las Administraciones. Por otro lado, si las calificara de demaniales, la forma de uso prácticamente quedaría limitada a la concesión, fórmula jurídica cuya complejidad no resulta idónea para la finalidad pretendida, y que tiene una vocación de permanencia en el tiempo, que no es adecuada para la agilidad que requieren estos usos, esencialmente temporales, mientras dure la necesidad social concreta.

Estas pueden ser algunas de las razones por las que el legislador ha evitado pronunciarse, previendo las formas más lógicas de uso conforme a lo que se espera de la intervención de la Administración en esta materia: por un lado que facilite el acceso a una vivienda digna, incluso ejerciendo la potestad expropiatoria si fuera preciso; y por otro lado, que gestione este patrimonio cómo si se tratara de un particular, poniendo los bienes en el mercado, mediante arrendamiento, o, incluso, mediante su venta, sin necesidad de previa desafectación.

En realidad, lo que se pone de manifiesto con estas consideraciones es una evolución del Patrimonio de las Administraciones Públicas, hacia un concepto social del mismo, consecuente con el reconocimiento que se hace actualmente en la CE de un «Estado Social». La CE recoge entre sus principios rectores de la política social y económica, el derecho a la vivienda, entendido como derecho social en sentido estricto, que supone «la asunción por el poder público de un deber de proporcionar vivienda a quienes no pueden obtenerla

en el mercado» (56). Para la consecución de este objetivo, el Estado pone en marcha todo su potencial: su capacidad normativa; su capacidad de gestión; y también su patrimonio, previendo la incorporación al mismo de viviendas, a través de las fórmulas de promoción pública y de expropiación, para ponerlas a disposición de la ciudadanía.

Cómo señala GARCÍA CALVENTE (57): «El derecho a una vivienda digna no debe confundirse con el derecho de propiedad del artículo 33 CE, por lo que no se agota en facilitar el acceso a una vivienda en propiedad, sino que la protección alcanza también el uso y disfrute, con independencia del título jurídico que los fundamente».

En este sentido, el patrimonio público de vivienda es un instrumento más de protección por parte de la Administración del derecho a una vivienda digna, en el que la condición de demanial o patrimonial del bien sería irrelevante, puesto que, tenga una u otra calificación, el propio sentido de su existencia es que sea usada, de forma privativa, por aquellos que la necesiten para su residencia habitual.

VI. MODIFICACIONES EN EL CONCEPTO DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Hemos llegado a la conclusión que, para determinada categoría de bienes, en concreto, la vivienda social pública, resulta irrelevante su categorización como bien demanial o patrimonial, pues lo verdaderamente trascendente es que la Administración esté en condiciones de ponerlos a disposición de los ciudadanos, con independencia de su calificación, que el propio legislador omite.

La intervención pública en materia de vivienda la hemos enmarcado dentro del Estado social reconocido en la Constitución, que implica una intervención pública para la consecución de una igualdad real, y un papel estatal activo de configuración social, pero este Estado social estaría en crisis, según advierte Parejo Alfonso a partir del proceso de crítica deslegitimadora, al que se encuentra sujeta la Administración desde los años setenta, que repercute sobre lo público en general y el Estado social en particular (58). Esa crisis no apuntaría tanto a un cuestionamiento frontal del Estado social —con el objetivo último de su desaparición— «cuanto más bien a su transformación, en función de las

(56) F. LÓPEZ RAMÓN (2014: p. 70).

(57) Y. GARCÍA CALVENTE (2014: p. 30).

(58) L. PAREJO ALFONSO (2000: 230), pone de manifiesto que: «En la gestión de los asuntos públicos bajo programa legislativo-administrativo se recurre cada vez con más frecuencia, como única salida aparente a la supuesta «inidoneidad» de la organización y gestión administrativas para adaptarse a las nuevas exigencias de economicidad, eficiencia y eficacia, a fórmulas del mundo privado o del mercado bajo las soluciones organizativas más diversas».

necesidades actuales de redefinición de las relaciones Estado-sociedad y con manifestaciones tanto en cuanto al ámbito o la extensión de lo público como en cuanto al papel de las funciones de los poderes públicos, y especial incidencia desde luego en el modelo establecido de «ejecución administrativa» (59).

El Estado administrativo se estaría adaptando a nuevas formas de relación con la sociedad, cuestión a la que no puede resultar ajena la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas, pues el sentido de la propia existencia de los bienes públicos es su utilidad a la sociedad, ya sea atribuyendo a las Administraciones una forma especial de propiedad, ya sea entendiendo que es la propia sociedad la titular de los bienes públicos, y la posición de la Administración la de un administrador, por cuenta de la colectividad, en una figura equiparable a la potestad.

En este marco de adaptación del patrimonio público a las nuevas exigencias del Estado, para cuyo análisis hemos tomado como botón de muestra la vivienda social, se pueden advertir, generalizando esa experiencia, otros cambios en el modelo de gestión:

1) El primero de los cambios que advertimos se refiere a la transmisión de bienes demaniales. Una de las características, constitucionalmente reconocida, de estos bienes es la de su inalienabilidad, que, como señala Sáinz Moreno (60), garantiza la vinculación del bien con la función pública a la que se encuentra afectado, pero *«no implica la indisponibilidad absoluta del bien; sólo lo excluye del tráfico jurídico privado. La inalienabilidad es compatible con ciertos actos de disposición realizados por los cauces del Derecho público, tales como mutaciones demaniales, adscripciones, cesiones, permutas, sucesiones, concesiones, autorizaciones y algunas servidumbres».*

De hecho, cada vez es más común en las relaciones patrimoniales entre Administraciones Públicas la figura de la denominada *«mutación demanial externa»*, conforme a la cual es posible declarar el cambio de destino de un determinado bien demanial, y, si el nuevo destino estuviera atribuido a una Administración Pública distinta, el bien se puede transmitir, en pleno dominio, entre ellas, sin perjuicio de su naturaleza demanial. Este supuesto no está expresamente reconocido en la LPAP (61), pero sí en Leyes de Patrimonio

(59) L. PAREJO ALFONSO (2000: 247).

(60) F. SAINZ MORENO (1999:507).

(61) El artículo 71.4 LPAP reconoce la posibilidad de que bienes y derechos demaniales de la A.G.E. y sus organismos públicos puedan afectarse a otras Administraciones públicas para destinarlos a un determinado uso o servicio público de su competencia, pero esa mutación *«no alterará la titularidad de los bienes ni su carácter demanial»*. En cambio, el artículo 88 del TRLPA, admite que la mutación conlleve la cesión de titularidad del bien o derecho de dominio público a otra Administración pública, y, en el mismo sentido, el artículo 177.3 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón se refiere a *«mutaciones*

autonómicas, como es el caso del *Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón (TRLPA)*, en su artículo 88.

La agilidad que permite este procedimiento en el tráfico interadministrativo de bienes, al evitar la tramitación de ficticios procedimientos de desafectación, para reconocer naturaleza patrimonial al bien que se va a transmitir, y el consiguiente procedimiento de afectación en la Administración que lo recibe, generaliza una excepción a la regla general de que la propiedad de los bienes demaniales no puede ser objeto de transmisión y los aproxima a los patrimoniales (62).

Otro ejemplo de excepción a esa regla general lo encontramos en el proceso de transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas en el desarrollo del Estado autonómico. Los sucesivos traspasos de competencias llevan implícitos la transferencia de los bienes afectos a los servicios traspasados, en cuya titularidad se subrogan las Comunidades Autónomas con la condición de bienes demaniales, siendo la certificación acreditativa de la inclusión de un bien en esa transferencia, título suficiente para practicar la inscripción registral a favor de la Comunidad Autónoma, tal y como se recoge, en el caso de Aragón, en la Disposición Transitoria Segunda de su Estatuto.

2) En otro sentido, también podemos ver que, si tradicionalmente se ha considerado que los bienes patrimoniales son los que no están afectos a ningún uso o servicio público, el Tribunal Constitucional ha categorizado los bienes patrimoniales materialmente afectos a un servicio público o una función pública, a partir de la doctrina establecida en la STC 166/1998, de 15 de julio.

El objeto de la Sentencia es determinar si es posible el embargo de bienes patrimoniales de una Entidad Local para responder de sus deudas, y, sobre esto, en su FJ 13, se afirma:

«...no está constitucionalmente justificado el excluir que los bienes pertenecientes al patrimonio de las Entidades locales, siempre que no estén materialmente

demaniales consistentes en un cambio del sujeto o del destino de los bienes de dominio público sin que pierdan su naturaleza jurídica».

(62) M. FRANCH I SAGUER (1996: 422) plantea, a partir del caso francés, que la posibilidad de realizar mutaciones demaniales con cambio de titular constituye un ejemplo de la existencia de numerosas dudas de compatibilidad entre el régimen demanial y la propiedad, considerando que *«El artículo L 35 del Code du Domaine Public admite la mutación bajo el nombre de “transfert de gestión”. La Administración Pública, primera titular del dominio público, según afirma el documento del Consejo de Estado, es la propietaria del inmueble, aunque sea un derecho totalmente teórico, ya que dicha Administración no tiene la potestad de provocar una desafectación porque el bien se encuentra incorporado a otro dominio público que no es el suyo».*

afectados a un servicio público o una función pública, respondan de las obligaciones contraídas por la Corporación local con los particulares y, en concreto, de las declaradas en una Sentencia judicial. Pues en otro caso quedaría desvirtuada una de las finalidades esenciales del patrimonio de un sujeto y, correlativamente, afectado el tráfico privado en el que ha participado la Corporación al contraer la deuda pecuniaria en posición de paridad con un particular».

De este modo, el TC introduce un nuevo concepto el de «bienes patrimoniales materialmente afectados a un servicio público o a una función pública», que se ha incorporado al derecho positivo en la LPAP (63), de modo que se reconoce que la nota de inembargabilidad, predicada en el artículo 132 CE para los bienes demaniales también resulta aplicable, en los casos de afectación material, a los bienes patrimoniales.

VII. NUEVOS MODELOS DE GESTIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

De lo expuesto, se pone de manifiesto que hay circunstancias que en la práctica están alterando la configuración tradicional del patrimonio público, a partir de su separación en demaniales y patrimoniales: por un lado, la afirmación de que los bienes demaniales no pueden ver alterada su titularidad se relativiza, y lo mismo ocurre respecto a que los patrimoniales no puedan estar afectos a servicios públicos, afirmación clásica cuestionada por el propio Tribunal Constitucional. A ello se une el caso expuesto de la vivienda social, reflejo de que hay determinadas categorías de bienes a las que el legislador no atribuye, ni una ni otra calificación.

Se trata de indicios, sin duda significativos, de un nuevo modelo de gestión patrimonial, que, en su momento deberá tener plasmarse en cambios legislativos, a plantear a partir de una difuminación de las diferencias entre bienes demaniales y patrimoniales, reconocida en la STC 166/1998, antes citada, cuyo FJ 11 apunta lo siguiente:

«Respecto a la distinción anterior, ciertamente se ha dicho que, pese a su raigambre histórica, quizás sólo posea en la actualidad un cierto carácter mítico. Pues con independencia de que las diferentes categorías de bienes que van incorporándose al dominio público en el siglo XIX ... inevitablemente provocaron una

(63) Artículo 30.3 LPAP: «Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».

falta de homogeneidad de la noción, el hecho es que el Estado liberal, al reducir las funciones de la Administración, motivó que los bienes afectos a éstas tuvieran una protección reforzada, estableciendo su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Mientras que en la actualidad las Administraciones Públicas intervienen ampliamente en las relaciones económicas y sociales, directamente o a través de distintos Entes, públicos y privados, bien dependientes de ellas o en los que sólo tienen una participación económica».

También la doctrina apunta en este sentido, y así MOREU CARBONELL, propone la reconstrucción de las tesis sobre el dominio público, tomando como uno de sus pilares: «... la superación de confusas e injustificadas diferencias entre unos bienes de dominio público y otros patrimoniales, lo cual pasaría por unificar el régimen jurídico de los bienes de titularidad de la Administración pública, pero sobre todo por redefinir cuál debe ser la finalidad y el régimen jurídico de la propiedad pública no afectada, así como, en último extremo, la propia aceptación de una titularidad de bienes públicos que no se encuentre materialmente afectada a alguna finalidad pública» (64).

Otro de los aspectos que deben destacarse en la revisión de los parámetros tradicionales de la gestión del patrimonio público, es lo que FERNÁNDEZ SCAGLIUSI define como la «valorización» de los bienes públicos, que supone la toma de conciencia de su valor, y la necesidad de racionalizar y rentabilizar su gestión, al servicio del interés general (65).

Se plantea que el uso de los bienes demaniales debiera aproximarse a formas de uso y gestión privadas, reservadas en principio a los bienes patrimoniales, como ocurre en el caso de la vivienda social. Frente al régimen de hiperprotección derivado de la demanialidad de los bienes, prevalece cada vez más su aspecto de «utilidad patrimonial», tanto para facilitar el acceso de los ciudadanos a su uso, como para que constituya una forma de generar y obtener ingresos para la Administración.

Esta teoría de la valorización se puede criticar, como hace MOREU CARBONELL (66), porque en su afán por hacer compatible el mantenimiento del uso público (de la afectación) de los bienes, con su aprovechamiento lucrativo, no se dice como conseguir ese equilibrio, difícil de alcanzar cuando las Administraciones públicas necesitan obtener recursos a cortísimo plazo, hasta el punto de que, según señala: «puede tener como consecuencia no deseada la desaparición de bienes de un valor excepcional, no solo económico, y una tentación de enriquecimiento inmediato que resulta ser un mal negocio a medio y largo plazo».

(64) E. MOREU CARBONELL (2003: 448).

(65) M.A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (2015: p. 95).

(66) E. MOREU CARBONELL (2014: pp.143-144).

Y no le falta razón, si vemos cuestionables operaciones inmobiliarias cuyo objeto han sido, precisamente, viviendas sociales, entre las que destaca el caso del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), que procedió en 2014 a la enajenación de 2.935 viviendas en régimen de alquiler, y alquiler con opción a compra, por 211 millones de euros a una Gestora de Inversiones (67). Esta operación fue anulada por Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo n^o 29 de Madrid de 21 de mayo de 2018, contra la que se interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Madrid, desestimado en Sentencia de 14 de mayo de 2019, y posteriormente recurrido en casación ante el Tribunal Supremo, que ha inadmitido el recurso en Auto de 29 de noviembre de 2019.

En la Sentencia se reconoce que la decisión de enajenar corresponde a la Administración y constituye una decisión política, justificada adecuadamente en la Memoria que obra en el expediente, haciendo referencia a la necesidad de una mejor gestión del patrimonio del IVIMA y a la consecución del objetivo de estabilidad presupuestaria; pero además debe justificarse por qué las viviendas enajenadas no son necesarias. Y desde esta perspectiva añade que una cosa es la existencia de una motivación escueta y, otra distinta, que la misma sea inexistente en relación con lo que ha de justificarse (pues para ello no resulta suficiente afirmar que en el futuro no se contempla el uso de las viviendas, que la venta es conveniente para la adecuada gestión del IVIMA y que lo obtenido de la venta se va a destinar a financiar diversas inversiones que no se concretan). Y a todo lo anterior no resulta ajeno el carácter social de las viviendas —fines del IVIMA— sobre el que tienen incidencia la enajenación proyectada.

Pero no ha sido ese el único ejemplo, podemos referirnos también a otros procesos de «mercantilización» del patrimonio público, sin siquiera plantear la innecesariedad de lo enajenado pues se va a mantener su uso público, como ha ocurrido con la venta, también en 2014 de 70 edificios propiedad de la Junta de Andalucía, entre ellos los servicios centrales de la Administración andaluza por un total de 320 millones de euros para continuar haciendo uso de ellos en régimen de arrendamiento durante por 20 años (68). Es claro que, transcurrido ese plazo, las condiciones respecto al uso de esos edificios pueden variar en función de los criterios propios del sector privado, los cuales determinarán el uso de edificios que por su destino debieran haber seguido

(67) Resolución de la Dirección Gerencia del IVIMA de 29 de agosto de 2013.

(68) Ver *Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 17 de junio de 2014, por la que se acuerda la enajenación directa y simultáneo arrendamiento de los inmuebles relacionados en el Anexo I y se aprueba el clausulado de los contratos de compraventa y arrendamiento* [B.O.J.A. n^o 118 de 20/6/2014].

manteniendo su condición de bienes demaniales, con la especial protección que ello les confiere (69).

El patrimonio público tiene que ser útil a la sociedad, y estar al servicio del interés general, motivación de su propia existencia. El cumplimiento de este objetivo, respetando la demanialidad, debe hacer posible que, ejerciendo las potestades de propietario, la Administración pueda utilizar formas jurídico-privadas de rentabilización o revalorización del patrimonio público, así constituir servidumbres, derechos de superficie, o derechos de arrendamiento, como ocurre en el caso de la vivienda social pública, matizando, de este modo, los efectos de la inalienabilidad.

Lo que, desde luego, debe rechazarse son las operaciones patrimoniales ficticias en las que, o no se justifica la necesidad de vender un bien, o se simula una desafectación inexistente de bienes públicos para justificar su venta, como se ha evidenciado en los casos antes citados del IVIMA y de la Junta de Andalucía.

Las nuevas formas de gestión de los bienes públicos deben respetar la demanialidad de los bienes y las razones que motivan su especial protección, pues de otro modo, lo que se está haciendo es desvirtuar el concepto de desafectación y perjudicar gravemente lo que es de todos. La obtención de ingresos a partir del patrimonio público tiene que fundamentarse en la venta de bienes patrimoniales, respecto a los que se haya podido acreditar, de forma suficientemente motivada, que resultan innecesarios para la Administración, y no son susceptibles de aprovechamiento rentable.

Si debe evitarse pretender una rentabilidad mercantilista de la venta de bienes que mantienen las circunstancias que justifican su propia titularidad pública, debe, en cambio, favorecerse la venta de aquellos bienes que, o nunca ha necesitado la Administración, o, por circunstancias sobrevenidas, han dejado de ser necesarios para la prestación de usos o servicios públicos, pues, respecto a ellos se corre un riesgo importante de que se conviertan en una carga para la Administración, tanto económica, por el coste de su mantenimiento, como social, por los riesgos que acarrearán de ocupaciones irregulares y todo tipo de actos vandálicos.

Es cada vez más frecuente que las Administraciones Públicas tengan que gestionar bienes en desuso, que han devenido innecesarios (70), o bienes

(69) También en Cataluña se han realizado operaciones de este tipo, ver Anuncio del Departamento de Economía y Conocimiento, para la enajenación de 5 inmuebles, por 87 millones de euros en primera subasta, con obligación de arrendamiento con la Generalitat en 3 de ellos [B.O.G.C nº 6473 de 4/10/2013].

(70) Podemos citar el caso del Ayuntamiento de Zaragoza que en 2017 elaboró un inventario de 51 locales y edificios administrativos que se encontraban vacíos y sin uso, cuya superficie total era de 62.240 metros cuadrados.

vacantes, advirtiéndose factores, sobre todo sociológicos, como el desarraigo familiar o el abandono de los núcleos rurales, que justifican que, cada vez más, estén pasando a manos de la Administración bienes de este tipo, sin necesidad de ninguna iniciativa por su parte.

Hemos visto que las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, como es el caso de Aragón, están llamadas a la sucesión legal de los ciudadanos que tengan su vecindad civil, y, por esta vía, se incorporan bienes de estas características a su patrimonio. En cuanto a los bienes vacantes, se reconoce en la STC 40/2018, de 26 de abril, que podrán ser asumidos por las Comunidades Autónomas con derecho foral propio, si bien en Aragón está pendiente la modificación legislativa, y siguen atribuyéndose al Estado conforme al artículo 18 LPAP.

Sean del Estado, de las Comunidades Autónomas, o de los Ayuntamientos, los problemas de gestión de estos bienes son comunes con los bienes desafectados sin destino, y giran en torno a cómo administrar un patrimonio en desuso y/o sin utilidad para la Administración, que con frecuencia es fuente de problemas. Respecto a ellos, el interés general pasa por reconocer su vocación de temporalidad en el patrimonio público, y, si no es posible asignarles un uso, promover procedimientos ágiles que faciliten su enajenación para aliviar la carga financiera y social de su mantenimiento, al mismo tiempo que permita su configuración como fuente de ingresos (71), especialmente conveniente en el marco de crisis financiera actual de las Administraciones públicas.

Al plantearnos la agilización y simplificación de los procedimientos de enajenación como objetivos de la disposición de estos bienes patrimoniales, advertimos que esos principios ya aparecen recogidos en normativa reguladora de venta de bienes por la Administración. En concreto, y, por lo que respecta a bienes embargados, esos objetivos constan en la Exposición de Motivos del *Real Decreto 1071/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio* (72).

(71) En Aragón, se realizan de forma periódica subastas públicas para la enajenación de bienes adquiridos por sucesión legal, en las que se ha puesto de manifiesto que determinados bienes, fundamentalmente fincas rústicas de pequeño tamaño y viviendas en núcleos rurales, carecen de interés en el mercado, y constan en sucesivos procesos de este tipo (ver *Anuncios de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización en B.O.A de 21/10/2013; 30/9/2014; 17/6/2016 y 23/1/2018*).

(72) En su Exposición de Motivos, se recoge expresamente que: «*Se modifica el régimen jurídico de enajenación de los bienes embargados, en particular, el procedimiento de subasta, para adaptarlo a los principios emanados del informe elaborado por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) con el objetivo de la agilización y simplificación de dichos procedimientos así como la potenciación de los medios electrónicos*».

Esta norma introduce importantes novedades en ese procedimiento, entre las que podemos citar que se potencian los medios electrónicos; se incorpora una reducción del importe del depósito exigido para la participación en la subasta, con el objeto de favorecer la concurrencia; el anuncio de subasta se sustituye por el anuncio en los términos propios del Portal de Subastas del Boletín Oficial del Estado; se posibilita que en el mismo procedimiento de subasta se dé cabida a la ejecución de bienes de diversas Administraciones Públicas; se reestructuran los preceptos reguladores de la subasta dedicándose tres artículos a los licitadores (que solo participarán en la subasta por medios electrónicos), y la mesa de la subasta (desapareciendo las posturas presenciales).

Estas medidas se consideran especialmente idóneas si pretendemos facilitar la venta de bienes que son innecesarios, por lo que se plantea que los procedimientos de enajenación regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas se podrían modificar inspirados en la reforma del Reglamento General de Recaudación, buscando la mayor eficacia y eficiencia en la gestión, y, sobre todo, procedimientos ágiles que eviten situaciones de degradación de los bienes.

VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, se ha tratado de poner de manifiesto como las premisas de la actual legislación patrimonial están siendo superadas por consideraciones, doctrinales y jurisprudenciales, que propugnan flexibilidad en los rígidos conceptos de esa legislación, y una nueva orientación hacia conceptos de eficacia y eficiencia en la gestión, dirigidos al interés general, que es el que justifica la titularidad pública de patrimonio.

Por un lado, se relativiza la distinción entre bienes demaniales y patrimoniales, los primeros pueden ser objeto de transmisión a través de procedimientos como las mutaciones, y los segundos pueden estar materialmente afectos a usos o servicios públicos, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, y hay categorías de bienes, como es el caso de la vivienda social, que comparten las notas de ambas, sin que la legislación las incluya en ninguna de ellas.

Se introducen nuevos conceptos, como el de *valorización* del patrimonio, que llevan a admitir matizaciones en un concepto restrictivo de demanialidad, pero que no deben desvirtuar la esencia misma de ese concepto, y las razones que justifican la especial protección de los bienes sobre los que recae.

En el ámbito de la gestión patrimonial, la Administración, por un lado, es propietaria de bienes, normalmente adquiridos por disposición legal, que no son necesarios para sus servicios, y cuyo mantenimiento constituye una carga. Por otro lado, tiene bienes, útiles para sus servicios públicos, que tam-

bién pueden servirle de financiación. Los procesos de venta de los bienes del primer grupo interesa que sean ágiles y eficientes, proponiéndose seguir el modelo del Reglamento General de Recaudación para los bienes embargados. Respecto al segundo grupo, bienes demaniales, o bienes en los que concurren intereses sociales, como es el caso de la vivienda, sólo puede plantearse su venta previa desafectación y acreditación de que no son susceptibles de aprovechamiento rentable, consideraciones ambas en las que debe exigirse el mayor rigor, a la vista de experiencias recientes, en concreto, procesos de enajenación que, desde el punto de vista de los ingresos que han generado, podrían calificarse de éxito, pues despiertan el interés de los inversores por la garantía de que la Administración, o los inquilinos, mantendrán su uso, y pagarán una renta por ello, pero es evidente que se desvirtúa todo el proceso de protección de los bienes públicos, llevando a manos privadas la gestión de aquellos que debieran seguir siendo demaniales, con unas consecuencias negativas para el patrimonio público que, sin ninguna duda, se pondrán de manifiesto en los próximos años.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AGOUEÉS MENDIZABAL, Carmen (2018): «La competencia sobre la atribución por Ley de bienes vacantes: a propósito de las SSTC 40/2018 y 41/2018», en esta REVISTA, n^o 52, pp. 299-337.
- COLOM PIAZUELO, Eloy (2015): «El objeto del dominio público: su necesaria determinación para una adecuada gestión de los patrimonios públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2014, pp. 241-272.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Beatriz (2012): «El derecho a la vivienda», en G. Escobar Roca (Director), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2.388 pp.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^o Ángeles (2015): «El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización», INAP, 367 pp.
- FRANCH I SAGUER, Marta (1996): «Imbricación del dominio público y privado», *Revista de Administración Pública*, n^o 139, pp. 419-443.
- GARCÍA CALVENTE, Yolanda (2014): «Innovaciones sociales en materia de vivienda y Economía Social: reflexiones desde el Derecho Financiero y Tributario», *Revista Vasca de Economía Social*, n.º 11, pp. 25-57.
- GARCÍA-MONCÓ, Alfonso M. (2004): «A propósito del régimen jurídico-financiero del patrimonio de las Administraciones Públicas», en J.F. Mestre (Director), «*El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*», El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 193-222.

- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. (2012): «*Bienes sin dueño: mostrencos y abintestatos en la nueva Ley de Patrimonio aragonesa (Ley de Aragón 5/2011, de 10 de marzo)*», en esta REVISTA, núms. 39-40, pp. 11-47.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2014): «El derecho subjetivo a la vivienda», *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 102, pp. 49-91.
- (2011): «Teoría Jurídica de las cosas públicas», *Revista de Administración Pública*, Madrid, septiembre-diciembre, pp. 9-51.
- (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, 317 pp.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo (2004): «Ámbito objetivo de regulación y extensión del dominio público. Alcance de la ejecución judicial de los caudales públicos», en J.F. Mestre (Director), «*El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas*», El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 123-139
- MOREU CARBONELL, Elisa (2003): «Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 161, pp. 435-474.
- (2014): «El debate actual sobre el concepto y la naturaleza del dominio público», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, nº 19, pp. 133-154.
- MORILLO-VELARDE, PÉREZ, José Ignacio (1992): *Dominio Público*, Editorial Trivium, 156 pp.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2000): «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, nº 53, pp. 217-249.
- (1983): «Dominio Público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *Revista de Administración Pública*, nº 100-102, pp. 2379-2422.
- SAINZ MORENO, Fernando (1999): «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la Fundación de la “Revista de Administración Pública”», *Revista de Administración Pública*, nº 150, pp. 477-514.
- SERNA VALLEJO, Margarita (2005): «Los Bienes públicos. Formación de su Régimen Jurídico», *Anuario de historia del derecho español*, nº 75, pp. 967-1012.
- VILLAR EZCURRA, José Luis (1980): «Nuevas orientaciones en el régimen de protección pública a la vivienda», *Revista de Administración Pública*, nº 91, pp. 343-427.

DEFICIENCIAS E INCOHERENCIAS EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONFLICTO DE INTERÉS POR LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (*) (**)

JAVIER MIRANZO DÍAZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA UNA CORRECTA APROXIMACIÓN.– III. ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONFLICTOS DE INTERÉS.– IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS.– V. LAS CONSECUENCIAS DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS: 1. La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. 2. El perjuicio real y cierto y la relación causal.– VI. EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY 9/2017.– VII. LAS CARENCIAS ESTRUCTURALES DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EN LA LEY 9/2017: 1. Limitaciones subjetivas. 2. Limitaciones objetivas. 3. La obligación de excluir.– VIII. ¿SIGUEN SIENDO LOS ESTADOS MIEMBROS LOS DESTINATARIOS DE LA DISCRECIONALIDAD QUE ATRIBUYEN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN POTESTATIVAS?– IX. CONCLUSIONES: LAS DIFERENCIAS DE APROXIMACIÓN COMO ORIGEN DE LAS INCOHERENCIAS.– X. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Ley 9/2017 tiene como uno de sus fines principales el asegurar un entorno normativo íntegro para el desarrollo de las políticas de contratación. Esto, que se manifiesta en el preámbulo de la norma y que se puede apreciar en diferentes novedades regulatorias a lo largo de su articulado, tiene sin embargo su principal baluarte en el artículo 64 y la regulación, por primera vez de manera específica en la normativa de compra pública en nuestro país, del conflicto de interés. Sin embargo, la

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 10 de junio de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 28 de agosto de 2019.

(**) El presente estudio ha sido elaborado en el contexto del Proyecto de Investigación «Administración electrónica, transparencia y contratación pública: Hacia una auténtica innovación de la Administración Pública en Castilla-La Mancha» (Ref. SBPLY/17/180501/000248), concedido en el marco de la convocatoria de ayudas para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

transposición que el legislador español hace de la normativa europea en la materia que representa la Directiva 2014/24 muestra determinadas deficiencias e incongruencias que tienen importantes implicaciones. Partiendo de un análisis del conflicto de interés como fenómeno y de los pilares de su regulación comunitaria, el presente artículo pone en evidencia que la norma nacional se basa en una aproximación errónea al fenómeno que reproduce, ajena a los principios y fines que inspiran el derecho europeo, un sistema regulatorio del conflicto de interés con escasos desarrollos con respecto a la normativa previa, que relega al la entidad adjudicadora a una posición pasiva en la lucha contra la corrupción y desvirtúa la estrategia comunitaria al respecto.

Palabras clave: contratación pública; Derecho de la Unión Europea; conflictos de interés; integridad.

ABSTRACT: The 9/2917 Public procurement Act sets as one of its main targets the creation of an ethical environment for the development of the public purchasing strategy. Even though this is made clear from the very beginning of the text and can be appreciated at different point throughout the wording of the rule, this objective has its mainly exemplified in article 64 and the regulation of conflicts of interest for the first time in a public procurement norm in Spain. However, the transposition with regard to this subject of Directive 2014/24 carried out by the Spanish legislator shows certain shortcomings and incongruencies that have significant consequences. On the basis of a preliminary analysis of conflicts of interest as a phenomenon and the foundations of its EU regulation, this article evidences that the national norm undertakes a misguided approach to the phenomenon that reproduces, disregarding the principles and objectives that inspire the EU law in the field, a regulatory structure on conflicts of interests that presents poor developments compared to the previous norm and relegates contracting authorities to a passive position in the fight against corruption, undermining the effectiveness of the EU procurement Directives.

Key words: public procurement; European Union Law; conflicts of interest; integrity.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos ser conscientes, tanto sociedad como gestores, de que la corrupción no es un fenómeno extraño que afecta únicamente a personas sin escrúpulos dedicadas a hacer el mal de la forma más pueril. La corrupción sobrevuela la realidad y puede afectar a cualquier procedimiento o contrato en mayor o menor grado, ya que no se trata de una realidad taxativa y sus límites —es decir, lo que la diferencia del resto de irregularidades— no son de apreciación evidente.

La corrupción siempre ha existido y, por lo que la historia, la práctica y la ciencia nos dicen, es probable que siempre exista (1). El nuevo derecho de los

(1) J. MIRANZO DÍAZ (2018b).

contratos públicos debe dirigirse hacia un estudio individualizado y realista de la corrupción, entendiendo y comprendiendo los factores, las fallas, deficiencias y elementos que pueden intervenir en un eventual desvío del interés general, de forma que se produzca una verdadera comprensión del problema (2).

A nuestro juicio, la clave de toda estrategia preventiva contra la corrupción se encuentra en dar visibilidad a esas anomalías previas y a aquellas desviaciones mínimas, a esas manifestaciones de mala administración que en ocasiones esconden actos más o menos evidentes de corrupción. Se trata de identificar elementos que pueden representar un riesgo o esconder prácticas fraudulentas, que debe materializarse en una regulación eficiente de los conflictos de interés, en tanto antesala de la corrupción, que permita localizar situaciones de riesgo y prevenir su posible evolución hacia irregularidades graves.

Mediante la inclusión de especificaciones sobre el conflicto de interés en la Directiva 2014/24/UE, la UE trata de dar respuesta a una de las irregularidades más complejas que pueden darse en la contratación pública, una de las áreas de la actividad pública más expuestas a las prácticas corruptas, y en la que se hacen necesarias unas directrices europeas sobre cómo prevenir, detectar, y afrontar este tipo de irregularidades. En la transposición al ordenamiento nacional por la Ley 9/2017, los principales puntos de regulación los encontramos en el artículo 64 y en la previsión de manera específica del conflicto de interés como prohibición de contratar. Sin embargo, la transposición que el legislador español hace de la normativa europea en la materia muestra determinadas deficiencias e incongruencias que tienen importantes implicaciones.

II. ELEMENTOS CONCEPTUALES PARA UNA CORRECTA APROXIMACIÓN

Antes de analizar la normativización europea y nacional del fenómeno, creemos conveniente detenernos sobre la realidad objeto de estudio. En este sentido, la teoría de agencia trata de ofrecer una clave interpretativa al análisis de los comportamientos humanos en los procesos organizacionales económicos. De forma sumaria, esta teoría entiende que existe una relación de agencia en todas aquellas situaciones en las que una persona [principal] delega en otra persona [agente] para llevar a cabo determinadas acciones en beneficio del primero (3). Este tipo de relación, se establece debido a que el principal considera que el agente presenta determinadas cualidades que le permiten ejecutar mejor la tarea. Esta situación deriva inevitablemente en una situación

(2) Para un mayor desarrollo de las estrategias de aproximación global a la corrupción, véase J. MIRANZO DÍAZ (2019).

(3) M. BERGEN, S. DUTTA y O. C. WALKER (1992: 1-24).

en la que el agente gestiona intereses que difieren de los suyos propios (4), y por tanto engendra el riesgo de que sus intereses entren en conflicto con los del principal, provocando una posible actuación unilateral del agente en beneficio propio (5).

La medida en la que los intereses de una y otra parte diverjan entre ellos, unido al sistema de incentivos, recompensas y sanciones que regulen la relación, son variables que influyen a la hora de minimizar la denominada por los economistas «pérdida de agencia», es decir, la pérdida de eficiencia que se genera por no compartir intereses (6).

Así, el contrato público, por ejemplo, canaliza legalmente una relación de agencia entre un organismo del sector público [que actúa como principal o titular último el interés] y la empresa adjudicataria [o agente que gestiona dichos intereses] (7). Esta situación presenta una relación de agencia típica, fruto en una reciprocidad contractual, y es la que da lugar a toda la regulación legal clásica de las compras públicas, que intenta minimizar los efectos de la «pérdida de agencia» a través de la creación de incentivos y mecanismos para los adjudicatarios, de forma que la determinación de los criterios de adjudicación, la supervisión de la ejecución, etc. (8), aseguren que su desempeño se ajuste en la mayor medida posible a los intereses originarios y a los objetivos de la entidad adjudicadora.

Sin embargo, la contratación pública dista de estar representada por una simple relación de agencia clásica o básica, sino que puede identificarse una suerte de cadena de gestión de intereses que hacen que algunos de los intervinientes en el proceso decisorio tengan al tiempo una posición de principal y de agente, ya que a la tradicional relación entre el electorado y los gestores, se debe añadir la relación interadministrativa, así como aquella que caracteriza la contratación del sector público con el sector privado (9).

En primer lugar, cabría identificar una relación de agencia entre la ciudadanía o electorado [principal] y el legislador/Gobierno [agente]. Tanto legislador como gobierno tienen un encargo derivado directamente de los votantes que, en materia de contratación consiste en, respectivamente, regular la actividad contractual y delimitar la estrategia de contratación (10). Esta relación

(4) C. YUKINS (2010: 64); P. TREPTE (2005); S. A. ROSS (1973: 135).

(5) J. JURICH (2012: 244).

(6) Y. GORBANEFF (2003: 80).

(7) C. YUKINS (2010: 63-89); A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2016: 104); R. P. McAFEE. y J. McMILLAN (1987).

(8) F. PEIRONE (2017: 25).

(9) A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2016: 103-110).

(10) *Ibid.*

de agencia deriva en el riesgo de aparición de un primer tipo de conflicto de interés supracontractual —es decir, que excede el propio proceso de contratación— que da lugar a la conocida como captura del Estado, cuando el legislador elabora la norma —o el Gobierno elabora sus planes de actuación estratégica— en base a otros intereses que difieren del interés general de la ciudadanía o electorado (11). Tales situaciones de conflicto pueden tener lugar en los diferentes niveles regulatorios —comunitario, nacional, autonómico o regional, e incluso local— y su prevención y control se lleva a cabo mediante la regulación del *lobby*, las declaraciones de bienes por parte de los implicados en la toma de decisiones y otra serie de mecanismos que controlan que los reguladores y miembros del Gobierno no se vean condicionados por intereses privados en su actuar público.

Otro tipo de relación de agencia, en este caso interadministrativa, y cuyos conflictos no implican comportamiento corrupto ni tampoco captura de estado (12), es aquella que se da en las relaciones entre instituciones a diferentes niveles: comunitario, nacional, regional, etc. En estos casos, el principal estaría encarnado por el organismo superior o con una territorialidad más amplia [véase, un organismo comunitario] y el agente por un organismo de grado inferior o territorial [nacional, regional o local], al que se encomienda el desarrollo o aplicación de legislación o estrategias que trascienden su territorio (13). En estos casos, el mandato comunitario, que persigue una defensa de los intereses generales de la UE, puede entrar en conflicto con aquellos intereses de determinadas regiones o círculos de población que, representados en sus instituciones, se ven tentados a guiarse en su propio beneficio en detrimento del general de la comunidad (14). Este tipo de conflictos son corregidos a través del reparto competencial y, especialmente, por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que prohíbe que razones de territorialidad pueda incidir en el resultado de la adjudicación pública.

Un tercer tipo se da, ya a nivel contractual, entre la entidad adjudicadora [principal], que representa el interés público en el contrato, y los empleados públicos encargados de gestionar el contrato [agente]. Otros académicos han identificado la relación de agencia entre los usuarios finales [como principales] y la entidad adjudicadora o las personas implicadas en el desarrollo del

(11) En relación a la captura del Estado, véanse M. FAZEKAS y I. J. TÓTH (2016); M. FAZEKAS, I. J. TÓTH y L. P. KING (2013).

(12) No obstante, tal y como señala AUBY, este tipo de conflicto de interés sí que ha sido estudiado en ocasiones como un desvío del interés público, o, al menos, como disfunciones hacia la obtención del mismo. J. B. AUBY (2017: 124).

(13) J.A. MORENO MOLINA (2011: 41).

(14) D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 113).

contrato [agentes] (15). Pero lo cierto es que, independientemente de a quién identifiquemos como el principal —ya sea el usuario final o el organismo contratante como persona jurídica e institución garante del interés público— ambos principales representan el indeterminado concepto del interés general, y delegan la gestión del mismo a través de los procesos de contratación [diseño de pliegos, evaluación, monitoreo de la ejecución, etc.] en determinadas personas físicas, que actúan como agentes en la relación, gestionando el interés común en la actividad contractual que les es en cierto modo ajeno.

Esta última tipología es la recogida en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 64 de la Ley 9/2017, constituyendo, por tanto, el marco de control sobre el que deberán focalizarse las interpretaciones legales en materia de integridad contractual (16). Este conflicto de interés nace así en la figura del empleado público [agente], y puede responder a diversas causas: sobornos, actividades económicas propias o de personas vinculadas, lazos afectivos o familiares, e incluso por razones de raza, etnia, ideología y, en definitiva, cualquier interés que pueda comprometer su servicio imparcial a los objetivos del principal, en este caso, el interés general.

III. ASPECTOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONFLICTOS DE INTERÉS

La Directiva 2014/24 recoge las obligaciones acerca de conflictos de interés esencialmente en sus artículos 24 y 57.4. El primero de los dos artículos puede ser dividido en dos partes que se corresponden con los dos párrafos que lo componen. En el primero, impone una obligación a los Estados Miembros de asegurarse de que «los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir». Del tenor literal del texto podría considerarse, ya que la obligación se dirige únicamente a los Estados Miembros (17), que las autoridades de contratación tienen un mero papel pasivo en la implementación de la política contra el conflicto de intereses, no existiendo, así, imposición legal de actuación o responsabilidad directa en caso de incumplimiento de las prerrogativas contenidas en la Directiva. Sin embargo, su ubicación en el Capítulo II, denominado «Normas Generales», sugiere su aplicación en un sentido amplio a los contratos públicos, incluidas las entidades adjudicadoras, tal y como se desprende del considerando 16 —sin el cual no puede hacerse una correcta interpretación del artículo 24— en el que se alude directamente a la

(15) F. JENNY (2005: 31).

(16) O. SOUDRY (2007: 440); P. TREPTE (2005).

(17) A. SEMPLE (2015a: 182).

obligación de los poderes adjudicadores de prevenir los conflictos de intereses, exigiendo a estos una posición activa en gestión de las situaciones de riesgo.

El segundo párrafo del artículo, por su parte, incluye por primera vez en la legislación europea de contratos una definición de conflicto de interés que determinará el alcance de las actuaciones y de la regulación en la materia. Se trata de una definición de mínimos (18), pues la expresión «comprenderá al menos» permite al legislador nacional extender el ámbito de aplicación más allá de lo exigido por la Directiva, pero no reducirla. La definición construye un concepto de conflicto de interés: (1) cuyo ámbito subjetivo —es decir, la persona que puede dar origen al conflicto— alcanzará cualquier persona que tenga capacidad real de influenciar el desarrollo o la adjudicación final del contrato independientemente de su relación formal con la entidad adjudicadora (19); (2) con un ámbito objetivo amplio; (3) formado por intereses de naturaleza directa o indirecta (20); y (4) de naturaleza objetiva (21).

Éste último extremo adquiere una importancia central para el análisis elaborado en el presente trabajo, y conviene detenernos un momento sobre él para relacionarlo con una quinta característica que deriva de la expresión «que pudiera parecer que compromete» [art. 24]. Y es que tradicionalmente los conflictos de interés han sido divididos entre aquellos «reales», es decir, aquellos en los que realmente existe, de facto, un conflicto de interés de manera evidente; y aquellos conflictos de interés percibidos, que formarían aquellas situaciones en las que, independientemente de que exista o no realmente la situación de conflicto, es percibida como tal (22). De acuerdo con esta división, el texto del artículo 24 parece incluir ambas tipologías (23).

(18) T. MEDINA ARNÁIZ (2016: 104).

(19) A. L. FERNÁNDEZ MALLOL (2014); J. MIRANZO DÍAZ (2017a); J. MIRANZO DÍAZ (2017b); J. MIRANZO DÍAZ (2018a).

(20) Un ejemplo de conflicto indirecto es aquel provocado por el propio funcionamiento de la red empresarial, que puede generar conflictos colaterales en aquellos casos en que alguno de los agentes encargados de llevar a cabo el procedimiento participe, a su vez —e incluso que lo haga alguno de sus familiares o conocidos—, de los beneficios, ya sea como accionista o administrador directo, de una empresa no licitadora que tenga algún negocio o relación económica con una de las licitadoras, ya sea a modo de proveedor, subcontratista, como socios en algún proyecto diferente, o de cualquier otra forma que haga indicar que dicha empresa no licitadora, sobre la que existen intereses, podría verse beneficiada indirectamente, si quiera por la buena marcha de la empresa licitadora, de una eventual adjudicación del contrato. (D. I. GORDON, 2005: 8).

(21) Caso T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 75; STJUE T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartado 115.

(22) L. BAENA GARCÍA (2016).

(23) J.M. GIMENO FELIÚ (2015a: 45); A. SEMPLE (2015b); D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 114); A. CERRILLO I MARTÍNEZ (2014); J. A. MORENO MOLINA (2016); H. WU y X. SUN (2014); T. MEDINA ARNÁIZ (2016: 77-104); L. MELLADO RUIZ (2017: 142).

Sin embargo, esta división puede entrar en contradicción con la propia naturaleza objetiva del fenómeno (24), que implica que la intención de la persona afectada por el conflicto es irrelevante de cara a la calificación de una situación como conflicto de intereses (25). No es necesario, pues, que la persona tenga la intención de sacar alguna ventaja de dicha situación irregular, sino que basta con su propia existencia objetiva, tratándose de una realidad situacional (26).

Si un observador externo razonable puede percibir un conflicto de interés, entonces existe un conflicto de interés, independientemente de que ese conflicto pueda, eventualmente, interferir o no en las actuaciones de dicha persona y generar actos corruptos, e independientemente de las intenciones *reales* de ese sujeto. Es irrelevante que los intereses en conflicto puedan, *de facto*, influir o no en el desarrollo de las actuaciones. El elemento determinante de un conflicto de interés es la apariencia de parcialidad, y no la parcialidad en sí misma, que deberá ser entendida, en caso de existir, como corrupción (27).

La calificación de determinados conflictos de interés como reales como oposición a unos conflictos aparentes puede causar confusión, ya que parece sugerir la inexistencia de los segundos, cuando éstos son, a todas luces, tanto o más reales y tanto o más aparentes que los primeros. Debido a su naturaleza objetiva, que implica que su apreciación deba ser siempre externa e independiente de los afectados, sería más apropiado, así, aceptar que los conflictos de interés son siempre una cuestión de apariencia (28).

Por tanto, a la hora de dilucidar la existencia de un conflicto de interés, la pregunta a formular debe ser si una persona razonable hubiera concluido que existían intereses en conflicto que podrían poner o haber puesto en riesgo la imparcialidad del acto. Y por ende, no es posible hablar de un conflicto de interés en términos de blanco o negro [real o aparente] y categorizar su existencia o no, sino que la realidad nos muestra más bien una graduación

(24) TJUE, Caso T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 75; STJUE T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartado 115.

(25) COMISIÓN EUROPEA (2011: 15); D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 114); J. M. GIMENO FELIÚ (2016: 26); J. M. GIMENO FELIÚ (2019)

(26) SEMPLE (2015a); Así lo afirmó el TJUE ya en 1999 en su STJUE asunto T-277/97, *Ismeri Europa Srl/Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas*, de 15 de junio de 1999, apartado 123: «[el] conflicto de intereses constituye en sí mismo y de forma objetiva una disfunción grave, sin que sea preciso tener en cuenta, para su calificación, las intenciones de los interesados y su buena o mala fe».

(27) M. VILLORIA MENDIETA (2017: 217-255).

(28) D. I. GORDON (2005: 40); H. J. PRIESS (2002: 158).

de grises que hacen que la percepción del conflicto sea más leve o más clara dependiendo de las características concretas (29).

Esta característica externa y objetiva del fenómeno, que hace que no pueda llevarse a cabo una distinción entre conflicto real y aparente, es también la característica principal que separa al conflicto de interés de la corrupción. Mientras la corrupción se caracteriza por una voluntariedad y —al menos— un intento de actuación en busca de un resultado, los conflictos de interés son una anomalía estrictamente situacional de apreciación externa al sujeto (30). La referencia a conflictos de interés «reales» crea confusión en tanto en cuanto el término se utiliza para indicar aquel conflicto que tiene una incidencia determinada en el devenir de las actuaciones de contratación (31), cuando lo cierto es que una circunstancia tal en una situación conflictiva —la incidencia en el desarrollo del contrato— dejaría atrás el conflicto de interés para convertirse de manera automática en un caso de corrupción.

Cualquier caso de corrupción encierra —ya que proviene de él— un conflicto de interés (32), pero éste actúa como una situación previa (33), la cual conviene diferenciar de aquella porque, como afirma REED, los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino un fenómeno que ocurre de forma natural fruto de la organización social moderna, debido al propio hecho de que las personas ocupan más de un rol social de manera simultánea (34).

Pues bien, esta cuestión de naturaleza objetiva y su intrínseca condición de aparente es esencial para comprender la magnitud de la aplicación del principio de proporcionalidad en las medidas tomadas al respecto.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO BASE DE APLICACIÓN PRÁCTICA: DISCRECIONALIDAD Y RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS

La Directiva 2014/23/UE, sobre concesiones, desarrolla de manera ligeramente más precisa que la Directiva clásica la forma de aplicación de los sistemas de prevención del conflicto de interés en el artículo 35, el cual, por lo

(29) D. SOLOVEICIK y K. SIMANSKIS (2017: 116); E. LYON (2006: 131).

(30) Q. REED (2008).

(31) TJUE, asunto T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 octubre 2015, apartado 85; TJUE, asunto T-556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 abril 2016, apartado 40.

(32) J. A. MORENO MOLINA, F. PUERTA SEGUIDO, J. PUNZÓN MORALEDA y A. RAMOS PÉREZ OLIVARES (2016: 51).

(33) B. IBIDAPO-OBE (2016: 2).

(34) Q. REED (2008: 7).

demás, es prácticamente una transcripción literal del artículo 24 estudiado en la Directiva 2014/24/UE. El citado artículo 35 incluye un párrafo adicional que establece: «en lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados». En otras palabras, impone la aplicación del principio de proporcionalidad a todas aquellas medidas que se tomen en ejercicio de la tarea de prevenir o corregir conflictos de interés. Desconocemos la razón por la que este último párrafo fue eliminado [o no incluido] del artículo 24 de la Directiva 2014/24 y algunos autores, como MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (2016: 150), consideran errónea la exclusión de esta referencia en la Directiva 2014/24 por parte del legislador europeo, pero parece irracional suponer que dicha supresión signifique la no aplicación el principio de proporcionalidad a los conflictos enmarcados en el ámbito de la Directiva 2014/24, más aún si tenemos en consideración que su aplicación puede inferirse en el escaso desarrollo normativo relativo a la aplicación del conflicto de interés en el resto de la Directiva 2014/24 contenido en el artículo 57.4 [causas de exclusión] y 58.4 [medidas autocorrectoras].

El elemento principal para comprender la particularidad del conflicto de interés con respecto al resto de causas de exclusión contempladas, estriba en que mientras que el resto de causas de exclusión contenidas en la Directiva son aspectos que afectan únicamente al operador económico, dependen exclusivamente de él y se derivan de su actividad ilícita o irregular [hablamos de delitos de fraude, corrupción, blanqueo de capitales, incumplimiento de las obligaciones legales en materia medioambiental, etc.], la situación de conflicto de intereses:

- (1) Se genera en el seno del poder adjudicador. Concretamente en una o varias personas participantes en el contrato, que actúan como agentes gestores de intereses públicos, y que tienen a su vez unos intereses particulares que entran en conflicto con los primeros.
- (2) Tiene una naturaleza objetiva, lo que a su vez implica que: (1) es de apreciación externa, ajena a la voluntad de los afectados; y (2) los conflictos de interés no son una patología en sí mismos, sino una anomalía que se genera de forma espontánea fruto de la organización social y administrativa moderna (35).

La existencia de un conflicto de interés es, pues, meramente circunstancial, y en caso de aparición, en su nacimiento únicamente puede atribuirse al operador económico una función marginal —ya que el origen de la anomalía se encuentra una persona vinculada al poder adjudicador en quien colisionan

(35) Q. REED (2008: 7).

los intereses (36)—. Mientras el resto de las causas de exclusión tratan de sancionar a empresas por realizar prácticas que se consideran no deseables o perjudiciales para los intereses generales, el conflicto de intereses supone una situación que no genera, *per se*, perjuicio o ilegalidad alguna, sino que se configura como una situación objetiva de riesgo, (37) y cuyo nacimiento, y en su caso resolución, no dependen del operador económico, el cual tiene capacidad muy limitada para actuar por no ser el foco del conflicto (38). En consecuencia, la exclusión de un operador económico a causa de una situación de conflicto de intereses, *sanciona* —o mejor dicho, se impone una medida de gravamen (39)— a dicha empresa [impidiendo su participación en el procedimiento] por una situación que le es en cierto modo ajena (40).

La exclusión en casos de conflictos de interés es una herramienta que, debido a los pormenores señalados, ha de ser utilizada con especial cautela. Así lo considera la Directiva en su artículo 57.4.e), que regula la exclusión por conflictos de interés, estableciendo que ésta únicamente procederá *cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos*, es decir, en aplicación de un estricto principio de proporcionalidad, el cual, por otra parte, debe aplicarse a todas las causas de exclusión potestativas como recuerda el considerando 101:

«Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión».

En este sentido, conviene citar la opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 (41), en la que desarrolla el carácter esencial del principio de proporcionalidad para las causas de exclusión potestativas. En términos generales, el caso versa sobre un supuesto en el que el licitador había sido declarado culpable de falta profesional grave (causa de exclusión potestativa bajo la Directiva 2004/18, que era la legislación de aplicación al caso), la cual estaba recogida en los pliegos de contratación

(36) H. J. PRIESS (2002: 153).

(37) D. SOLOVEICK y K. SIMANSKIS (2017: 114). A. HUERGO LORA (2017: 223-259).

(38) H. J. PRIESS (2002: 158); H. J. PRIESS (2014).

(39) A. HUERGO LORA (2017: 223-259); N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ (2019).

(40) G. S. HAYKEN (2006).

(41) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*; Véase a su vez, Sentencia TJUE asunto C-27/15, *Pippo Pizzo vs CRGT Srl*, de 2 de junio de 2016.

de forma expresa como una causa de exclusión automática (42), y la entidad adjudicadora, no sólo permitió participar a la citada empresa, sino que le adjudicó finalmente el contrato.

En su razonamiento, el AG (43), argumenta que el principio de proporcionalidad debe prevalecer frente a las disposiciones contenidas en los pliegos de contratación, los cuales «no pueden desentenderse de las [normas] más generales que les brindan cobertura» (párrafo 51). Por ello, continúa, «el silencio del documento descriptivo sobre esta aplicación, imprescindible e individualizada, del principio de proporcionalidad, no puede conducir a obviarlo» (párrafo 51). Y por ello concluye diciendo que «la circunstancia de que, para sopesar una de esas causas de exclusión, expresamente recogidas en dicho documento, acudiera al canon de proporcionalidad, no incorporado de modo explícito a él, pero demandado por las reglas generales de los Países Bajos en la contratación pública (así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), es, a mi entender, compatible con los principios de igualdad de trato y su corolario, el de la actuación transparente» (párrafo 58) (44).

Además, la Directiva 2014/24 refuerza el principio de proporcionalidad en el caso de los conflictos de interés, ya que, a pesar de ser de aplicación forzosa a todas las causas de exclusión potestativas (45), únicamente se expone

(42) Tal y como afirma el AG, «según el apartado 3.1 (“Causas de exclusión y requisitos de idoneidad”) del documento descriptivo [del contrato], la oferta a la que sea aplicable una causa de exclusión será eliminada y no se tendrá en cuenta para el ulterior examen (material)». En apartado 12.

(43) El TJUE entendió en la sentencia que «habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra b), que las disposiciones de la Directiva 2004/18, en particular, su artículo 2 y el anexo VII A, punto 17, de dicha Directiva, leídas a la luz del principio de igualdad de trato, así como de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un poder adjudicador decida adjudicar un contrato público a un licitador que ha cometido una falta profesional grave debido a que la exclusión de dicho licitador del procedimiento de adjudicación habría sido contraria al principio de proporcionalidad, siendo así que, con arreglo a las condiciones de la licitación de dicho contrato, debía procederse imperativamente a la exclusión de los licitadores que hubieran incurrido en una falta profesional grave sin tomar en consideración el carácter proporcionado o no de dicha sanción». TJUE, asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016, apartado 44.

(44) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE asunto C-171/15, *Connexion Taxi Services*, 14 de diciembre de 2016.

(45) T. MEDINA ARNÁIZ (2015); H. J. PRIESS (2014: 112-123). De hecho, el TJUE ha venido advirtiendo de la obligación que tienen los poderes adjudicadores, en atención al carácter excepcional de la exclusión y a la necesidad de respetar el conflicto de intereses, de requerir clarificación a los operadores económicos incurso en causas de exclusión «cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto [...] indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha

de manera expresa la aplicación del mismo en la letra e), relativa al conflicto de intereses, y f), relativa a la exclusión por participación previa en el la preparación del procedimiento de contratación —la cual, en todo caso, no deja de ser una tipología de conflicto de interés sobre el que la Directiva parece querer poner una atención especial al regularlo como una causa de exclusión específica (46). Se refuerza así, para estos casos, la idea de que un operador sólo debe ser excluido por dichas causas como último recurso, y el principio de proporcionalidad debe ser especialmente observado en la aplicación del mencionado párrafo. Dicha redacción viene a plasmar normativamente una significativa jurisprudencia del TJUE en la que deja claro que: (1) «no existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores» (47), mientras que , por otro lado (2), «la existencia de un conflicto de intereses debe llevar a la entidad adjudicadora a excluir al licitador afectado cuando esa decisión constituya la única medida posible para evitar una vulneración de los principios de igualdad de trato y de transparencia, de obligado respeto en todo procedimiento de conclusión de un contrato público» (48).

oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones». TJUE, asunto T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV*, de 10 de diciembre de 2009, apartado 56; véanse, en el mismo sentido, los comentarios al respecto de A. SÁNCHEZ-GRAELLS (2014: 104).

(46) Quizá esta distinción entre conflictos de interés «estrictos» y aquellos derivados de participación previa en el contrato responda a la inspiración del legislador europeo en la tradición reguladora de conflictos de interés americana. En EE.UU., la tradición jurídica en materia de contratación pública divide los conflictos de interés en dos tipologías, conflictos de interés personales y conflictos de interés organizacionales, refiriéndose los segundos, entre otros, a los generados por la participación de las empresas en alguna de las fases contractuales como asesor o prestador de servicios de poder adjudicador, regulándose históricamente de manera independiente. J. W. TAYLOR (1984); G. S. HAYKEN (2006).

(47) En este sentido, STJUE asunto T-415/10, *Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy*, de 20 de marzo 2013, apartados 116 y 117; STJUE asunto T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre de 2015, apartado 76; Véase a su vez B. GÓMEZ FARINAS (2017); el profesor GIMENO FELLÚ, por su parte, ya advertía en su análisis del texto de las directivas de que «la solución que se propone no es de exclusión automática, ya que se reconoce, como posibilidad, la denegación de la participación del miembro del personal público en donde exista el conflicto de interés del procedimiento de contratación en cuestión, o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención); pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por estos medios, el licitador en cuestión será excluido del procedimiento (prohibición de contratar)». J. M. GIMENO FELLÚ (2015b: 76).

(48) TJUE, asunto T-556/1, *European Dynamics Luxembourg and others vs EUIPO*, 27 de abril de 2016, apartado 46; T-403/12, *Intrasoft International v Commission* 13 de octubre

Existe, por un lado, una obligación de actuar ante un conflicto de interés por parte de la entidad contratante, y por otro, una necesidad de respeto del principio de proporcionalidad en la toma de decisiones. Es decir, en esta materia de conflicto de interés, la Directiva 2014/24 viene a trasladar a las entidades adjudicadoras, como venía reconociendo el TJUE, una importante responsabilidad a través de: (1) una obligación de actuar con el principio de integridad como base legitimadora de actuación (obligación de actuación ante un conflicto y obligación de exclusión en caso de que no exista ninguna medida menos lesiva) y (2) una obligación de evaluar ante un conflicto de interés, caso por caso, las medidas más adecuadas con el principio de proporcionalidad como esencial parámetro de actuación. Esto deriva, en la práctica, en que los órganos de contratación no son ya, por tanto, sujetos pasivos o meros aplicadores de la normativa de conflictos de interés, sino que deben tomar una posición activa de responsabilidad en su prevención, detección y corrección.

Tal es así, que recientemente el TJUE reconoció, Sentencia del TJUE, *Vakaris kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, por primera vez, la posibilidad de que una actuación deficiente de la entidad adjudicadora en la gestión de un conflicto de interés pueda derivar, no sólo en la nulidad de actuaciones, como venía ocurriendo, sino en una condena a la Administración de indemnización por daños y perjuicios.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES ADJUDICADORAS: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Un conflicto de interés revelado en un momento procedimental tardío implica, sin lugar a dudas, un perjuicio para los licitadores no afectados por el mismo tanto si las actuaciones se retrotraen a un momento anterior —necesidad de incurrir en nuevos gastos de preparación de oferta, horas invertidas por el personal, etc.— como si el contrato se encuentra ya en ejecución y ya no es posible anularlo —fruto de las posibles ventajas indebidas producidas por dicho conflicto que podrían haber incidido en el resultado de la adjudicación. Hasta qué punto estos perjuicios pueden ser imputables a la Administración o entidad adjudicadora, y en qué medida podrán dar lugar a indemnización por daños y perjuicios en virtud de los artículos 268 y 340 del TFUE y el artículo

de 2015, apartado 76; TJCE asunto C-315/99, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, de 10 de julio de 2001; TJCE asunto C-21/03 y C-34/0316, *Fabricom*, de 3 de marzo de 2005; TJCE asunto C-538/07, *Assitur*, de 19 de mayo de 2009; TJCE asunto C-376/08, *Serrantoni*, de 23 de diciembre de 2009; en el mismo sentido, aunque a nivel nacional, véase el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en p. 16

6.2 de la Directiva 89/665, conforman un nuevo objeto de debate que hasta recientemente no había tenido lugar en la contratación pública europea. La sentencia del TJUE, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, aborda por primera vez esta posibilidad.

Con carácter general, para apreciar una indemnización por daños, el TJUE ha venido admitiendo en reiterada jurisprudencia que es preciso que concurren tres requisitos, a saber, la ilegalidad del comportamiento imputado a la institución, la realidad del daño y la existencia de una relación de causalidad entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado (49).

- (1) Para que concorra el requisito del comportamiento ilegal de una institución, se exige que se acredite una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares (50), para lo cual es determinante el margen de apreciación de que dispone el autor del acto controvertido (51), es decir, en el caso del conflicto de interés, el margen de discrecionalidad que se le reconoce al poder adjudicador en su apreciación del riesgo de un conflicto de interés y la adopción de medidas para mitigarlo o erradicarlo.
- (2) En segundo lugar, el TJUE ha venido exigiendo que dicho acto ilegal produzca un perjuicio «real y cierto», cuya demostración y prueba deberá corresponder al demandante (52).
- (3) Por último, debe existir una relación causal directa entre el primero y el segundo requisito, es decir, entre la ilegalidad y el daño producido, cuya prueba recaerá igualmente en la parte demandante (53).

(49) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 39 a 42; asuntos C120/06 P y C121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 106 y 164 a 166; y asunto T297/12, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, de 16 de octubre de 2014, apartado 28; asunto, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 62.

(50) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartados 42 y 43; asuntos C120/06 P y C121/06 P, *FIAMM y otros/Consejo y Comisión*, de 9 de septiembre de 2008, apartados 173; y asunto, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 63.

(51) STJUE, asunto C352/98 P, *Bergaderm y Goupil/Comisión*, de 4 de julio de 2000, apartado 40; y asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 64.

(52) STJUE, asunto T88/09, *Idromacchine y otros/Comisión*, 8 de noviembre de 2011, apartado 25; asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 65.

(53) TJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 66.

1. La necesidad de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares

En relación a una eventual indemnización por causa de un conflicto de interés, la infracción recurrida deberá ser, como se ha mencionado, una inacción o acción deficiente en las labores de supervisión que corresponden al órgano de contratación (54). En un caso tal, para apreciar la violación se debe estudiar si dichas actuaciones suponen una contravención suficientemente específica del principio de buena administración del artículo 41 de la CDFUE, del principio de igualdad de trato y, a partir de la entrada en vigor de la Directiva 2014/24, de su artículo 24 y, en concreto del artículo 57.4 y de la aplicación del principio de proporcionalidad a él ligada.

Pues bien, El TJUE afirma que fruto de la reiterada jurisprudencia citada a lo largo del presente trabajo y de la actual normativa europea de contratación, es evidente que «le corresponde [a la entidad adjudicadora] un papel activo en la aplicación y el respeto de esos principios. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses» (55), e incumbe al mismo la obligación de preparar y adoptar, «con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate» (56). Existe, de forma indudable, una obligación legal debidamente configurada de supervisar y actuar ante una situación de conflicto de interés, cuyo incumplimiento lesiona, además, algunos de los principios básicos de la contratación pública como lo son, por ejemplo, el de igualdad de trato o buena administración (57).

En este contexto, debe recordarse que el TJUE ha expuesto en reiterada jurisprudencia cómo una irregularidad que en circunstancias análogas no

(54) TJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 70.

(55) STJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 102; TJUE, asunto C-538/13 *eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos*, 12 de marzo de 2015, apartados, 42 y 43.

(56) STJUE Asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 106.

(57) En el apartado 147, el TJUE se basa como elemento legal último que legitima tal afirmación en las disposiciones contenidas en el Reglamento (UE, Euratom) n° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002 del Consejo y en la *Procedures and practical guide (PRAG)*, que presentan obligaciones casi idénticas a las contenidas en el actual artículo 24 y 57.4 de la Directiva 2014/24.

habría cometido una administración normalmente prudente y diligente permite afirmar que el comportamiento de la institución ha constituido una ilegalidad que genera responsabilidad (58). En el citado caso *Vakakis kai Synergates*, en el que se dirime la existencia de un conflicto de intereses debido a la participación en la preparación de los pliegos de uno de los expertos al servicio de un licitador, el TJUE argumenta que se trata de un conflicto de intereses del que la entidad adjudicadora debería haber tenido conocimiento en un marco de actuación razonable, y que por tanto existía una obligación legal de investigar «de oficio» y en su caso actuar frente a esa situación (59). En el caso señalado, la entidad adjudicadora se limitó a cuestionar a la entidad en conflicto vía e-mail acerca de dicha situación, concluyendo tras su respuesta negativa que no existía tal conflicto (60). El TJUE entiende que esta actuación, o más bien la falta de ella, presenta deficiencias que suponen una quiebra de la diligencia debida exigible a la Administración como fruto de la obligación de prevenir los conflictos de intereses en las licitaciones públicas, al no poderse considerar probada por las actuaciones y conclusiones de la Administración la ausencia de conflicto o su incidencia en el procedimiento (61):

«De todos los elementos anteriores se desprende que, en las circunstancias del caso de autos, al no llevar a cabo ninguna verificación tras las declaraciones de la sociedad A. y del Sr. P. en las que afirmaban no encontrarse en una situación de conflicto de intereses, al abstenerse de investigar ex officio con el fin de determinar si la sociedad se encontraba en una situación de conflicto de intereses y al no llevar a cabo una investigación que permitiese establecer con certeza que la implicación del Sr. P. en la redacción de los TdR no constituía un conflicto de intereses, la Delegación de la Unión cometió una irregularidad que, en circunstancias análogas, no habría cometido una administración normalmente prudente

(58) STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 104; y asuntos T198/95, T171/96, T230/97, T174/98 y T225/99, *Comafrica y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión*, de 12 de julio de 2001, apartado 134

(59) STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartados 119 a 128.

(60) «Asimismo, del escrito de 27 de enero de 2011 en el que se informaba a la demandante de que su oferta no había sido elegida se desprende que el comité de evaluación investigó las alegaciones de conflicto de intereses. A este respecto, ese escrito menciona la investigación y más concretamente el examen de documentos, de intercambios de correos electrónicos y de comunicaciones e indica que, aunque el Sr. P. aparecía como el autor del documento Word que contenía los TdR, este se limitó a proporcionar información general relativa a las secciones 1.4 y 1.5 de los TdR». STJUE, T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 130.

(61) «En el caso de autos, debe señalarse que el poder adjudicador no actuó con la prudencia y el cuidado requeridos al concluir, basándose en esos elementos, que no existía conflicto de intereses». STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 131. Véanse también los apartados 132 a 146.

y diligente. Tal irregularidad debe ser calificada como una violación manifiesta y grave de la obligación de diligencia y, por tanto, como una violación suficientemente caracterizada de dicha obligación, del principio de buena administración y del artículo 41 de la Carta» (apartado 148).

El TJUE entiende, en definitiva, que la ausencia de actuación o una actuación deficiente en las labores de investigación y control de los conflictos de intereses, la cual debe hacerse caso por caso y atendiendo a las circunstancias particulares, puede ser, en efecto, susceptible de generar una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares.

2. El perjuicio real y cierto y la relación causal

Un segundo elemento decisivo a la hora de determinar una la procedencia de una indemnización es la necesidad de que exista un perjuicio real y cierto. Para asuntos relacionados con la contratación pública, el TJUE ha considerado que la no adjudicación de un contrato no puede suponer en sí misma un perjuicio en forma de pérdida de un beneficio o pérdida de oportunidad, ya que en estos casos «el perjuicio resultante de la pérdida de un beneficio o del lucro cesante no es actual y real, sino futuro e hipotético» (62). Este tipo de requisito únicamente se cumpliría en aquellos casos en los que cabe presuponer que, de no haberse producido las actuaciones irregulares de la Administración, el demandante cuya oferta fue rechazada habría sido adjudicatario del contrato (63), algo que, *a priori*, parece difícil demostrar en un caso de conflicto de intereses.

Sin embargo, el TJUE ha admitido por primera vez, en la citada sentencia, la posibilidad de que el perjuicio producido por la falta de diligencia de la entidad adjudicadora de lugar a responsabilidad extracontractual, y en consecuencia a una reparación del daño, en relación a los gastos y costes del procedimiento de licitación incrementada con los intereses compensatorios (64). Según el alto tribunal europeo, aunque como norma general «los gastos y costes contraídos por un licitador con motivo de su participación en una licitación no pueden constituir, en principio, un perjuicio que pueda ser reparado mediante la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios», este razonamiento no es

(62) STJUE, asunto T17/09, *Evropaiki Dynamiki/Comisión*, sentencia de 22 de mayo de 2012, apartado 123.

(63) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 166.

(64) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 202.

de aplicación en «el supuesto de que una infracción del Derecho de la Unión en la tramitación del procedimiento de licitación haya afectado a las posibilidades de un licitador de obtener la adjudicación del contrato, so pena de vulnerar los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima».

Es evidente, tras lo estudiado hasta ahora en el presente trabajo, que la existencia de un conflicto de interés y la incapacidad para demostrar que dicha situación anómala no produjo ventaja indebida alguna deben ser entendidas como un escenario en el que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Si bien no puede entenderse que la deficiente actuación de la entidad adjudicadora afecte de forma directa a la no adjudicación del contrato al resto de licitadores, sí que puede interpretarse que fruto de esa falta de diligencia existe un vicio en el procedimiento que afecta a las posibilidades del resto de participantes de resultar adjudicatario con respecto a aquel afectado por el conflicto de intereses, que disfrutó de una ventaja indebida (65). Esto, de acuerdo con el TJUE, constituye un perjuicio que es indudablemente imputable a la ilegalidad anteriormente expuesta, y que, en consecuencia, manifiesta la relación de causalidad existente entre una y otra realidad.

Este pronunciamiento del TJUE, que legitima por vez primera una compensación por daños y perjuicios fruto de una actuación defectuosa de la Administración supone, a nuestro juicio, un punto de inflexión en la materia. La posibilidad de incurrir en responsabilidad extracontractual fruto del incumplimiento de las obligaciones en materia de conflicto de interés es ya una realidad bajo el nuevo marco normativo comunitario y nacional. La sentencia *Vakakis kai Synergates* supone un antes y un después hacia la efectiva implementación de políticas efectivas de conflicto de interés, ampliando los mecanismos legales de corrección sobre la actuación deficiente de la Administración, que hasta ahora, en materia de conflicto de interés, se limitaban a la posible anulación de actuaciones. Pero lo que es más importante, el Derecho europeo asume que la responsabilidad de actuación del órgano de contratación es tal que la ausencia de actuación o una actuación deficiente en las labores de investigación y control de los conflictos de intereses, la cual debe hacerse caso por caso y atendiendo a las circunstancias particulares, puede ser, en efecto, susceptible de generar una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tenga por objeto conferir derechos a los particulares. El TJUE consolida de esta forma la responsabilidad trasladada a las entidades adjudicadoras por parte del legislador en materia de integridad, creando incentivos hacia una instrumentalización real de las entidades adjudicadoras y sus gestores como garantes de la integridad en la contratación pública.

(65) STJUE, asunto T292/15, *Vakakis kai Synergates*, de 28 de febrero de 2018, apartado 198.

El conflicto de intereses regulado en la Directiva descansa, pues, sobre tres pilares fundamentales: (1) una aplicación subjetiva amplia y de carácter funcional, centrada en el sector público y que proclama la naturaleza objetiva del fenómeno (2) una traslación de poder (y responsabilidad) a las entidades adjudicadoras, que se convierten en actores principales con obligaciones concretas (3) y la prevalencia, como consecuencia de la naturaleza objetiva del fenómeno, del principio de proporcionalidad como principal guía y límite en la aplicación de medidas correctoras y como fundamental parámetro de evaluación de las mismas. Pues bien, tal y como trataremos de exponer en las próximas páginas, entendemos que estos tres extremos parecen no haber sido considerados o identificados por el legislador, ya que la actual LCSP adultera en mayor o menor grado la esencia inspiradora de estas bases, ya sea de forma negligente o deliberada, a través de una transposición que queda a medio camino entre la nueva aproximación propuesta por el Derecho europeo y la regulación tradicional nacional de los conflictos de interés basada en incompatibilidades —radicalmente divergentes entre sí—, poniendo en riesgo la coherencia del sistema y la efectividad de las medidas pretendidas.

VI. EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY 9/2017

En nuestro país, la cuarta generación de directivas ha sido transpuesta por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En ella, la regulación de los conflictos de interés encuentra una distribución similar a la que hemos señalado en la Directiva, con un artículo definitorio, que determina el ámbito de aplicación de la regulación [art. 64], y otro que determina su alcance como causa de exclusión [art. 71.1.g]. En cuanto al primero, éste presenta importantes similitudes con el estudiado artículo 24 de la Directiva 2014/24, del cual es prácticamente una transcripción literal. Sin embargo, se observan también dos posibles diferencias que pueden tener importantes efectos.

La definición contenida en el apartado dos del artículo 64, delimita el ámbito subjetivo de aplicación indicando que podrá incurrir en conflicto de interés el «personal al servicio del órgano de contratación». Este ámbito de aplicación excluye una segunda parte que sí incluía la norma europea: «o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador». Dicha delimitación subjetiva parece dejar fuera a aquellas personas que prestan un servicio en calidad de expertos externos, asesores, o cualquier otra figura que no permita catalogarlos como personal al servicio del órgano de contratación, como ocurre con la participación en consultas preliminares de mercado o en el diálogo competitivo. Se trata, a nuestro juicio de una aproximación en exceso formalista al conflicto de interés, que hace

que determinados conflictos que *de facto* pueden surgir en el desarrollo del procedimiento de contratación queden en la práctica desregulados.

Por otro lado, conviene recordar que la definición del artículo 24 es una definición de mínimos (66), que además, como señalaron los tribunales contractuales nacionales en el documento elaborado al respecto, tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas (67). Se trata de un ámbito subjetivo, el del artículo 24, sobre la que los Estados Miembros podrán añadir supuestos adicionales, pero en ningún caso reducir su alcance a través del desarrollo de legislación nacional. En consecuencia, cabría entender que el contenido del artículo 64.2 deberá interpretarse, al menos para aquellos contratos SARA, de forma acorde con el derecho europeo (68) en el sentido de que la expresión «personal al servicio del órgano de contratación» incluye a «los proveedor[es] de servicios de contratación que actúe[n] en nombre del poder adjudicador».

VII. LAS CARENCIAS ESTRUCTURALES DEL CONFLICTO DE INTERÉS COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR EN LA LEY 9/2017

Sin embargo, los mayores problemas interpretativos se presentan cuando atendemos a la regulación de los conflictos de interés como causas de exclusión, contenida en el artículo 71.1.g).

1. Limitaciones subjetivas

Este artículo abandona el enfoque funcional o finalista que marca toda la regulación de conflicto de interés tanto a nivel de la UE como en el artículo 64 de la Ley 9/2017 para acometer una ordenación estrictamente formalista de la prohibición de contratar. A través de referencias a legislación derivada, la redacción del precepto implica que, en la práctica, las prohibiciones de contratar únicamente se puedan aplicar a:

(66) Conviene recordar que el artículo 24 de la Directiva impone un ámbito de aplicación mínimo al establecer en su definición que «el concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación [...]».

(67) No sólo eso, sino que el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que despliega efectos jurídicos. Véase a su vez el Acuerdo 108/2016 Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en págs. 14 y ss.

(68) Tal y como han afirmado diferentes autores, toda la legislación de contratos debe interpretarse de manera que esté acorde con el derecho europeo. J. A. MORENO MOLINA (2018: 140); J. M. BAÑO LEÓN (2000).

- Aquellas personas consideradas altos cargos por la Ley 3/2015.
- El personal al servicio de las Administraciones Públicas [Ley 53/1984].
- Otras figuras públicas recogidas en la Ley 5/1985.

Puestas en conjunto, estas prohibiciones extienden, de acuerdo al ámbito subjetivo de las legislaciones referidas, el alcance de la prohibición —utilizando el vocabulario del artículo 2 de la Directiva 2014/24, que delimita el ámbito de aplicación— a todo el personal al servicio del «Estado, las autoridades regionales y locales, así como los organismos de Derecho público» financiados en más de un 50% con dinero público (69). Sin embargo, ninguna de dichas normas, de las que la Ley 9/2017 hace depender la regulación de los conflictos de interés, parece ser de aplicación a aquellos organismos que no cumplen el requisito de la financiación pero «cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público», a los cuales, sin embargo, sí que les es de aplicación el derecho europeo de contratos públicos y a los que se extienden, al ser considerados «poder adjudicador», las definiciones del artículo 24 de la Directiva 2014/24 y del artículo 64.2 de la Ley 9/2017 relativas a los conflictos de interés (70). De acuerdo a esta interpretación, y debido al carácter tasado de las prohibiciones de contratar (71), no cabría excluir a un operador económico cuando incurra en alguna de las anteriores situaciones que, aunque suponen un conflicto de interés de acuerdo con las definiciones del artículo 64, no estén cubiertas por el ámbito de aplicación de las prohibiciones de contratar (72).

2. Limitaciones objetivas

Adicionalmente, la regulación de los conflictos de interés como prohibición de contratar genera una importante limitación del alcance objetivo con respecto al articulado de la Directiva 2014/24, ya que las legislaciones referidas en el artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017 únicamente regulan en la mayoría de los casos —salvo en el caso del alto cargo— aquellos conflictos

(69) Así se desprende de los artículos 1 de la Ley 3/2015, 2 de la Ley 53/1984 y 55 de la Ley 5/1985.

(70) Ya que tanto la Directiva 2014/24, en su artículo 2.1, como la Ley 9/2017, en su artículo 3.1.i), contemplan dichas entidades como entidades adjudicadoras y por ende sujetos pasivos de la Ley, incluidas las disposiciones relativas al conflicto de interés.

(71) D. BERBEROFF (2018: 176); T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 752-753).

(72) T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 165).

de intereses directos, es decir, aquellos en los que son las propias actividades del empleado público las que, en una relación directa con la Administración, generan un conflicto de interés. Y en todo caso, para aquellos conflictos indirectos, el legislador establece supuestos tasados en los que se contemplarán como prohibición de contratar: «cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad» [y que, además, limita a aquellos casos en los que las personas afectadas sean los titulares de los órganos de contratación]. De esta forma, la redacción del artículo 71.1.g) está dejando irremediabilmente fuera de su alcance otros múltiples tipos de conflictos de interés indirectos a los que se ha hecho referencia, como aquellos generados por relaciones no familiares en las que no existe soborno o intercambio de prestaciones directo: derivados de la financiación de partidos políticos, de la actividad en el mercado de empresas no licitadoras, la pertenencia círculos sociales, etc. (73).

El legislador español, en su afán por positivizar las causas de exclusión, comete dos errores a nuestro juicio capitales: primero, tratar de realizar una lista exhaustiva, *numerus clausus*, de las situaciones que pueden dar lugar a un conflicto, cuando lo cierto es que detallar las caras de este fenómeno representa una verdadera quimera; y en segundo lugar, acometer dicha sistematización a través de referencias a normas sobre conflictos de interés e incompatibilidades de carácter administrativo general, y que no están concebidas para su aplicación a un entorno con las particularidades de la contratación pública (74).

Adicionalmente, conviene recordar que, de acuerdo con nuestro TS y otros órganos consultivos (75), las causas de exclusión tienen un carácter tasado (76), lo que impide que pueda excluirse a un licitador por causas diferentes a

(73) No sólo eso, sino que el legislador parece olvidar, en su remisión a legislaciones de incompatibilidad, incluir como causas de exclusión algunos casos de conflictos de intereses —contemplados como abstención y recusación— regulados en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, que son aplicables, al menos, a los miembros de las mesas de contratación de las AP, y que de acuerdo al razonamiento expuesto en estas páginas, no podrá dar lugar a exclusión si no se corresponde con alguna de las legislaciones citadas por la Ley 7/2017.

(74) A modo de ejemplo de un conflicto de interés indirecto nacido en un prestador de servicios externo, que estaría fuera del ámbito de aplicación de las causas de exclusión de la LCSP17, véase Resolución 070/2015, de 3 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en relación con el recurso especial interpuesto por ESTUDIO DE RENOVACIÓN Y DESARROLLOS URBANOS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de «Redacción del Plan General de Ordenación urbana de Sopela», en la empresa encargada de evaluar las ofertas era a su vez colaboradora en un contrato vigente con uno de los licitadores evaluados

(75) STS de 2 de octubre del 2000, RJ 2000\8598; Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, informes 4/2009 y 6/2013.

(76) D. BERBEROFF (2018: 176); T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 752-753).

aquellas previstas legalmente, o lo que es lo mismo, que en efecto, todos aquellos conflictos de interés señalados en páginas anteriores que no pueden ser enmarcados en la enumeración del artículo 71.1.g), no podrían derivar, en principio, en exclusión del licitador. Esto, en la práctica, llevaría a que, a pesar del mandato que el artículo 64 y la normativa comunitaria dirige a los poderes adjudicadores para luchar y prevenir los conflictos de interés, estos pueden encontrarse desprovistos de las herramientas necesarias en aquellos casos no contemplados como causa de exclusión y en los que ninguna otra medida sea plausible para poner fin a la situación anómala.

3. La obligación de excluir

Por último, puede hacerse, aún, otra objeción más —quizá la principal— a la regulación nacional de las causas de exclusión referente a la «obligación de excluir» presente en la causa de exclusión basada en conflictos de interés del artículo 71.1.g).

En este sentido, el TJUE ya se ha posicionado en otras ocasiones en relación a la posibilidad de que el legislador nacional elimine la aplicación del principio de proporcionalidad en un caso de conflicto de interés concreto, en particular en el asunto *Michaniki AE*, aunque como veremos, dicha interpretación se refiere al anterior paquete de directivas, lo cual, como veremos, tiene importantes implicaciones. La sentencia trataba de dilucidar si una norma nacional que preveía la exclusión automática por incompatibilidad en aquellos casos en los que uno de los licitadores en el procedimiento de contratación es a su vez propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa de medios de comunicación, y en ella, el TJUE concluyó que «conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho comunitario [...] una norma que establece una incompatibilidad general entre el sector de las obras públicas y el de los medios de comunicación [...] excede de lo necesario para alcanzar los objetivos invocados de transparencia y de igualdad de trato» (77). Del mismo modo, el AG, en la Sentencia TJUE

(77) TJUE, asunto C-213/07, *Michaniki AE vs Ethniko Symvoulío Radioteleorasis*, de 16 de diciembre de 2008, apartados 48, 62 y 63; En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE sobre una norma nacional —italiana— que preveía la exclusión automática de aquellos licitadores que presentaran indicios de estar incurso en prácticas colusorias o de falseamiento de la competencia (en el mismo procedimiento y sin sentencia firme), al considerar que una previsión tal viola al principio de proporcionalidad de Derecho europeo STJUE, asunto C-425/14, *Impresa Edulix*, de 22 de octubre de 2015. No obstante, conviene destacar que en otras ocasiones el TJUE ha aceptado una cierta limitación del principio de proporcionalidad en determinados supuestos, si bien es cierto que se trata de causas de exclusión, como el impago de las obligaciones de seguridad social, que en la Directiva 2014/24 se incluye como causa de exclusión obligatoria si existe sentencia firme. Así: «El principio de proporcionalidad

C-171/15, *Connexion Taxi Services* matiza que la potestad de transposición de las Directivas por parte de los Estados Miembros debe velar, en concreto, por la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios como libertades fundamentales de la UE, y que, para ello, se debe garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad que justifique la exclusión (78).

Así, aunque es cierto que el TJUE ha generado reiterada jurisprudencia en la que confirma la libertad de los Estados Miembros para regular la forma en la que se aplican las causas de exclusión potestativas, no es menos cierto que en dicha regulación debe respetarse el principio de proporcionalidad, que actúa así como un límite a la posibilidad de convertir determinadas causas de exclusión potestativas en obligatorias o automáticas.

En lo que concierne al conflicto de interés como causa de exclusión, anteriormente hemos puesto de manifiesto cómo la aplicación del principio de proporcionalidad a las causas de exclusión potestativas como elemento fundamental (79), elemento que aparece ausente en la normativa española, desnaturalizando las bases mismas del legislador europeo. Esto podría conducirnos a cuestionarnos si la regulación del conflicto de interés española, en tanto en cuanto impone como automática la exclusión en casos de conflicto de interés (80), podría representar también una extralimitación del legislador espa-

deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que, para los contratos públicos de obras cuyo valor es inferior al umbral definido en el artículo 7, letra c), de la Directiva 2004/18, obliga a las entidades adjudicadoras a excluir del procedimiento de adjudicación de un contrato de ese tipo a un licitador responsable de una infracción en materia de pago de cotizaciones de seguridad social si la diferencia entre las cantidades adeudadas y las abonadas es de un importe superior, a la vez, a 100 euros y al 5 % de las cantidades adeudadas». En el TJUE, asunto C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici vs Comune di Milano*, de 10 de julio de 2014, apartado 41. No obstante, como decimos, el tribunal parece atribuir una especial relevancia al principio de proporcionalidad en el caso de los conflictos de interés, lo que hace improbable que este tipo de razonamiento fuera aplicado a dichos supuestos.

(78) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*, apartado 44. Véanse, en este mismo sentido, las opiniones del Abogado General en el Caso C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and Guerrato*, Advocate 21 June 2017, apartado 53. En ellas afirma que «se desprende que el ejercicio de esta potestad por los Estados no es, sin embargo, incondicionado. Por un lado, la Unión otorga gran importancia a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, lo que la impulsa a allanar el camino para que la apertura de los procedimientos de licitación sea lo más amplia posible, designio respecto del que la aplicación de las causas facultativas de exclusión podría ser un obstáculo. Y por otro, es legítimo justificar los motivos de exclusión en objetivos de interés general, como son las garantías de fiabilidad, de diligencia, de honestidad profesional y de seriedad del licitador. Para la verificación de ese contraste de intereses, el Tribunal acude al principio de proporcionalidad».

(79) D. BERBEROFF (2018: 176).

(80) T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 165)

ñol en el ejercicio de su discrecionalidad de transposición, en la que se podría haber vulnerado el principio de proporcionalidad, que debe servir, recordemos, según establece la propia Directiva 2014/24/UE, como eje vertebrador a lo largo de todo el procedimiento de contratación (81) y que debe observarse especialmente en toda medida relacionada con el conflicto de interés.

Así, si una entidad adjudicadora detecta un conflicto de interés de los regulados en el artículo 71.1.g) y, en aplicación del principio de proporcionalidad, decide, por ejemplo, recusar a la persona generadora del conflicto [empleado público] de su participación en el contrato, poniendo fin al conflicto, ¿es legítima esta decisión? ¿O por el contrario debe excluir al operador económico de manera automática salvo que éste demuestre que ha tomado las medidas autocorrectoras suficientes? ¿Debe interpretarse el artículo 71.1.g) de forma que permita la no exclusión del licitador en aquellos casos en los que no sea necesario para poner fin al conflicto de interés o se motive que éste no tenga incidencia sobre el desarrollo de los procedimientos?

Como decimos, una interpretación literal de lo establecido en el artículo 71.1.g) de la Ley implicaría que, en aquellos casos contemplados por la misma, el poder adjudicador debería proceder a la exclusión del licitador afectado de forma automática desde el momento en el que se tenga conocimiento de la existencia de tal situación, ya que al existir una incompatibilidad legalmente declarada carece de posibilidad de demostración en contrario (82), siendo la única opción de «no exclusión» que el operador económico, de acuerdo con lo recogido en los artículos 72.5 de la Ley 9/2017 y artículo 57.6 de la Directiva 2014/24, hubiera tomado las medidas autocorrectoras suficientes como para considerarse que ha puesto fin a tal situación de conflicto [algo que, como se ha mencionado en otros trabajos, es difícil de lograr desde la perspectiva del licitador en un supuesto de conflicto de interés (83)].

VIII. ¿SIGUEN SIENDO LOS ESTADOS MIEMBROS LOS DESTINATARIOS DE LA DISCRECIONALIDAD QUE ATRIBUYEN LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN POTESTATIVAS?

Llegados a este punto, cabe plantearse si lo anteriormente señalado —la limitación del alcance de las causas de exclusión en lo que se refiere al conflicto

(81) Artículo 18.1 de la Directiva 2014/24: «Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

(82) J. BERMEJO VERA (2008: 137)

(83) J. MIRANZO DÍAZ (2017a); J. MIRANZO DÍAZ (2017b: 191-205); J. MIRANZO DÍAZ (2017c).

de interés, por un lado, y la inaplicación del principio de proporcionalidad, por el otro— puede plantear dudas sobre su adecuación del precepto al derecho europeo [al menos su aplicación en contratos SARA]. Para determinar dicha adecuación, deberíamos poder responder a la pregunta sobre si estas alteraciones llevadas a cabo por parte del legislador nacional son legítimas y acordes con el derecho europeo. Se trata, por tanto, de una cuestión acerca de la discrecionalidad de los Estados Miembros en aplicación de derecho derivado comunitario.

El AG afirmó su opinión de la Sentencia TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services* afirmó que «la aplicación de los casos de exclusión facultativa se deja a la apreciación de los Estados miembro» [apartado 41], que pueden «acoger y, si quieren, flexibilizar los criterios de exclusión [potestativos]» [apartado 42] (84). Siguiendo el razonamiento esgrimido por el AG en el citado caso:

«[...] si corresponde a los Estados miembros definir qué causas de exclusión —entre las previstas como facultativas por la Directiva 2004/18— regirán en su propio ordenamiento, es lógico que estén habilitados para concretar las condiciones o requisitos de su aplicación. Podrán, por lo tanto, configurar esas causas con mayor o menor rigor, de modo que, si prefieren someter cada una de ellas, o solo algunas, a un juicio o contraste de proporcionalidad *ad casum*, nada en la Directiva 2004/18 lo impide» [apartado 43] (85).

El tribunal parece dejar claro, pues, que las causas de exclusión facultativas pueden o no ser transpuestas por los Estados Miembros a elección de los mismos, y que por tanto corresponde a estos, en caso de que así lo consideren, concretar las formas y criterios de aplicación (86).

Este razonamiento, además, parece haberse ratificado por los tribunales españoles, como se infiere del hecho de que, tanto el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, como el documento sobre los efectos directos de las directivas elaborado por los tribunales administrativos de contratación pública, consideren que el efecto directo de la Directiva 2014/24 no se aplica a la causa de exclusión por conflicto de interés, por entenderse que la facultad

(84) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*.

(85) Opinión del Abogado General Campos Sánchez-Bordona de 30 de junio de 2016 en TJUE C-171/15, *Connexion Taxi Services*; véase también TJUE, asunto C-199/15, *Ciclat*, de 10 de noviembre de 2016, apartado 36.

(86) Así lo ha entendido parte de la doctrina también para la Directiva 2014/24. A. HUERGO LORA (2017: 223-259).

de implementarla se dirige a los Estados Miembros (87). Sin embargo, éste último punto es, entendemos, cuestionable.

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que las interpretaciones del TJUE señaladas anteriormente se refieren a la Directiva 2004/18, y el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 presenta ciertas novedades en la redacción. Así, mientras que el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18, que recogía las cláusulas de exclusión potestativas, se establecía que «*los Estados miembros precisarán, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado*» (88); la nueva redacción prescinde del párrafo que preveía la libertad del legislador nacional para definir las condiciones de aplicación de las causas de exclusión potestativas.

Además, también se aprecia un cambio de redacción en cuanto al destinatario de la potestad de decisión. Así, la nueva redacción prevé que «*los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones [...]*», mientras que en el artículo 45.2 de la Directiva 2004/18, por el contrario el legislador se limitaba a afirmar que «*podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico [...]* (89)», sin especificar quién ostentaba la competencia de pronunciarse a tal efecto.

Los dos cambios mencionados, interpretados de forma conjunta, podrían al menos generar dudas sobre los destinatarios del artículo 57.4 de la Directiva 2014/24 o sobre el grado de discrecionalidad que el legislador europeo pretendía ceder al nacional en la aplicación y modificación de las condiciones de exclusión. Lo que sí es cierto es que esta explícita alusión a los poderes adjudicadores parece indicar que el artículo 57.4 se encuentra, por primera vez, dirigido a las entidades contratantes, y no a los Estados miembros —o, al menos, no exclusivamente—, trasladando a aquellas el poder discrecional principal a la hora de dilucidar, en cada caso concreto, si procede excluir o no al licitador en cuestión (90). Una legislación nacional que limita el alcance

(87) Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 9; *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016, p. 38.

(88) Cursiva añadida.

(89) Cursiva añadida.

(90) Así lo considera también PRIESS, que enciende que la nueva redacción encierra un claro cambio de destinatario en cuanto a las medidas de exclusión (y self-cleaning) se refiere. H. J. PRIESS (2014: 112-123).

de la causa de exclusión, como sucede con la española, impidiendo, debido al carácter tasado de las prohibiciones de contratar, a la entidad adjudicadora, *de facto*, ejercer un poder discrecional que la propia Directiva parece reservarle, alimentaría las dudas expuestas sobre la adecuación al derecho del precepto nacional que analizamos.

Lo que es indudable, en todo caso, es que la Ley 9/2017 conduce a una inaplicabilidad parcial del artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24, así como a una limitación artificial e innecesaria del alcance y una anulación práctica del fundamental principio de proporcionalidad. Pero, lo que es más, si entendemos que la nueva redacción de las causas de exclusión, y en especial del conflicto de interés, se dirige de forma directa a los poderes adjudicadores y reduce o elimina la discrecionalidad en su transposición por parte de los Estados Miembros, admitiríamos que su alcance no puede ser modificado por estos últimos, y que por tanto la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación caso por caso del conflicto de interés es un elemento esencial que no puede ser inaplicado por una norma nacional. Como ha afirmado MORENO MOLINA (2018: 142), la posibilidad de ponderación efectiva del principio de proporcionalidad en la adopción de medidas y el nuevo papel de las entidades adjudicadoras no pueden ser obviadas en su esencia por las legislaciones nacionales. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña lo consideró así para el caso de actos colusorios [57.4.d] e intento de influencia indebida en el proceso [57.4.i], al afirmar que «estas causas de exclusión son potestativas para los poderes adjudicadores pero se prevén en la Directiva sin dejar margen de maniobra a los estados miembros para su transposición» (91). Sin embargo, otros tribunales entendieron, como se ha mencionado, que todas las causas de exclusión facultativas iban dirigidas a los Estados Miembros y precisaban necesariamente de transposición, dejando un amplio margen discrecional al legislador nacional.

En todo caso, aunque entendiéramos que los Estados Miembros disponen aún de un cierto poder discrecional, podría cuestionarse si el principio de proporcionalidad, en tanto en cuanto ha sido expuesto como principio general por parte de la Directiva (92) y como elemento esencial en la aplicación de causas de exclusión facultativas, puede convertirse en estéril por medio de legislación nacional sin que esto suponga un quebranto del derecho europeo de la contratación pública y de las libertades de derecho originario que los

(91) Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente), pp. 19-20.

(92) Artículo 18.1 Directiva 2014/24, así como el considerando primero de la misma norma, que establece que la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios [de] proporcionalidad y transparencia.

principios pretenden garantizar (93). El TJUE ya ha proclamado, en relación a otras causas de exclusión como las relativas al falseamiento de la competencia [Artículo 57.4.d], la prohibición de que una ley nacional deje inaplicable el principio de proporcionalidad a través de una obligatoriedad de excluir (94). Un enfoque que ha sido ratificado de forma definitiva en el caso *MecaSrl* con respecto a una falta profesional grave (95), en el que el TJCE declaró que si los poderes adjudicadores quedaran vinculados automáticamente por la evaluación realizada por un tercero, sería difícil que preste especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar los motivos de exclusión, y que por tanto, «el Derecho de la Unión se opone a todo automatismo en cuanto concierne a la decisión de exclusión facultativa de un licitador por falta profesional grave, ya que tal decisión de exclusión necesariamente debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad» (96). En el caso de los conflictos de interés, en los que el texto de la Directiva hace especial insistencia en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad, el TJUE ha venido expresando la necesidad de que tanto la existencia de estos como el estudio de las actuaciones necesarias para su control deben ser apreciadas individualmente en cada caso (97) en base a un cierto margen discrecional, huyendo, de la misma manera que en aquellos casos de falseamiento de la competencia, de automatismos impuestos al poder adjudicador. Algo que, además, actúa como uno de los elementos sustanciales de la regulación comunitaria, ya que de ello depende la efectiva traslación de responsabilidad en la detección y gestión de conflictos de intereses a los órganos de contratación y la transformación de éstos en sujetos activos dentro de la lucha contra la corrupción.

IX. CONCLUSIONES: LAS DIFERENCIAS DE APROXIMACIÓN COMO ORIGEN DE LAS INCOHERENCIAS

Mientras el derecho de la contratación pública europeo ha apostado de forma decidida —y a nuestro juicio, acertada— por una aproximación funcional y flexible al conflicto de interés, que responde a las complejidades tanto del fenómeno como del sector a regular, el legislador español parece resuelto a mantener un sistema prescriptivo de la regulación, basado en las incompatibilidades del empleado público. Para garantizar una aplicación efectiva

(93) Véase nota al pie 67.

(94) TJUE, asunto C-144/17, *Lloyd's of London*, de 8 de febrero de 2018.

(95) En este caso, el sistema nacional italiano prohibía la exclusión de un licitador que hubiera reclamado la resolución o sentencia que determinaba la causa de exclusión (artículo 80(5)(c) del «Codice dei contratti pubblici»).

(96) TJUE, asunto C-41/18, *Meca Srl vs Comune di Napoli*.

(97) TJUE, asunto T292/15, *Vakakis*, de 28 de febrero de 2018, apartado 74.

del marco legal europeo y llevar a cabo una política de supervisión real por parte de las entidades adjudicadoras, debemos entender que el conflicto de interés no coincide con el de incompatibilidad del empleado público, pues una incompatibilidad implica siempre un conflicto de interés, pero no al revés, y del mismo modo, ni la una ni la otra tienen por qué corresponderse con una prohibición de contratar (98). El Observatorio de los Contratos Públicos, por su parte ya advirtió, en un documento elaborado por algunos de sus miembros, al legislador español sobre la necesidad de clarificar y distinguir las nociones de incompatibilidad, conflicto de intereses y prohibición de contratar, que no tiene por qué corresponderse entre sí, de forma que se puede excluir a un operador que no está incurso en incompatibilidad, o no excluir a un licitador que experimenta un conflicto de interés. El texto literal del informe advertía:

Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. Las dificultades de interpretación de las causas de incompatibilidad que permiten apreciar la existencia de una prohibición de contratar han provocado un gran número de resoluciones de las Juntas consultivas de contratación pública sobre todo en relación con el ámbito de la contratación local.

Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una «regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses» (como ya se había sugerido en el Informe 16/2014, de 17 de diciembre, Junta Consultiva Contratación Administrativa de Cataluña) (99).

(98) Las incompatibilidades corresponderían, pues, con determinados conflictos de interés que se consideran especialmente gravosos o evidentes. OCDE (2003), *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD guidelines and country experiences*. Paris: OECD Publications service, pp. 62 y ss. El Observatorio de los Contratos Públicos, por su parte ya advirtió al legislador español sobre la necesidad de clarificar y distinguir las nociones de incompatibilidad, conflicto de intereses y prohibición de contratar, que no tiene por qué corresponderse entre El texto literal del informe advertía:

«Se propone revisar la redacción del artículo 71.1.g) para proceder a la necesaria distinción entre prohibición de contratar, incompatibilidades y conflicto de intereses. [...] Por ello, sería recomendable que en vez de remisiones a la legislación en materia de incompatibilidades que dificultan la comprensión del texto, se adoptase una «regulación sustantiva, concreta y específica, que también establezca el procedimiento para detectar, evitar y resolver los eventuales conflictos de intereses»

J. M. GIMENO FELIÚ y J. A. MORENO MOLINA (2017); A. A. BARRETO MORENO (2017); en el mismo sentido, véase T. MEDINA ARNÁIZ (2017: 164).

(99) GIMENO FELIÚ, J.M. y MORENO MOLINA, J.A. (Dir.), *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*. Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017

La tipificación exhaustiva de supuestos de conflicto de la Ley 9/2017, reduce el alcance de su aplicación y modifica los principios básicos que el derecho europeo prevé para la misma.

Otros ordenamientos europeos, como Italia —artículo 80.4.d) del Codice dei contratti pubblici (100)— o Francia —artículo L2141-10 del Code de la Commande Publique (101)—, han transcrito de forma casi literal el texto de la Directiva 2014/24 a su normativa nacional, de forma que se hace depender el alcance de las causas de exclusión de la definición de conflicto de interés, y la competencia sobre su apreciación en cada caso concreto se atribuye a la entidad adjudicadora. La transposición a nuestro derecho nacional de las prescripciones comunitarias relativas al conflicto de interés evidencia, a nuestro juicio, que el legislador no ha comprendido —o no ha querido comprender— el fin último perseguido por las mismas, que no es otro que la cesión de responsabilidad [y discrecionalidad] a la entidad adjudicadora hacia la evaluación de los conflictos de interés, de forma que se facilite la adopción de medidas adaptadas a las necesidades concretas de cada caso. Algo que, además, se pone de manifiesto expresamente por la reciente jurisprudencia del TJUE que, por un lado, se opone a todo automatismo en la aplicación de causas de exclusión facultativas, y por otro, reconoce, por vez primera, y el traslado de responsabilidad a los órganos de contratación en esta materia, incluyendo la posibilidad de condenar a la Administración a indemnizar a los licitadores cuando la actuación de aquella fue manifiestamente insuficiente o deficiente.

Al sustentarse en aproximaciones diferentes, la regulación europea y española sobre el conflicto de interés colisionan desde la base inspiradora de las mismas. Mientras la perspectiva prescriptiva del conflicto de interés del legislador español encuentra su fundamento último en origen sancionador de las prohibiciones de contratar, que precisa de una esencial positivización, un importante grado de detalle y una actuación meramente mecánica o pasiva de la entidad adjudicadora en su aplicación, el legislador europeo parece fundar su regulación en la teoría de la discrecionalidad administrativa, mucho más flexible, que deriva una gran responsabilidad de aplicación sobre el órgano de contratación y que basa su examen en la aplicación directa de los principios del derecho sobre su actuación.

(100) El texto que regula la causa de exclusión establece: *«la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile*. Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

(101) En el caso francés, la Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 establece: *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens*.

No obstante, a nuestro juicio, ambas aproximaciones pueden ser compatibles, siempre y cuando los ámbitos de aplicación, alcance y fundamentos jurídicos de cada una sean claros y diferenciados. Un control de discrecionalidad a través del análisis y examen de los conflictos de interés debe tener una mayor amplitud y aspirar a alcanzar toda posible situación de conflicto, de cara a poder subsanarla en aplicación directa de los principios de integridad, buena administración y proporcionalidad. Reducir la posibilidad de exclusión a la concurrencia de casos tasados de incompatibilidades supondría limitar artificialmente un fenómeno de especial riesgo, dejando fuera de su aplicación efectiva multitud de casos grises o difusos.

Por ello, el traslado de la responsabilidad inquisidora de los órganos de control al poder adjudicador para un control efectivo a individualizado se antoja un elemento esencial de cara a la instrumentalización de los agentes intervinientes en el proceso, que debe actuar como uno de los elementos esenciales en la estrategia hacia la integridad (102).

Lo anterior no quita, sin embargo, que determinadas situaciones de conflicto de intereses, por considerarse especialmente flagrantes o riesgosas para la integridad de la Administración, puedan ser merecedoras de sanción disciplinaria o de cualquier otro tipo, lo cual deberá ajustarse a un estricto principio de legalidad y deberá ser expresamente previsto por el legislador (103). Pero, en todo caso, las causas de exclusión en materia de contratación en relación con el conflicto de intereses deben responder a un enfoque funcional del fenómeno que no ponga cerco artificialmente a su alcance.

Podría ocurrir, en este hipotético supuesto planteado de convivencia entre la aproximación de conflicto de interés e incompatibilidades, que un conflicto de interés regulado como incompatibilidad pudiera dar lugar a la imposición de sanción al empleado público afectado pero que, debido a que se han tomado otras medidas para su control y erradicación [ej., recusación del empleado en cuestión del procedimiento] no concluyera con la exclusión del operador económico afectado. Aquí radica, en nuestra opinión, el error del legislador español, el cual, al regular la causa de exclusión del conflicto de interés, lleva a cabo una normativización de la prohibición de contratar basada exclusivamente en las incompatibilidades que despoja de poder a la entidad adjudicadora en el abordaje del conflicto de interés, relegándolo a una posición pasiva, eliminando la responsabilidad que le otorga la norma europea y privando, por un lado, de aplicabilidad al principio de proporcionalidad en aquellos casos expresamente contemplados como causas de exclusión —con el posible perjuicio para los licitadores y riesgo para el principio de competencia—, y dejando, por

(102) C. YUKINS (2010: 82).

(103) H. J. PRIESS (2002: 153).

otro, inaplicable la exclusión a un determinado número de casos que, por su características subjetivas u objetivas, no están comprendidos en el precepto.

Las medidas de prevención del conflicto de interés, en definitiva, incluida en su caso la exclusión del licitador, deben ser abordadas desde una perspectiva funcional —y no formal— del fenómeno, sin perjuicio de las posibles sanciones disciplinarias que puedan derivar del caso. La diferenciación de ambas aproximaciones debe quedar clara de cara a una óptima sistematización del sistema de prevención y control de conflictos que esté en línea con el derecho europeo, lo cual obligaría, a nuestro entender, a repensar el sistema de prohibiciones de contratar actual. (104)

X. BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, Jean-Bernard (2017): «Corruption and conflict of interest: some comparative comments», en Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ y Juli PONCE SOLÉ (2017) *Preventing corruption and promoting good government and public procurement*. Bruselas: Bruylant, 2017, pp. 123-131.
- BAENA GARCÍA, Lara (2016): *et al. La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya*. Barcelona: Oficina Antifrau de Catalunya, pp. 34-36.
- BAÑO LEÓN, José María (2000): «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, n.º 151, pp. 11-38.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro (2017): «Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios», *Revista de Derecho*, 47.
- BERBEROFF, Dimitry (2018): «La doctrina del tribunal de justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 163-202.
- BERGEN, Mark, DUTTA, Shantanu y WALKER, Oliver C. (1992): «Agency Relationships in Marketing: A Review of the Implications and Applications of Agency and Related Theories», *Journal of Marketing* Vol. 56, n.º 3, pp. 1-24.
- BERMEJO VERA, José (2008): «Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº Extra 10 (Ejemplar dedicado a: El derecho de los contratos del sector público), pp. 109-140.

(104) J. M. GIMENO FELIÚ (2016: 26).

- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2014): *El principio de integridad en la contratación pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- COMISIÓN EUROPEA (2011): *Report from the Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*. Presentado al Presidente de la República Francesa el 26 enero 2011.
- FAZEKAS, Mihály y TÓTH, István János (2016): «From Corruption to State Capture. A New Analytical Framework with Empirical Applications from Hungary», *Political Research Quarterly*, vol. 69, Issue 2.
- FAZEKAS, Mihály y TÓTH, István János y KING, Lawrence P. (2013): «Anatomy of grand corruption: A composite corruption risk index based on objective data», *Corruption Research Center Budapest Working Paper series CRC-WP/2013:02*.
- FERNÁNDEZ MALLOL, Antonio Luis (2014): «La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno». *reALA nueva época*, n.º 2, 2014.
- GIMENO FELIÚ, José María (2015a): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España», en Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa. Curso de verano sobre «Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea», Oporto, 7 de septiembre de 2015.
- (2015b): «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad». En: GIMENO FELIÚ *et al.* *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública (X Jornadas AEPDA)*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 37-105.
 - (2016): «La corrupción en la contratación pública», en Abraham CASTRO MORENO y Pilar OTERO GONZÁLEZ (dirs.) *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Dykinson.
 - (2019): *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Principales novedades, los problemas interpretativos y sus soluciones*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GIMENO FELIÚ, José María y MORENO MOLINA, José Antonio (dir.) (2017): *Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)*. Observatorio de Contratación Pública, 30 de enero de 2017.

- GÓMEZ FARIÑAS, Beatriz. (2017): «Comentario a la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 27 de abril de 2016. La regulación de los conflictos de intereses en la contratación pública en el marco de la cuarta generación de directivas». *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, n.º 148.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (2019): «Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCP», *Actualidad administrativa*, n.º 6, 2019.
- GORBANEFF, Yuri (2003): «Teoría del Agente-Principal y el mercadeo», *REVISTA Universidad EAFIT*, n.º 129, pp. 75-86.
- GORDON, Daniel I. (2005): «Organizational Conflicts of Interest: A Growing Integrity Challenge», *GWU Law School Public Law Research Paper*, n.º 127, Febrero de 2015. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=665274>.
- HAYKEN, Gregory S. (2006): «Comparative Study: The Evolution of Organizational Conflicts of Interest Law in Europe and the United States», *Public Procurement Law Review*, 3, pp. 137 y ss.
- HUERGO LORA, Alejandro (2017): «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista española de derecho administrativo*, n.º 182, pp. 223-259.
- IBIDAPO-OBE, Babatunde (2016): «The many faces of conflict of interests in public procurement in Nigeria», *7th public procurement research students conference*, 8 y 9 de septiembre 2016, University of Nottingham.
- JENNY, Frédéric (2005): «Competition and Anti-Corruption Considerations in Public Procurement», en OECD, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris, chapter 3, p. 31.
- JURICH, James (2012): «International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review». *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 4, pp. 244 y ss
- LYON, Eve (2006): «Organizational Conflicts of Interest: A Practical Legal Issue in Implementing the Vision for Space Exploration, a View from the Trenches», *Journal of Space Law*, 32, pp. 111 y ss.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel (2016): *Contratación Pública y Transparencia: medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*. Madrid: Wolters Kluwer.
- McAFEE, R. Preston y McMILLAN, John (1987): *Incentives in Government Contracting*. Toronto: Toronto University Press.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2015): «La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en José

- María GIMENO FELIÚ et al. *Observatorio de los contratos públicos. Las nuevas directivas de contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 383-394.
- (2016): «La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa», *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, pp. 77-112.
 - (2017): «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 205, 2017, pp. 156-173.
 - (2018): «Las prohibiciones de contratar», en José María GIMENO FELIÚ (dir.) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 749-802.
- MELLADO RUIZ, L. (2017): *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*. Valencia, Tirant lo Banch.
- MIRANZO DÍAZ, Javier (2017a): «Los conflictos de interés como causas de exclusión», *Observatorio de Contratación Pública*, Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.265/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.227d5d3ad762a4bc2021bd88188e0cac>.
- (2017b): «The procedural treatment of conflicts of interest in EU public procurement», en Guido FERRARI, Giorgio GARAU y José MONDÉJAR JIMÉNEZ *Tourism, Economy and Environment*. Oxford: Chartridge Books Oxford, pp. 191-205.
 - (2017c): «Los conflictos de interés tras las directivas de contratación De 2014», en J. M. GIMENO FELIÚ, *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 469-488.
 - (2018a): «La Ley 9/2017 y la prevención de los conflictos de intereses: consideraciones y propuestas de aplicación», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 159, 2019, p. 4 y ss.
 - (2018b): *El nuevo Derecho de la UE: las medidas anticorrupción en la contratación pública*. RUIDERA, Repositorio Universitario Institucional de Recursos Abiertos. Disponible en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/18751?show=full>.
 - (2019): «El necesario cambio de paradigma en la aproximación a la corrupción en la contratación pública europea: propuestas para su sistematización», *Revista General de Derecho Administrativo*, 51.
- MORENO MOLINA, José Antonio (2011): *Derecho global de la contratación pública*. México DF: Ubijus.
- (2016): «La destacada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos en el año 2015», en José María GIMENO FELIÚ *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 137-167.

- (2018): «El derecho europeo de los contratos públicos como marco de referencia de la legislación estatal», en J. M. GIMENO FELIÚ, *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi,, pp. 133-161.
- MORENO MOLINA, José Antonio, PUERTA SEGUIDO Francisco Eusebio, PUNZÓN MORALEDA, Jesús y RAMOS PÉREZ OLIVARES, Alfredo (2016): *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer.
- PEIRONE, Franco (2017): «Competing Anti-Corruption Strategies for ensuring Integrity in Public Contracts: U.S. and EU systems compared», *Procurement Law Journal*, n.º 1, 23, pp. 23-39.
- PRIESS, Hans-Joachim (2002): «Distortions of competition in tender proceeding», *Public Procurement Law Review*, 11, pp. 153 y ss.
- (2014): «The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, n.º 3, pp. 112-123.
- REED, Quentin (2008): «Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them», *U4 ISSUE Anti-Corruption Resource Centre*.
- ROSS, Stephen A. (1973): «The economic theory of agency: the principals problem», *American Economic Review*, vol. 63, n.º 2, pp. 134-39.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert (2014): «Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2014/24», en François LICHERE, Roberto CARANTA y Steen TREUMER (eds.) *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement. European Procurement Law Series*, Copenhagen: Djøf Publishing, pp. 97-129.
- (2016): «La aplicación de la teoría de agencia a la prevención de conflictos de interés en contratación pública bajo la Directiva 2014/24/UE», *Economía Industrial: análisis económico del Derecho*, n.º 398, 2016, pp. 103-110.
- SEMPLE, Abby (2015a): «Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 3/2015, pp. 171-186.
- SEMPLE, Abby (2015b): «Conflicts of interest under EU procurement law», *OLAF/Freedom House Seminar*. Cluj-Napoca, Romania, 27 noviembre de 2015.
- SOLOVEICIK, Deividas y SIMANSKIS, Karolis (2017): «The Evolving Concept of «Conflict of Interest», in the EU Public Procurement Law», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 2/2017, pp. 112-131.
- SOUDRY, Ohad (2007): «A Principal-Agent Analysis of Accountability in Public Procurement», en Gustavo PIGA y Khi V. THAI (eds.), *Advancing Public*

- Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing*, Boca Raton, FL, USA: PrAcademics, pp. 432-450.
- TAYLOR, James W. (1984): «Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation». *Public Contract Law Journal*, 15, pp. 107 y ss.
- TREPTE, Peter (2005): «Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations», *Document prepared for the OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*. OECD Document No: Unclassified – GOV/PGC/ETH.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel (2006): «Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses un informe comparativo», *Revista da Escola Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 1, pp. 217-255.
- WU, Hao y SUN, Xiaoqi (2014): «Managing Conflicts of Interest in China's Public Sector: Fighting Corruption at the Early Stage», *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, n.º 1, pp. 146-169.
- YUKINS, Christopher (2010): «A Versatile Prism: Assessing Procurement Law through the Principal-Agent Model». *Public Contract Law Journal*, Vol. 40, n.º 1, pp. 63-89.

GENÉTICA Y DERECHO. LA MEDICINA GENÓMICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD (*)

JUAN ALEJANDRO MARTÍNEZ NAVARRO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LOS CONFLICTOS JURÍDICOS Y ÉTICOS VINCULADOS A LA MEDICINA GENÉTICA.– II. LOS DATOS GENÉTICOS. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS: 1. Naturaleza jurídica. 2. Grupo normativo regulador: A) Los datos genéticos en el ámbito internacional. B) Los datos genéticos en la Unión Europea. C) Los datos genéticos en España.– III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS GENÉTICOS: 1. Los biobancos: definición, tipos y funciones. 2. La protección de los datos en los biobancos: A) Almacenamiento y conservación de los datos. B) Los Comités Científicos y de Ética.– IV. LA MEDICINA GENÉTICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL. LOS DERECHOS DEL PACIENTE: 1. Derecho al consejo genético y las pruebas predictivas: A) La definición de consejo genético. B) El derecho al consejo genético y las pruebas diagnósticas, predictivas o con fines terapéuticos. C) La importancia de la medicina predictiva y la necesidad de garantizar el derecho al consejo genético. D) El consejo genético en el Sistema Nacional de Salud. 2. El derecho a la medicina personalizada: A) El fenómeno de la medicina personalizada. B) La medicina personalizada en los sistemas públicos de salud. C) Los retos que plantea la medicina personalizada: a) El coste de implantación. b) Un acceso igualitario. 3. El derecho a la edición genética reproductiva: A) Marco normativo regulador: a) La edición genética en el ámbito internacional. b) La edición genética en los Estados Unidos. c) La edición genética en la Unión Europea. d) La edición genética en España. B) El debate jurídico que plantea la edición genética. C) La edición genética y su integración en el SNS.– V. A MODO DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La medicina genética o genómica es una realidad, su integración en nuestra sociedad y en los sistemas de salud es imparable. Las posibilidades que ofrece esta tecnología para el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades son inauditas e incalculables. No obstante, el desarrollo de esta técnica supone también hacer frente a importantes cuestiones, algunas de ellas apremiantes para el Derecho. Al respecto en este trabajo se tratará la protección, almacenamiento y tratamiento de los datos genéticos, especialmente a través de los biobancos; así como la implicación de la medicina genética en los derechos del paciente (derecho al consejo genético y a las pruebas predictivas, y el derecho a la medicina personalizada).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 16 de noviembre de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 30 de diciembre de 2019.

Palabras clave: medicina genética; Sistema Nacional de Salud; datos genéticos; biobancos; derechos del paciente.

ABSTRACT: Genetic or genomic medicine is a reality, its integration into our society and health systems is unstoppable. The possibilities offered by this technology for the diagnosis and treatment of diseases are unprecedented and incalculable. However, the development of this technique also involves addressing important issues, some of them pressing for the Law. In this regard, the protection, storage and treatment of genetic data will be discussed, especially through biobanks; as well as the involvement of genetic medicine in the rights of the patient (right to genetic counseling and predictive tests, and the right to personalized medicine).

Key words: genetic medicine; National system of health; genetic data; biobanks; patient rights.

I. INTRODUCCIÓN. LOS CONFLICTOS JURÍDICOS Y ÉTICOS VINCULADOS A LA MEDICINA GENÉTICA

La medicina genética o genómica ha evolucionado a un ritmo vertiginoso durante las últimas décadas. El descubrimiento del mapa del genoma humano, que se inició en el año 1990 y fue completado en el año 2003, supuso el inicio de un asombroso desarrollo de nuevas técnicas y mecanismos cuya finalidad ha sido conservar, informar o alterar los datos genéticos humanos (1).

Todo este desarrollo ligado a la gran relevancia que presenta la medicina genética no está exento de importantes retos que se extienden más allá de lo científico, y que requieren la necesaria intervención del Derecho. Los principales desafíos ya fueron detectados y expuestos durante los primeros años del proyecto Genoma Humano (2), siendo los siguientes: la autonomía del individuo, la privacidad de los datos genéticos, la equidad en el acceso y la dignidad (3).

La autonomía y la privacidad quedan vinculadas al conocimiento y disposición que posean los usuarios y pacientes. La autonomía supone principalmente la capacidad de controlar la información. En la obtención y manejo de esta

(1) L. FEITO GRANDE, 2014: 114. En palabras de FEITO GRANDE, «si la investigación genética inicialmente trataba de explicar la herencia y las causas genéticas de las enfermedades y los rasgos, el enfoque genómico actual plantea un enfoque hacia los sistemas complejos, centrandó su atención en la interacción entre la predisposición genética y los factores ambientales, utilizando biomarcadores para identificar y guiar las terapias. La medicina personalizada que ahora se está desarrollando es, por tanto, una nueva aproximación para clasificar, comprender, tratar y prevenir la enfermedad, basada en datos e información sobre diferencias individuales biológicas y ambientales».

(2) B. M. KNOPPERS y R. CHADWICK, 1994: 2035 y ss.

(3) L. FEITO GRANDE, 2014: 115.

información surgen numerosas complicaciones relacionadas con la privacidad y confidencialidad (4). Esto ha requerido un complejo sistema desarrollado a lo largo de los últimos años destinado a recolectar, almacenar y distribuir los datos genéticos (5).

El acceso equitativo a la investigación genética y sus beneficios es otro de los grandes retos que plantea este campo. Se trata de una cuestión de igualdad de derechos. Al respecto la Administración Pública tiene la obligación de evitar la desigualdad y la discriminación especialmente de los sectores más vulnerables, bien por falta de capacidad económica, bien por mayores necesidades médicas como pueden ser enfermos crónicos, incapaces, tercera edad, etc.

Finalmente, destacando sobre todos surge la cuestión de la dignidad humana. La dignidad es «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la pena» (STC 120/1990, FJ 4º). Su esencia de valor inspirador del resto de derechos, lo sitúan, en mi opinión, fuera de cualquier agrupación de éstos, y a la vez formando parte de cada uno. Nos encontramos pues ante el principio jurídico más básico, aquel que le da fundamento al resto de derechos.

No obstante, en la actualidad, la medicina genética plantea otros muchos retos especialmente en lo relativo a los derechos del paciente. El desarrollo de este campo, la diversidad de técnicas perfeccionadas y el abaratamiento de las mismas están provocando su inclusión en los servicios de salud públicos. Cada vez más, los usuarios de estos sistemas son conscientes de los numerosos beneficios del campo de la genética y demandan su integración plena en el sistema público. Por consiguiente, cabe plantear si algunas de las aplicaciones relacionadas con la medicina genética pueden ser consideradas o no como derechos del paciente, al respecto hago referencia a la medicina personalizada, el consejo genético y las pruebas predictivas, o la edición genética.

II. LOS DATOS GENÉTICOS. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Los datos genéticos son «*todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón here-*

(4) A. PALOMAR OLMEDA, 2018: 255 y ss.

(5) J. F. PÉREZ GÁLVEZ, 2019: 22 y ss. Como acertadamente expone PÉREZ GÁLVEZ, es imprescindible evitar el monopolio de los intereses comerciales que hagan un uso discriminatorio o abusivo de las tecnologías que se desarrollan. Por ello, es conveniente conocer cómo la medicina genética y en particular los datos genéticos afectan a la autonomía y la privacidad de los pacientes.

ditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados» [Recomendación R (97) 5 del Consejo de Europa]. En esta misma línea, podemos considerar los datos genéticos como aquellos datos «relativos a las características hereditarias de una persona o de varias personas de la misma familia» (6).

En palabras de ROMEO CASABONA (7), los datos genéticos, o material genético, son «todos los factores hereditarios de la persona contenidos en los cromosomas, entendiendo que todas las células de dicho organismo contienen tal información genética». Por consiguiente, el material genético expone información «sobre cada individuo, sobre su familia biológica y sobre la especie a la que pertenece».

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define datos genéticos como «los datos personales relacionados con características genéticas, heredadas o adquiridas, de una persona física, provenientes del análisis de una muestra biológica de la persona física en cuestión, en particular a través de un análisis cromosómico, un análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) o del ácido ribonucleico (ARN), o del análisis de cualquier otro elemento que permita obtener información equivalente (Considerando 34)». Los datos genéticos deben proporcionar «una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona (art. 4.13)».

Finalmente, cabe destacar, con un tono más técnico, la definición aportada por la UNESCO, quien define el dato genético como «la información sobre las características hereditarias de las personas, obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos» (8).

¿Qué hace que los datos genéticos sean tan relevantes? Estos datos son inmodificables y poseen características propias que los hacen únicos, especialmente en el ámbito de la salud. Los datos genéticos se entienden como datos sanitarios cuando tienen la potencialidad de manifestar información sobre el estado de salud presente o futuro; no, en cambio, cuando su recogida y tratamiento se orientan a otra finalidad (9).

(6) Vide Ley luxemburguesa de 2 de agosto de 2002 relativa a la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal, artículo 2.g).

(7) C. M. ROMEO CASABONA, 2002: 4.

(8) Vide UNESCO, *Declaración Internacional sobre los datos Genéticos Humanos*, 2003.

(9) A. CORDIANO, 2014: 174.

1. Naturaleza jurídica

Lo conveniente es discernir qué son los datos genéticos para el Derecho. En primer lugar, los datos genéticos son considerados como datos personales. Como tales, en el ordenamiento de la Unión Europea quedan regulados por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), y definidos como «*toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona*» [RGPD, art. 4.1)].

En el ordenamiento nacional español, la protección de los datos personales está vinculada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (Constitución Española, art. 18.1). Como desarrollo de este derecho fundamental, y de acuerdo a las exigencias del RGPD, los datos personales quedan bajo la tutela de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

En un segundo plano, los datos genéticos, como parte integrante de los datos sobre salud, son incluidos dentro de los datos especialmente sensibles, como «*aquellos que tienen una especial incidencia en la vida privada, en el ejercicio de las libertades o riesgos para prácticas discriminatorias*».

El RGPD considera como datos especialmente sensibles aquellos que «*revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física*» (art. 9.1). Al respecto, los datos genéticos tienen la capacidad de reflejar no sólo la salud actual del sujeto, sino también información pasada y futura, física y hasta psicológica. Por ello, es razonable pensar que los datos genéticos son especialmente sensibles en un grado mayor incluso que el resto de datos sobre salud (10).

Como datos personales especialmente sensibles ven limitado su uso a la obtención del consentimiento del sujeto fuente.

(10) Á. A. GUERRERO M., 2008: 226.

2. Grupo normativo regulador

A) Los datos genéticos en el ámbito internacional

La primera referencia significativa la encontramos en el Código de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección de datos personales de laboratorio (1996), que en su artículo 6.12 prohíbe la indagación genética sobre los trabajadores, salvo que expresamente se autorice por Ley (11).

La UNESCO ha sido el organismo internacional más productivo en materia de datos genéticos. Emitió la primera Declaración Universal Sobre El Genoma Humano y los Derechos Humanos el 11 de noviembre de 1997, calificando al genoma humano como «*patrimonio de la humanidad*» (art. 1), prohibiendo cualquier discriminación por motivos genéticos (art. 2).

En la segunda Declaración Internacional Sobre Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, se reconoce el derecho a ser o no informado de los resultados de los exámenes genéticos y sus consecuencias (art. 10). En la Declaración Universal sobre Bioética y Derecho Humanos, de 19 de octubre de 2005, garantiza el derecho a que toda intervención médica o investigación científica deba ser llevada a cabo bajo consentimiento libre, expreso e informado (art. 6) (12).

Finalmente, cabe destacar los documentos desarrollados por la OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) denominados *Best Practice Guidelines for Biological Resource Centres*, que establecen métodos de actuación para biobancos, indicando formas operativas para acceder, recoger y almacenar material (13).

B) Los datos genéticos en la Unión Europea

Siguiendo un nivel jerárquico, podemos identificar las siguientes disposiciones en relación con los datos genéticos:

(11) El Consejo de Europa, en la Convención sobre los Derechos del Hombre y sobre la Biomedicina, firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997, en el artículo 11 prohibió cualquier forma de discriminación a personas por razón de su patrimonio genético. Además, limitó las pruebas genéticas predictivas a fines exclusivamente médicos o de investigación (artículo 12).

Con posterioridad, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la Recomendación R(2006) sobre la investigación de material biológico de origen humano, informó en el principio n. 16 sobre la necesidad de regular la transmisión del material biológico y los datos personales a países extranjeros, con el fin de que el Estado de destino garantice una protección adecuada.

(12) A. CORDIANO, 2014: 193-194.

(13) Vide OECD, *Best Practice Guidelines for Biological Resource Centres*, 2016, <http://www.oecd.org/sti/biotech/oecdbestpracticeguidelinesforbiologicalresourcecentres.htm>.

En primer lugar, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 21, prohíbe cualquier discriminación basada en las características genéticas. Esto quedó plasmado con posterioridad en el Tratado de la Unión Europea, artículo 6.

Con independencia del derecho originario de la UE, la Directiva 2006/17/CE, del 8 de febrero de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos (14), establece requisitos para la obtención de células y tejidos humanos, así como los criterios para la selección de donantes (15).

Finalmente, toda esta normativa queda complementada por el documento de trabajo sobre los datos genéticos adoptado el 17 de marzo de 2004 (Wp 91), desarrollado por el Grupo para la tutela de las personas en relación con el tratamiento de los datos personales (en relación con la Directiva 95/46/CE sobre la protección de datos, derogada por el RGPD).

C) Los datos genéticos en España

La regulación de los datos genéticos en España se asienta, principalmente, sobre la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, que tiene por objeto, a tenor de los rápidos avances, regular esta materia. Entre las aportaciones que ofrece la Ley, establece una regulación de las pruebas genéticas y de los biobancos (16) (17).

En segunda instancia, el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento

(14) Mención especial merece la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que ordena la adopción de las medidas necesarias para la protección de los datos, entre los que se incluyen los genéticos. Entre otras funciones, se encarga de establecer normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos destinados a su aplicación en el ser humano, así como de productos elaborados derivados de células y tejidos humanos destinados a su aplicación en el ser humano, con el fin de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana.

(15) A. CORDIANO, 2014: 195.

(16) N. JOUVE DE LA BARREDA, 2008: 2.

(17) M. Á. RAMIRO AVILÉS, 2008: 784. Del mismo modo, garantiza el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos. De este modo, la Ley establece sus bases «sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación (preámbulo de la Ley)».

de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica.

Finalmente, mención especial merece la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Primeramente, es necesario indicar que se ha perdido una formidable oportunidad para establecer, ahora sí, una regulación profunda y plena sobre la protección de datos en el ámbito sanitario. Se ha requerido más de veinte años para proceder a la modificación de la norma cumbre sobre protección de datos, por lo que cabe entender que la LO 3/2018 ha venido para quedarse durante mucho tiempo.

La gran novedad de la nueva regulación en materia de protección de datos es la mención expresa que se hace sobre los datos genéticos. En la anterior regulación (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) no se hacía alusión sobre los datos genéticos, que quedaban integrados dentro de los datos relativos a la salud. En la actual regulación, los datos genéticos aparecen regulados expresamente como datos especialmente sensibles (18).

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS GENÉTICOS

1. Los biobancos: definición, tipos y funciones

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, y el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre establecen que un biobanco es un «*establecimiento público o privado, sin ánimo de lucro, que acoge una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica y organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino*».

Aunque en la actualidad los biobancos son instituciones independientes con una estructura física individualizada, años atrás formaban parte de los hospitales (19). En cualquier caso, siempre se han concebido como «una estruc-

(18) La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales incluye 3 nuevas categorías como datos especialmente protegidos: los datos genéticos, los datos biométricos y los datos relativos a la orientación sexual.

(19) A. BOSCH-COMAS y M. M. MORENTE, 2011: 643-644: «Pero si bien estos biobancos en instituciones de excelencia se consideran un hecho ineludible, el resto de los centros, incluidos aquellos hospitales de tamaño medio, están igualmente llamados a desempeñar un papel fundamental en la captación, manipulación, conservación y cesión de muestras biológicas, especialmente aquellas generadas en el ámbito de ensayos clínicos, grandes proyectos cooperativos y enfermedades raras. En este sentido es especialmente valorable el esfuerzo

tura de apoyo a la investigación biomédica que facilita la conexión entre lo asistencial y la investigación más básica que precisa de muestras biológicas, abriendo así la oportunidad a la traslación o aplicabilidad de la misma» (20).

Como indica CASADO DA ROCHA (21), la recogida de muestras no es nada nuevo, pero «los recientes avances en genética han incrementado el interés científico de estos establecimientos para la investigación o herramientas terapéuticas, creándose muchos biobancos nuevos y buscando facilitar y potenciar el uso de los ya existentes». La novedad de este sistema fue reflejada en Time Magazine, en su reportaje sobre 10 ideas que están cambiando el mundo en 2009 (22).

Los biobancos se pueden dividir atendiendo a su diseño y a su estructura (23). Atendiendo a su diseño, los biobancos se clasifican en: biobancos poblacionales, cuya finalidad es identificar biomarcadores de susceptibilidad e identidad de la población en general; biobancos epidemiológicos (24), los cuales almacenan muestras con una gran variedad de patologías; y los biobancos de enfermedades, son aquellos enfocados a la identificación de marcadores de exposición. Dependiendo de la estructura de los biobancos, estos pueden clasificarse como: biobancos en red, aquellos biobancos, que teniendo una organización descentralizada, se agrupan en torno a un nodo central que es constituido como una figura jurídica única e independiente; red de biobancos, como aquella asociación de biobancos alrededor de un nodo central que actúa como nexo entre ellos, sin ser una entidad jurídica independiente; finalmente, el Biobanco Nacional con fines de investigación biomédica, que es aquel creado por la persona titular del Ministerio de Ciencia e Innovación.

del Instituto de Salud Carlos III en la promoción de una Red Nacional de Biobancos (www.redbiobancos.es), integrada en su programa de Redes Temáticas de Investigación Cooperativa, constituyendo la principal aportación española a la futura Infraestructura Pan-europea de Biobancos BBMRI-ERIC».

(20) S. ZAZO y F. ROJO, 2013: 420.

(21) A. CASADO DA ROCHA, 2010: 2.

(22) S. ZAZO y F. ROJO, 2013: 428. Tal y como establece el Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, la prioridad de la biomedicina es la identificación de nuevas dianas terapéuticas que permitan descubrir nuevas opciones de diagnóstico y tratamiento, principalmente de forma predictiva. Los biobancos también pueden desarrollar una función de armonización de las pruebas ya existentes y generar nuevas colecciones de muestras, asegurar la calidad de las muestras, dar apoyo a la investigación científica facilitando el acceso a las muestras, y proteger el derecho de los donantes.

(23) S. ZAZO y F. ROJO, 2013: 421-422.

(24) J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2016: 1 y ss.

2. La protección de los datos en los biobancos

El desarrollo de normativa vinculada con los datos genéticos ha sido muy fructífero en los últimos años. No obstante, la regulación destinada a la protección, conservación y uso adecuado de los datos genéticos ha sido muy escasa. No ha sido hasta la aprobación del Real Decreto 1716/2011 cuando se ha establecido una regulación adecuada al respecto (25).

El legislador a la hora de desarrollar el Real Decreto fue consciente de la importancia de los datos genéticos, enmarcados dentro de los datos de carácter personal y, por lo tanto, especialmente sensibles, adoptando un adecuado control (26) (27).

Hay 3 aspectos claves que deben ser tratados en lo concerniente a la protección de los datos almacenados en los biobancos: el consentimiento informado, la prioridad de los intereses y los comités de ética e investigación.

A) Almacenamiento y conservación de los datos

La Directiva 2004/23/CE en el artículo 14 relativo a la protección de datos y confidencialidad establece que serán los Estados miembros los responsables de tomar las medidas necesarias para *«garantizar que todos los datos, incluidos los de carácter genético [...] a los que tengan acceso terceros, se hayan convertido en anónimas, a fin de que el donante y el receptor ya no sean identificables»*.

Para ello la Directiva establece un elenco de pautas mínimas que deben seguir los Estados a la hora de adoptar medidas (art. 14.2). Estos deben garantizar la seguridad de los datos, así como salvaguardarlas para evitar adiciones, supresiones o modificaciones no autorizadas; se deben establecer procedimientos para solventar las discrepancias en los datos; y se tiene que impedir la revelación no autorizada de información garantizando al mismo tiempo la trazabilidad de las donaciones.

Finalmente, apremia a los Estados miembros a que protejan la identidad tanto del receptor como del donante, y familiares.

En lo referente al almacenamiento de las muestras (células y tejidos), la Directiva en el artículo 21 establece que los establecimientos que almacenen tales materiales velarán por que todos estén documentados en los manuales de procedimientos. De igual modo, estos establecimientos *«velarán por que todos*

(25) J. GARCÍA DEL POZO, M. C. MARTÍN-ARRIBAS y J. ARIAS-DÍAS, 2013: 374-379.

(26) L. CABRERO FELIU, F. J. DE ABAJO IGLESIAS, C. DE LA FUENTE HONRUBIA y M. A. SERRANO CASTRO, 2012: 118-125.

(27) C. MARTÍN ARRIBAS y J. ARIAS-DÍAS, 2011: 209-211.

los procesos de almacenamiento se desarrollen en condiciones controladas». Para la apropiada conservación es también necesario aplicar los procedimientos necesarios para el acondicionamiento a las áreas de almacenamiento (28).

Las muestras biológicas de origen humano que sean destinadas a la investigación serán almacenadas en el biobanco o bien conservadas para su posterior utilización en un proyecto de investigación fuera del ámbito organizativo de un biobanco (art. 22) (29).

Cuando las muestras fuesen obtenidas con finalidad inicialmente diagnóstica o terapéutica, el uso para investigación de las mismas en ningún caso podrá comprometer aquellos fines. Corresponderá a los profesionales responsables del uso diagnóstico o terapéutico de la muestra, previo consentimiento del sujeto, la asignación de una parte de la misma para su uso en investigación. Cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o su familia lo necesiten, podrán hacer uso de las muestras, siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas.

(28) *Vide Directiva 2004/23/CE, Artículo 6, relativo a la acreditación, designación o autorización de los establecimientos de tejidos y los métodos de preparación de células y tejidos: «1. Los Estados miembros garantizarán que todos los establecimientos de tejidos en los que se realicen actividades de evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento o distribución de células y tejidos humanos destinados a aplicaciones en seres humanos sean acreditados, designados o autorizados para llevar a cabo dichas actividades por una autoridad competente. 2. La autoridad o las autoridades competentes, tras verificar que el establecimiento de tejidos se ajusta a los requisitos establecidos en la letra a) del artículo 28, acreditarán, designarán o autorizarán el establecimiento de tejidos e indicarán las actividades que puede emprender y las condiciones que deben cumplirse. Se autorizarán los métodos de preparación de tejidos y células que pueda aplicar dicho establecimiento conforme a los requisitos contemplados en la letra g) del artículo 28. En el marco de dicho procedimiento se examinarán los acuerdos concluidos entre un establecimiento de tejidos y terceros a que se refiere el artículo 24. 3. El establecimiento de tejidos no podrá efectuar cambios sustanciales en sus actividades sin el consentimiento previo por escrito de la autoridad o autoridades competentes. 4. La autoridad o autoridades competentes podrán suspender o retirar la acreditación, designación o autorización a un establecimiento de tejidos o a un método de preparación de tejidos o células si una inspección o una medida de control demuestra que el establecimiento no cumple los requisitos de la presente Directiva. 5. Algunas células y tejidos específicos, que se determinarán con arreglo a los requisitos establecidos en la letra i) del artículo 28, podrán ser distribuidos directamente para trasplante inmediato al receptor, con el acuerdo previo de la autoridad o autoridades competentes, siempre que el proveedor disponga de la acreditación, designación o autorización para esa actividad».*

(29) Las posibilidades una vez obtenidas las muestras son: su almacenamiento en un biobanco, para posteriormente ser utilizada en cualquier investigación biomédica (a tenor de la Ley 14/2007). Por otro lado, se pueden conservar como colección para fines de investigación biomédica fuera del ámbito organizativo del biobanco, en tal caso únicamente podrán ser empleadas para los fines contenidos en el documento del consentimiento. Finalmente, podrán ser conservadas para su utilización en un proyecto de investigación, en este caso sólo podrán ser utilizadas para dicho proyecto de investigación.

B) Los Comités Científicos y de Ética

Las funciones de los comités (científico y ético) quedan reguladas en el RD 1716/2011. Las funciones del comité científico se regulan en el artículo 15.2 (30) y las funciones del comité ético en el artículo 15.3 (31). La función más relevante en lo referente a la protección de datos es la de evaluación (científica o ética) de las solicitudes de cesión de muestras y datos asociados a las mismas por parte del biobanco (32). El dictamen desfavorable tiene carácter vinculante.

Como indica el artículo 29, para llevar a cabo una investigación con muestras biológicas de origen humano será preciso, en todo caso, el dictamen favorable de los Comités en cuyas instalaciones se vayan a utilizar las muestras o, en su defecto, del comité al que esté adscrito el centro para el que preste servicios la persona responsable de la investigación.

Con el fin de dar transparencia al acceso y uso de las muestras contenidas en los biobancos, tanto a donantes como a investigadores, estos biobancos deben estar autorizados por la Comunidad Autónoma correspondiente y registrados en el Registro Nacional de Biobancos del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), que publicará todos los datos relativos a los biobancos autorizados (33).

(30) Vide RD 1716/2011, de 18 de noviembre, art. 15.2: «Las funciones del comité científico serán: a) Realizar la evaluación científica de las solicitudes de cesión de muestras y datos asociados a las mismas por parte del biobanco. En el caso de que el comité emita un dictamen desfavorable, éste tendrá carácter vinculante. b) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de la adecuación de los procedimientos establecidos para garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de los datos y muestras almacenadas y de los procedimientos asociados al funcionamiento del biobanco, desde el punto de vista científico. c) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de los aspectos científicos del documento de buena práctica del biobanco. d) Asistir a la persona titular de la dirección científica sobre otras cuestiones que éste someta a su consideración».

(31) Vide RD 1716/2011, de 18 de noviembre, art. 15.3: «Las funciones del comité de ética serán: a) Realizar la evaluación ética de las solicitudes de cesión de muestras y datos asociados a las mismas. En el caso de que el comité emita un dictamen desfavorable, éste tendrá carácter vinculante. b) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de la adecuación de los procedimientos establecidos para garantizar la calidad, la seguridad y la trazabilidad de los datos y muestras almacenadas y de los procedimientos asociados al funcionamiento del biobanco, desde el punto de vista ético. c) Asesorar a la persona titular de la dirección científica acerca de los aspectos éticos y jurídicos previstos en el documento de buena práctica del biobanco. d) Decidir los casos en los que será imprescindible el envío individualizado de información al sujeto fuente, en relación con las previsiones de cesión de sus muestras y con los resultados de los análisis realizados cuando puedan ser relevantes para su salud. e) Asistir a la persona titular de la dirección científica sobre otras cuestiones que éste someta a su consideración».

(32) J. M. SÁNCHEZ-ROMERO y J. M. GONZÁLEZ, 2010: 201-205.

(33) S. AZO y F. ROJO, 2013: 426-427.

IV. LA MEDICINA GENÉTICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ESPAÑOL. LOS DERECHOS DEL PACIENTE (34)

Con el desarrollo de los nuevos derechos humanos, surgieron los primeros derechos del paciente. Los pacientes bajo la protección de derechos, y el profesional, de igual modo, sujeto a protocolos de actuación y bajo el control de los colegios médicos, inician una nueva relación basada en la igualdad de las partes (35). Ahora bien, la relación médico-paciente bajo el amparo de los derechos del paciente desde sus inicios hasta la actualidad se ha visto sometida a una amplia evolución, donde se ha avanzado desde unos derechos mínimos cuantitativamente hablando, hasta un elenco, el actual, mucho más extenso y riguroso.

Este cambio social se traduce en un nuevo modelo de paciente más informado y con mayores expectativas y exigencias. Un paciente que ya no actúa como sujeto pasivo, sino como usuario. En este marco, las relaciones normales de exigencia de un usuario en relación al cumplimiento de sus derechos sobre cualquier otro tipo de servicio están mediatizadas por la enorme carga que tiene la relación médico-paciente (36) (37). La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica es un ejemplo de texto que integra el término «usuario» (38).

Si el paciente está vinculado especialmente con los derechos relativos a la autonomía, el usuario surge junto con los servicios públicos sanitarios (derechos tales como el derecho a reclamar o el derecho a solicitar un certificado acreditativo sobre el estado de salud). Si bien, el uso de un término u otro no queda claro dentro del ordenamiento español ya que, en ocasiones, normas como la Ley 41/2002 parecen emplear indistintamente un término u otro (39).

(34) J. A. MARTÍNEZ NAVARRO, 2018: 289 y ss.

(35) Cfr. J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2014: 23. BELTRÁN AGUIRRE defiende la opinión de que la autonomía de la voluntad «no ha arrinconado totalmente el paternalismo médico». De este modo, «se suele distinguir un paternalismo genuino o débil». En esta línea J. A. SEOANE, 2008: 7-8.

(36) F. SÁNCHEZ LEGRÁN, 2002: 231.

(37) P. LAÍN ENTRALGO, 1983: 375. Es interesante la reflexión que hace Pedro Laín para quien la excesiva idea de derechos en el paciente puede ser perjudicial para la relación médica, incluso un peligro moral para el enfermo.

(38) Un ejemplo es el artículo 1 que establece que: «*la presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica*».

(39) E. OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ y A. LUNA MALDONADO, 2004: 1209-1215.

Con anterioridad, la relación médico-paciente se encontraba sumergida en un manifiesto ambiente de corte paternalista (40). En tal medida, la relación médico-paciente se centraba en la confianza de la actuación del profesional, de manera tal que el enfermo confiaba su salud e incluso su propia vida al profesional médico (41).

El debate se plantea en el potencial conflicto existente entre la autonomía de éste y la toma de decisiones médicas. El modelo paternalista se asentaba en la idea de que el profesional médico era el llamado a decidir qué medios serían los empleados para la mejora de la salud y bienestar del paciente (42). Por el contrario, en el modelo de relaciones asistenciales que diseña la normativa sanitaria actual, el paciente ya no es mero sujeto pasivo de las decisiones médicas, sino actor principal dotado de autonomía informativa y decisoria (43). Algunos autores prefieren utilizar el término «consumidor o usuario de servicios sanitarios» y no el de «paciente» que evoca más una actitud pasiva que no refleja la actual regulación (44).

En tal contexto surge la bioética (45), entendida como la ética de la vida (46). La bioética surge como respuesta a los problemas éticos que produce la investigación científica en los tratamientos médicos (47). En su origen, Potter propone establecer un puente entre las ciencias biológicas y el ámbito

(40) L. DÍEZ BUESO, 2012: 36. «A pesar de los múltiples estudios doctrinales y el largo del desarrollo jurisprudencial en materia de autonomía del paciente, lo cierto es que se trata de un derecho de muy reciente configuración».

(41) L. C. RAMOS, 2012: 295; J. G. ORTIZ-MARTÍNEZ, 2009: 3-4. Desde un punto de vista jurídico, el origen de la autonomía del paciente debe ser situada en Estados Unidos, en 1914, a través del caso «*Schloendorff*», donde el Juez Cardozo reconoció por primera vez la existencia de un derecho de autodeterminación del paciente respecto de su cuerpo. Tiempo después, en 1957, un nuevo caso judicial, *Salgo contra Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, estableció finalmente los límites del consentimiento informado. (;) A través de este momento clave el consentimiento informado comenzó su evolución y se extendió a Europa.

(42) V. IVONE, 2015: 15. A pesar de que la autonomía del paciente aún está sometida a límites, «el bienestar del paciente se considera un deber prioritario para el médico, quien tiene que trabajar para hacer accesible a todos una asistencia sanitaria adecuada».

(43) D. LARIOS RISCO, 2013: 278.

(44) M. RETUERTO BUADES y J. SISO MARTÍN, 2001.

(45) T. L. BEAUCHAMP y J. F. CHILDRESS, 1999. Concepto empleado por primera vez por el oncólogo VAN RENSSLAER POTTER en su obra *Bioethics: Bridge to the future* (1970). El concepto se compone por las palabras griegas bios (vida) y ethos (ética), «puede definirse como el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esta conducta a la luz de valores y principios morales». En su obra ha asentado las bases en la doctrina en lo referente a la bioética. Entre sus principales aportaciones, los autores concluyen que la bioética se asienta en cuatro principios básicos: beneficencia, no maleficencia, autonomía de la voluntad del paciente y justicia.

(46) J. SÁNCHEZ-CARO, 2014: 61.

(47) C. SÁNCHEZ CARAZO, 2004: 124.

de los valores humanos, la ética, la única manera de enlazar el presente con un futuro digno de ser vivido (48). En consecuencia, la bioética, tomando como referencia la dignidad del individuo y como herramienta la autonomía, modifica paulatinamente la relación médico-paciente otorgándole un mayor control al enfermo frente al antiguo sistema paternalista.

En definitiva, la actual relación médico-paciente ha sido formada a partir de las bases instauradas por la bioética. La principal consecuencia jurídica ha sido el «Bioderecho» o «Derecho Biomédico» (49). En palabras de Beltrán Aguirre, ambas disciplinas (bioética y Derecho biomédico) se complementan y se necesitan mutuamente. Ambas en estrecha colaboración, tratan de dar respuestas ético-jurídicas a los muchos dilemas que se presentan a los gestores del sistema sanitario y a los participantes en la relación asistencial con ocasión de la aplicación de la ciencia médica (50).

En resumidas cuentas, el Derecho Biomédico supone la positivización de los principios otorgados por la bioética en los denominados derechos del paciente (51), cuyo sentido no es otro que el de regular la relación entre profesional y enfermo. En esencia, se puede concluir que el fin principal de los derechos del paciente, el motivo de su desarrollo no es otro que regular la relación médico-paciente.

En el marco normativo legal actual, los derechos del paciente se originan como facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce a un individuo o a las personas, para que exijan a la Administración pública, representada en los profesionales de la salud, un comportamiento determinado, o una abstención, que se constituye en un deber jurídico u obligación. De este modo, los dere-

(48) M. BOLADERAS, 2004: 383.

(49) Cfr. C. M. ROMEO CASABONA, 2011: 188. Para este autor el Bioderecho hace referencia a todas aquellas normas jurídicas que están vinculadas al conjunto de los seres vivos en general, aunque en particular al ser humano. Esta disciplina, que ha sido formada en paralelo con la bioética, engloba todos aquellos textos y normas jurídicas referentes a la salud y vida/muerte del ser humano.

(50) J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2014: 55.

(51) J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2014: 31-32. Si bien, los derechos de los pacientes forman parte del entramado normativo del Derecho Biomédico, son sólo una pequeña parte. «En todo caso, el Derecho biomédico se cimenta y se construye desde las Declaraciones y Convenios internacionales y desde nuestra Constitución, en cuanto sancionan los derechos fundamentales de las personas que pueden resultar afectados por la investigación médica y la práctica clínica. Así, los derechos y deberes regulados en las específicas leyes que componen el Derecho biomédico se han de acomodar plenamente a los contenidos propios de los derechos fundamentales y libertades humanas que, obviamente, han de respetar [...] Se construye y alimenta también con los pronunciamientos judiciales, particularmente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno a los conflictos surgidos por la aplicación de las ciencias biomédicas en la investigación y en la asistencia». En este mismo sentido: E. ROCA TRIAS, 1998: 166 y ss.; L. GONZÁLEZ MORÁN, 2006: 104 y ss.

chos del paciente posibilitan que el sujeto pueda poner en marcha la acción procesal y la reclamación en juicio de sus pretensiones jurídicas.

1. Derecho al consejo genético y las pruebas predictivas

A) La definición de consejo genético

El consejo genético es «el proceso de comunicación no dirigido que el especialista mantiene con una persona en relación al padecimiento, evolución o transmisión de una enfermedad de origen genético. La persona que solicita el asesoramiento genético puede estar afectada por la enfermedad (probando) o ser un familiar aparentemente sano del afectado (consultante). Durante el proceso de asesoramiento genético el profesional debe asegurarse de que al paciente y/o a la familia se le proporciona la información necesaria para (52): conocer y entender el diagnóstico realizado, su pronóstico y tratamiento, si los hubiere; conocer y entender el tipo de herencia y el riesgo de recurrencia que supone; conocer las alternativas disponibles para disminuir o eliminar el riesgo de recurrencia de la enfermedad; elegir una estrategia apropiada según el riesgo existente, los deseos de la familia y sus convicciones éticas o religiosas; adaptarse lo mejor posible a la nueva situación personal, familiar y sociolaboral».

Para EMELDI CIRIÓN (53), es un modo muy eficiente para advertir a los pacientes o familiares de posibles enfermedades de carácter hereditario, genético, o relacionado con alguna alteración cromosómica (54). De este modo, el consejo genético destaca como una herramienta de la medicina predictiva especialmente útil para detectar de forma precoz cualquier tipo de deficiencia genética que pueda incurrir en enfermedad grave o dolencia crónica.

La American Society of Human Genetics definió el consejo genético como el «proceso de comunicación por el cual se pretende dar a los individuos y las familias que tienen una enfermedad genética, o que tienen un riesgo de tenerla, la información sobre su condición, proporcionando, asimismo, la información que permitiera a las parejas con riesgo tomar decisiones reproductivas con suficiente conocimiento de causa» (55).

Con independencia de lo establecido por la doctrina especializada, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, en el artículo 3.e) define el consejo genético como el «procedimiento destinado a informar a

(52) F. J. RAMOS FUENTES y M. P. RIBATE MOLINA, 2009: 128.

(53) A. EMALDI CIRIÓN, 2001: 13-14.

(54) C. M. ROMEO CASABONA, 1998: 51. Este autor aporta una definición muy similar sobre el consejo genético.

(55) Vide Ad Hoc Committee on Genetic Counseling. *Am. J. Human Genetics*, 1975, pp. 240-241.

una persona sobre las posibles consecuencias para él o su descendencia de los resultados de un análisis o cribado genéticos y sus ventajas y riesgos y, en su caso, para asesorarla en relación con las posibles alternativas derivadas del análisis. Tiene lugar tanto antes como después de una prueba o cribados genéticos e incluso en ausencia de los mismos».

La prestación de servicios genéticos se consolida en el ejercicio de la autonomía decisoria del paciente para obtener información sobre cualquier anomalía de carácter genético (56). En definitiva, es una ampliación del derecho a la información médica y, por lo tanto, está ampliamente ligado a la autonomía del paciente. La información que genera un test genético (57) (58) con un asesoramiento adecuado puede aportar un mayor control al sujeto, que con el conocimiento suficiente puede actuar en consecuencia. Por este motivo, el derecho al consejo genético se asienta en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (59).

B) El derecho al consejo genético y las pruebas diagnósticas, predictivas o con fines terapéuticos

Conviene anticipar que la normativa reguladora del derecho al consejo genético es muy escasa, y a nivel internacional no es un derecho regulado (60).

(56) P. H. BURG CONTI, 2015: 51 y ss.

(57) La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, define en el artículo 3.a) el análisis genético como el «procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, lo cual incluye las pruebas indirectas para detectar un producto génico o un metabolito específico que sea indicativo ante todo de un cambio genético determinado».

(58) M. BAIGET BASTÚS, 2011: 29. Este autor define el test genético «como el procedimiento destinado a detectar la presencia, ausencia o variantes de uno o varios segmentos de material genético, para la identificación del estado afectado o de no afectado; de portador de un defecto genético determinado o de variantes genéticas que puedan predisponer al desarrollo de una enfermedad específica».

(59) J. ARIAS-DÍAZ, 2015: 335-352. Los test genéticos suelen realizarse por 4 motivos principalmente: para un diagnóstico prenatal, tras el nacimiento, lo que se conoce como *screening* neonatal; para comprobar los antecedentes familiares; y en último lugar cuando el especialista entiende que una enfermedad puede tener causa genética. Fuera de estos supuestos, existen hoy día facilidades suficientes para que cualquier persona realice un test genético por simple curiosidad.

(60) J. F. PÉREZ GÁLVEZ, 2003: 1073-1099. El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 1997, estableció en el artículo 12, que «sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad gé-

En España, las pruebas genéticas se han generalizado en los últimos años, bien para el diagnóstico de dolencias en sujetos sintomáticos, bien para programar, con los menores efectos secundarios y la mayor efectividad posible, el tratamiento farmacológico de ciertas enfermedades. Estas técnicas se enmarcan dentro de la denominada «medicina personalizada», que se sirve especialmente de los avances en farmacogenética.

Asimismo, se han extendido las pruebas de predisposición a padecer en el futuro determinados trastornos o enfermedades, en este caso no sólo en el ámbito sanitario sino también a través de los denominados «análisis genéticos directos al consumidor», generalmente publicitados e incluso ofertados a través de internet, modalidad que entraña riesgos específicos (61).

En la legislación española, es la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica la que regula el consejo genético. Esta norma no establece el derecho al consejo genético como tal, sino que centra su contenido en las investigaciones relacionadas con la salud humana (especialmente aquellas con procedimientos invasivos); la donación, almacenamiento y tratamiento de muestras biológicas; y los biobancos.

No obstante, en lo referente al derecho al consejo genético, la Ley de Investigación biomédica recoge algunas garantías. En primer lugar, «*los análisis genéticos se llevarán a cabo con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad*» (art. 9.2). En segundo lugar, «*si la investigación da lugar a información relevante para la salud de los participantes, debe ser puesta a su disposición, lo que se hará efectivo en el marco de la asistencia en curso o, en su defecto, prestando un asesoramiento específico*» (art. 26). Finalmente, «*todo el proceso de consejo genético y de práctica de análisis genéticos con fines sanitarios deberá ser realizado por personal cualificado y deberá llevarse a cabo en centros acreditados que reúnan los requisitos de calidad que reglamentariamente se establezcan al efecto*» (art. 56).

Como ocurre en muchos otros ámbitos, en lo relativo al consejo genético algunas Comunidades Autónomas han conseguido anticiparse al legislador

tica a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado». El Convenio se refiere explícitamente y con detenimiento a la necesidad de reconocer, en diversos aspectos y con una gran extensión, los derechos de los pacientes. De este modo, consciente de la gran relevancia de información que se puede obtener de los datos genéticos de una persona, limita el uso de las pruebas predictivas exclusivamente a usos médicos. En este sentido, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la Unesco de 16 de octubre de 2003, en su artículo 11, indica que «por imperativo ético, cuando se contemple la realización de pruebas genéticas que puedan tener consecuencias importantes para la salud de una persona, debería ponerse a disposición de ésta, de forma adecuada, el asesoramiento genético. El asesoramiento genético debe ser no directivo, estar adaptado a la cultura de que se trate y atender al interés superior de la persona interesada».

(61) A. DÍAZ MARTÍNEZ, 2014: 7-8.

estatal. En concreto, la Comunidad Autónoma de Andalucía acogió en la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en el artículo 22.1.f) el derecho de los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud, entre otras garantías, al «consejo genético y la medicina predictiva» (62).

Este precepto tuvo su desarrollo en la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía.

El Anteproyecto de Ley de Garantías y Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía, a la espera de su aprobación definitiva, incluye también en el artículo 7.1.f) que las personas usuarias tienen garantizados el derecho «al consejo genético y a la medicina predictiva».

En 2014 se incluyó oficialmente el consejo genético en la cartera común de servicios a través del Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre (63).

C) La importancia de la medicina predictiva y la necesidad de garantizar el derecho al consejo genético

La secuenciación completa del genoma humano en el 2003 (64) supuso el impulso definitivo a la medicina genética. La investigación genética es actualmente uno de los campos más prometedores de las ciencias de la salud. Los logros conseguidos en este campo nos han permitido adquirir un mayor conocimiento del organismo humano y de la base genética de la que se compone.

Estos avances trasladados a la práctica médica están permitiendo progresos importantes en la medicina diagnóstica y en la prevención de las enfermedades vinculadas con la configuración genética. Un diagnóstico y tratamiento centrado en un paciente en particular a partir de un análisis genético permite y fomenta la conocida medicina personalizada.

Por otro lado, el desarrollo de la tecnología de análisis genético, la bioinformática, las tecnologías de la información y la comunicación, y el avance de los biobancos, están facilitando la creación de nuevas vías estratégicas en la medicina diagnóstica, preventiva y terapéutica con base genética. Esto permite con una adecuada inversión garantizar paulatinamente el derecho al consejo genético.

(62) También es destacable la Orden de 3 de marzo de 2005, de la Conselleria de Sanidad, por la que se regulan los dispositivos organizativos que realizan consejo genético en cáncer de la Comunidad Valenciana.

(63) V. LOMAS HERNÁNDEZ, 2015: 223-228.

(64) M. S. MORENO LUCE, 2006: 261-278.

En la actualidad, y a partir del enorme desarrollo de esta área, ha surgido el consumo de test genéticos predictivos que se ofrecen directamente al consumidor (a través de entes privados). Este tipo de test son una nueva realidad en el mercado, cuya demanda, no siendo muy significativa en la actualidad, parece que crece paulatinamente y que puede asentarse como un importante negocio para el sector privado (65) (66). Es este un fenómeno extraño en el sector de la salud, donde habitualmente las empresas privadas se dirigen al facultativo en esta ocasión se centran directamente en el consumidor (67).

En conclusión, todas las posibilidades que aporta la investigación genética sobre la medicina predictiva, el diagnóstico precoz y el tratamiento, la sitúan como un área protagonista en el presente y el futuro de la medicina. La Salud Pública no debe avanzar a espaldas de esta materia ya que, siendo conscientes del esfuerzo y la imposibilidad que supone para las arcas públicas la constante incorporación de técnicas, tecnologías (68) y avances en medicina que exigen tanto profesionales como pacientes, bien es cierto que nos encontramos ante un campo con posibilidades y aplicaciones incomparables.

D) El consejo genético en el Sistema Nacional de Salud

Si el médico, tras un examen clínico, sospecha que la dolencia puede estar causada por una enfermedad con base genética, solicitará unas pruebas de diagnóstico genético. En España el problema surge una vez recibidas las pruebas desde el laboratorio, ya que la falta de especialistas en consejo genético impide acompañar dichas pruebas con un informe de asesoramiento genético.

Para solventar esta deficiencia se aprobó el Real Decreto 639/2014, de 25 de julio, por el que se regulaba la troncalidad, la especialización troncal y las áreas de capacitación específica. Esta norma venía a establecer las pautas aplicables a las pruebas anuales de acceso a plazas de formación y otros aspectos del sistema de formación sanitaria especializada en Ciencias de la Salud, creando y modificando determinados títulos de especialistas (69), entre

(65) F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2015: 37.

(66) Las facilidades para la realización de un test genético son tales que pueden adquirirse a través de plataformas online como Amazon.

(67) S. ROMEO MALANDA, 2013: 156.

(68) J. F. PÉREZ GÁLVEZ, 2017: 203 y ss.

(69) El Real Decreto tenía por objeto (artículo 1): «*incorporar criterios de troncalidad en la formación de determinadas especialidades en ciencias de la salud; regular el procedimiento para la obtención de un nuevo título de especialista; regular las áreas de capacitación específica; regular las normas aplicables a las convocatorias anuales para el acceso a las plazas de formación sanitaria especializada; y la creación o modificación de determinados títulos de especialista en ciencias de la salud*».

otras la troncalidad de «Laboratorio y Diagnóstico Clínico» y la especialidad de «Genética Clínica». No obstante, el Real Decreto fue declarado nulo por defecto de forma en la STS de 12 de diciembre de 2016 (Sala Tercera).

La implantación de la nueva especialidad es aún reciente, pero se espera que paulatinamente los diagnósticos genéticos vayan acompañados por un informe especializado con el correspondiente asesoramiento genético. Si bien, el desarrollo de esta especialidad, con poca tradición en el sector, será lento. Al respecto, la Asociación Española de Genética Humana (AEGH) ha diseñado un sistema de acreditación en genética humana para profesionales muy útil para promover la especialización en la materia e identificar el especialista adecuado para obtener el consejo genético (70).

En definitiva, la práctica del consejo genético se encuentra aún en una fase muy primitiva, sin embargo, la regulación del derecho al mismo recogido ya en algunas normas autonómicas y la creación de la especialidad en clínica genética reflejan el avance y el apoyo al sector (71). Por otro lado, aunque se prevé un desarrollo lento, la situación permite sencillas mejoras a corto plazo como la creación de protocolos de actuación en materia de consentimiento informado.

2. El derecho a la medicina personalizada

Desde hace algunas décadas la medicina ha dejado de centrarse en la enfermedad para concentrarse especialmente en el enfermo, con la idea de brindar al paciente el mejor tratamiento posible, teniendo en cuenta factores personales como sus características, estilo de vida, genética, etc.

Este nuevo modelo basado en una evaluación, diagnóstico y terapia más específica ha sido denominado como «Medicina de Precisión» o «Medicina Personalizada», que inicialmente nace a partir de los avances genéticos que se han ido desencadenando como consecuencia del descubrimiento del genoma humano.

A) El fenómeno de la medicina personalizada

El término «medicina personalizada» es con frecuencia confundido entre expertos y demás usuarios. Como indica SÁNCHEZ MARTOS, el conflicto que

(70) Vide <http://www.aegh.org/web/docs/ACREDITACION%20EN%20GENETICA%20HUMANA.pdf>.

(71) En España, la mayoría de los laboratorios especializados en pruebas de diagnóstico genético dependen de los hospitales públicos. En la actualidad no existen protocolos oficiales para las pruebas genéticas ni a nivel Estatal ni regional, dependiendo de mecanismos fijados por los propios hospitales. Tampoco existen procedimientos en la obtención del consentimiento informado.

surge con este concepto radica en las distintas acepciones que ha recibido tiempo atrás. Con carácter general se ha venido empleando el término «medicina personalizada» como el «trato personalizado y humanizado». Es por ello que este término se confunde a menudo con la definición de «medicina individualizada» (72).

La medicina personalizada ha venido para quedarse, y sus posibilidades permitirán cambiar tanto el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, como la totalidad de sistemas sanitarios, afectando a profesionales de la salud y pacientes. Sus efectos se extienden a la propia relación existente entre médico y paciente, desplazando al modelo actual que aplica un tratamiento en base a la enfermedad, a un sistema en el que se tendrá en cuenta al enfermo y sus condicionantes genéticos.

El reto que debe afrontar el Derecho en la correcta implantación de la medicina de precisión o personalizada no está exento de conflictos legales y éticos, sin embargo, todos ellos pueden parecer poco relevantes si atendemos a las enormes expectativas que genera este campo. No obstante, no podemos menospreciar estos riesgos, con especial intensidad y respeto a todo lo relativo a la protección de los datos genéticos y la información que estos puedan aportar.

De este modo, la protección de datos surge como el principal desafío jurídico consecuencia del avance y las posibilidades que aporta la medicina personalizada. En palabras de RUIZ GARCÍA, la protección de los datos genéticos «puede ser visto como un impedimento para el progreso e implementación de la medicina personalizada» (73).

Al respecto, son claves tres elementos básicos:

1. Dar cumplimiento al consentimiento informado, tal y como se establece en el marco normativo regulador en materia de protección de datos que será analizado con posterioridad.
2. Garantizar la protección de la intimidad y la información que ofrecen los datos genéticos, que se caracteriza por ser altamente sensible.
3. Prohibir la discriminación que pueda generar la información genética. Especialmente relevante es el uso que puedan realizar entes privados con fines lucrativos.

Por todo ello, cabe destacar a los tres principales actores que deben ser responsables en la correcta implantación de este campo en el sistema público de salud. En primer lugar, es fundamental que la Administración Pública adquiera un papel protagonista y comprometido con la plena implantación. La función de la Administración Pública debe ser adoptar una mayor accesibilidad de la medicina

(72) J. SÁNCHEZ MARTOS, 2014: 98.

(73) J. A. RUIZ GARCÍA, 2005: 36.

personalizada; establecer un marco normativo adecuado, así como protocolos de actuación; y velar por la aplicación rígida de la normativa reguladora. Por otro lado, los profesionales sanitarios son en última instancia responsables de su correcta aplicación, así como de acercar las posibilidades de este sector a la ciudadanía. En gran medida, los profesionales de la salud e investigadores son los principales garantes de salvaguardar la información que les otorga la medicina personalizada. Finalmente, los pacientes y demás usuarios que, en definitiva, serán los beneficiarios de la medicina personalizada, y se les debe asegurar la posibilidad de decidir libremente si desean o no someterse a pruebas genéticas, un continuo asesoramiento e información, y que los resultados de estas pruebas van a ser tratados y conservados con absoluta confidencialidad.

B) La medicina personalizada en los sistemas públicos de salud

La European Science Foundation (ESF) presentó en 2012 el informe denominado «Medicina personalizada para el ciudadano europeo. Hacia una medicina más precisa para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades (iPM)», donde presentó algunas relevantes propuestas sobre la implantación de la medicina personalizada en los sistemas públicos de salud. Las propuestas de la ESF se pueden resumir y agrupar en 4 títulos principales (74):

1. *Manejo de datos*. Se deben generar conjuntos de datos integrales, accesibles e interoperables para apoyar el desarrollo de una nueva taxonomía de enfermedades y permitir su refinamiento y aplicación continua.

2. *Modelos y procesos de toma de decisiones*. Los modelos y los procesos de toma de decisiones deben revisarse para reflejar un enfoque en el ciudadano individual en todos los niveles, desde la evaluación de la seguridad y la eficacia de las intervenciones, hasta la evaluación y el reembolso de la tecnología de salud, hasta el diagnóstico, el tratamiento y la prevención.

3. *Interdisciplinariedad, participación e investigación traslacional*. Se debe hacer hincapié en la participación de los interesados, la interacción interdisciplinaria, las asociaciones público-privadas y precompetitivas y la investigación traslacional para desarrollar los marcos que apoyan la visión de la medicina personalizada y la asistencia sanitaria.

4. *Infraestructura y recursos*. Se debe proporcionar financiación y apoyo gubernamental para garantizar la disponibilidad de la infraestructura central, incluido el acceso al núcleo tecnología y marcos para la educación y capacitación de profesionales y la comunidad en general.

(74) Vide European Science Foundation, *Personalised Medicine for the European Citizen. Towards more precise medicine for the diagnosis, treatment and prevention of disease (iPM)*, ESF, pp. 44 y ss.

En España, con diferente intensidad, todas las Comunidades Autónomas (CC. AA.) han ido presentando y desarrollando distintas iniciativas relacionadas con la integración y práctica de la medicina personalizada en sus sistemas públicos de salud. Como ocurre en tantas otras facetas, una vez más, las CC. AA. se han adelantado a la Administración Pública estatal, la consecuencia es un desarrollo desigual y desorganizado de este sector.

En el informe presentado por la Fundación Instituto Roche en el año 2019 se exponen los avances realizados por las CC. AA. en la implantación de la medicina personalizada en sus respectivos sistemas públicos de salud a partir de 4 puntos clave (75): según los planes de salud (76); según las estrategias y planes por patologías (77); según las iniciativas orientadas a la práctica clínica (78); según la incorporación a la cartera de servicios (79).

(75) *Vide* Fundación Instituto Roche, *Medicina personalizada de precisión en España: mapa de comunidades*, Fundación Instituto Roche, 2019, pp. 17 y ss.

(76) *Ibidem*, p. 17. Destacan Cataluña y País Vasco con acciones de mayor nivel de concreción en la aplicación de la medicina personalizada. Por otro lado, regiones como la Comunidad Valenciana, Región de Murcia, Navarra, Cantabria, Castilla y León y Extremadura establecen una ordenación de recursos en áreas específicas de este sector.

(77) *Ibidem*, p. 18. En el análisis de planes y estrategias sanitarias dirigidas a patologías concretas o planes orientados a la organización de servicios transversales como los de genética, a nivel nacional, tan solo la Estrategia en Enfermedades Raras del SNS establece como objetivo desarrollar e integrar los estudios genómicos para el desarrollo de la medicina personalizada en las EERR. A nivel autonómico destaca el Plan Oncológico de Euskadi (2018-2023) el cual establece objetivos muy concretos para la aplicación de estrategias de medicina personalizada en cáncer.

(78) *Ibidem*, pp. 19 y ss. Por encima de todas destaca la Fundación Pública de Medicina Xenómica en Galicia (FPMX). En Andalucía se sitúan como referencia el Proyecto Genoma Médico de 2011 y el Proyecto AMER (Acción Multidisciplinar en Enfermedades Raras y Medicina Personalizada) iniciado en 2012. En Navarra recientemente se ha desarrollado el Proyecto NAGEN (2017-2019) que tiene como objetivo secuenciar el genoma de 1.000 pacientes con EERR; así como el Proyecto PharmaNAGEN que surge con la finalidad de elaborar procedimientos que permitan el empleo de la información genómica en la prescripción farmacológica. En Extremadura se está iniciando desde 2017 el Proyecto Medea que tiene como principal objetivo generar un Módulo de Prescripción Farmacológica en el Servicio Extremeño de Salud (SES). Finalmente, Cataluña destaca por el Proyecto MedPerCan centrado en el estudio del cáncer hereditario; el Proyecto URD-Cat dirigido a pacientes con EERR; y el Proyecto GCAT, Genomes for Life que consiste en una caracterización fenotípica extensa y un seguimiento clínico detallado de 20.000 voluntarios sanos residentes en Cataluña.

(79) *Ibidem*, pp. 23 y ss. En la mayoría de los casos, la cartera de servicios complementaria de las CC. AA. no recoge un listado detallado de las pruebas genéticas y otras determinaciones en el ámbito de la MPP. En Galicia, el DOGA (Diario Oficial de Galicia) recoge un listado de las tarifas aplicadas en pruebas genéticas que sí están especificadas. Por otro lado, los órganos de gestión sanitaria correspondientes en Canarias, Castilla y León y el País Vasco cuentan con un registro actualizado de las pruebas de MPP que se realizan en la comunidad autónoma.

Andalucía, Castilla y León, Cataluña, Galicia y el País Vasco son las CC.AA. con más desarrollo hacia la implantación de la medicina personalizada. Estas regiones presentan un importante apoyo institucional en materia de planificación, organización de los recursos sanitarios o financiación directa a proyectos de investigación, así como en infraestructura para dar servicio a nivel asistencial.

Desde una perspectiva jurídica, lo más relevante es que ninguna comunidad autónoma trabaja, por el momento, en un marco normativo *ad hoc* para la aplicación de la medicina personalizada de precisión en el ámbito asistencial (80).

La iniciativa tomada por las CC.AA. supone un desarrollo prometedor para la integración definitiva de la medicina personalizada en nuestro SNS. Si bien, a nivel estatal y para encauzar adecuadamente este abrupto desarrollo, en marzo de 2017 el Senado español, a instancias del Grupo Socialista, aprobó la creación de una ponencia de estudio sobre genómica para el SNS. En enero de 2018 se pusieron en marcha las comparecencias de los primeros expertos. Como resultado se redactaron trece conclusiones y recomendaciones, entre las que destacan la necesidad de elaborar una estrategia común a nivel nacional impulsada y coordinada por el Consejo Interterritorial del SNS; la creación de la especialidad de genética clínica y la incorporación de profesionales de Bioinformática; la necesidad de asegurar un proceso de integración de esta tecnología basado en la sostenibilidad económica; y la creación de un Observatorio de seguimiento (81).

C) Los retos que plantea la medicina personalizada

La medicina personalizada puede llevar a un enfoque reducido en las terapias farmacológicas y a un movimiento hacia los nutrientes, la terapia génica y las terapias regenerativas que deberán ser respaldadas por un marco regulatorio apropiado. En todos los casos, cambiar los enfoques de las pruebas, alejarse de los grandes ensayos controlados aleatorios, requerirá un acuerdo sobre los niveles apropiados de evidencia.

La regulación no se trata solo de licencias de medicamentos. Será necesario supervisar la calidad en todos los niveles para la implementación exitosa de la medicina personalizada. Sin embargo, se debe tener cuidado a la hora de garantizar que la regulación no reprima la innovación cuando esto conduzca a una mejora clara en la salud y el bienestar de los ciudadanos.

(80) *Ibidem*, p. 47.

(81) Se puede tener acceso a las trece recomendaciones a través del siguiente enlace web: <https://www.diariofarma.com/2019/01/16/conclusiones-y-recomendaciones-de-la-ponencia-de-estudio-sobre-genomica-para-elsistema-nacional-de-salud>.

Los cambios en el marco regulatorio europeo para apoyar el desarrollo de la medicina personalizada deberán tener en cuenta los problemas transfronterizos, ya que la falta de armonización dificulta la aprobación europea. No obstante, no debemos olvidar que las diferencias regionales dentro de Europa pueden proporcionar la flexibilidad para apoyar la innovación.

Como elementos esenciales, el legislador debe adaptar los marcos regulatorios y desarrollar programas apropiados para estrategias de prevención. La identidad personal y las nociones de pertenencia colectiva son otro tema importante a considerar en relación con la medicina personalizada. El análisis de rasgos basados en firmas genómicas, por ejemplo, no puede considerarse que se aplica solo a ciudadanos individuales sino también a miembros de la familia que comparten su herencia genética. De hecho, consideraciones similares se aplican a las influencias ambientales dentro del entorno familiar. Por lo tanto, una pregunta importante que debe abordarse es la medida en la que cierta información debe permanecer privada y las implicaciones éticas de la retención de información que podría afectar la salud de un ciudadano para proteger la privacidad de otro.

a) El coste de implantación

Los sistemas públicos europeos tendrán que hacer frente a importantes retos presentes y futuros. Los factores que están provocando este fenómeno están muy vinculados con el desarrollo de la sociedad actual. El aumento del número de afiliados a la Seguridad Social, el incremento de la esperanza de vida de la población (se estima que en 2050 el 27,5% de la población será mayor de 65 años), y las mayores expectativas y exigencias por parte de la población son las principales causas del incremento de gasto (82).

La población mayor de 65 años genera un gasto «entre 2,85 o 2,95 veces superior al correspondiente a personas de menor edad», por lo que «cabe esperar que el gasto sanitario público se incremente de forma sustancial en las próximas décadas, con un crecimiento estimado del 0,7% anual en término medio hasta 2040» (83).

Estos factores además derivan en otros que no hacen más que agravar la situación. El aumento de la esperanza de vida de la población genera una población altamente envejecida y por lo tanto con más necesidades en el ámbito de la salud. Por otro lado, esto también repercute en un aumento de enfermos crónicos que suponen un enorme gasto al sistema sanitario público.

(82) R. BASANTE POL y C. DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, 2013: 295.

(83) J. J. VÁZQUEZ y R. REIER FORRADELLAS, 2013: 518.

Se espera que «en los próximos diez años el 60% de los ciudadanos padezca alguna enfermedad crónica» (84).

En lo referente al aumento de las expectativas y exigencias de la población, el problema se refleja en dos aspectos principalmente. De un lado, los ciudadanos, cada vez más, exigen mejores prestaciones y los medicamentos más novedosos (85). Medicamentos de última generación que aportan un mejor tratamiento pero que suponen un mayor esfuerzo del presupuesto público. De otro lado, se refleja también en la inversión que el sistema sanitario público hace para su mejora tecnológica.

La problemática que surge es de difícil solución (86). Cada día aparecen nuevos medicamentos que cubren enfermedades hasta entonces no tratables, o medicamentos que mejoran a otros ya existentes en el mercado. De igual modo, el avance tecnológico tan vertiginoso provoca el desfase de la tecnología de un modo extremadamente rápido (87). Esta rápida evolución y las exigencias de la población que, como es evidente pretende el mejor tratamiento, llevan en jaque al sistema sanitario público.

A tenor de todo lo expuesto cabe plantearse si debe el sistema sanitario público hacer frente a todas las patologías sin tener en cuenta el coste que esto suponga. Y si no es así, ¿cuál es el mínimo a cubrir? La realidad es que el presupuesto es limitado, lo que provoca que si se invierte en una tecnología se debe prescindir otra (88).

(84) J. J. VÁZQUEZ y R. REIER FORRADELLAS, 2013: 518.

(85) CONSEJO ESTATAL DE ESTUDIANTES DE MEDICINA – CEEM, 2016: «Una de cada tres personas en el mundo tiene problemas para obtener el fármaco necesario», además, «este problema en la actualidad no queda limitado a los países de rentas bajas o medias» (véase el caso de la Hepatitis C y el medicamento Sovaldi).

(86) V. LOMAS HERNÁNDEZ, 2013: 478-479. Un ejemplo, entre muchos, se dio en el Servicio Gallego de Salud, cuando un paciente diagnosticado de «hemoglobinuria paroxística nocturna» solicitó la dispensación del medicamento denominado «Soliris 300 mg» por su comprobada eficacia respecto de la patología. La Comisión Autonómica Central de Farmacia y Terapéutica desestimó la solicitud al considerar que no se cumplían los criterios establecidos para la dispensación del medicamento, con un coste de 377.182€. Si bien, los argumentos que aporta la Administración Sanitaria de la Xunta están claramente enfocados en el ahorro, siendo contrarios a la Guía Clínica de la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia. En consecuencia, la Sala que enjuició el caso consideró que la no dispensación del medicamento incurre en vicio de nulidad de pleno derecho, y condenó al Servicio de Salud a que dispensara el fármaco.

(87) J. R. REPULLO LABRADOR, 2012: 130-138. La eficiencia en lo que respecta a las tecnologías no se basa únicamente en saber en qué nueva tecnología invertir, sino también en valorar que tecnologías retirar. En esta misma línea: C. CAMPILLO-ARTERO y E. BERNAL-DELGADO, 2012. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.01.010>.

(88) Á. PUYOL GONZÁLEZ, 2014: 9. Este autor hace una reflexión muy interesante respecto de los recursos limitados de los que dispone el SNS: «Lo ideal sería que el acceso fuese iguali-

Como ocurre en todos los países desarrollados, el ámbito de la salud es un sector protagonista en la economía productiva, generando un importante porcentaje de los empleos cualificados. La importancia de este sector en la sociedad debe ser motivo suficiente para priorizar los retos que presenta. El SNS español no es muy diferente, en este sentido, a los sistemas sanitarios públicos de los Estados europeos, puesto que todos ellos suelen reflejar problemas similares. Económicamente los Estados desarrollados muestran una gran insuficiencia financiera y difícilmente pueden mantener el ritmo de la innovación tecnológica. Socialmente, las exigencias de la población aumentan paulatinamente, a eso debemos añadir la atención sanitaria de los inmigrantes y el envejecimiento de la población.

Aunque muchos predicen una reducción en el gasto en atención de la salud mediante el uso racional de terapias dirigidas, el costo potencial de introducir la recopilación de datos a gran escala, como perfiles completos de ómics, biomarcadores y datos de imágenes junto con información contextual sobre exposiciones ambientales, etc., es enorme.

Además, se espera que el número reducido de pacientes que pueden ser tratados con un medicamento específico determinado aumente su costo al mismo tiempo que ofrece mayores o incluso garantías completas de eficacia. La pregunta, por lo tanto, es cómo determinamos la relación costo-beneficio para la medicina personalizada en su conjunto y qué cambios deberán realizarse en los modelos de reembolso. Quizás lo más importante, ¿cómo consideramos los costos y ahorros a muy largo plazo para un sistema destinado a ser preventivo en lugar de simplemente reactivo?

La priorización de la financiación seguirá siendo un problema a través del desarrollo, implementación y consolidación de la medicina personalizada. Un desafío clave será asegurar una inversión adecuada en prevención, diagnóstico temprano y monitoreo para respaldar futuras reducciones en el gasto en atención médica o mejorar el estado de salud para una situación financiera similar. Del mismo modo, los modelos deberán tener cada vez más en cuenta la rentabilidad global en lugar de centrarse en las enfermedades individuales y su tratamiento. Por lo tanto, es posible que los modelos de reembolso tengan

tario, es decir, que todo el que necesitase atención sanitaria la obtuviese, independientemente de otras consideraciones. Pero el problema reside en que es precisamente eso lo que no es posible. No todos podemos tener un acceso igual a los recursos que necesitamos debido a su escasez, en parte inevitable (y en parte no) como ya he indicado. Entonces, y aunque parezca un contrasentido, la pregunta es la siguiente: ¿qué tipo de desigualdad respeta mejor el principio de igualdad entre las personas en el acceso a la atención sanitaria? ¿Cuál es la desigualdad legítima para acceder a los recursos sanitarios escasos? La tradición en países como el nuestro dice que los iguales son los que tienen la misma necesidad médica, de manera que dispensar un trato igual quiere decir priorizar a los que más lo necesitan».

que tener en cuenta la rentabilidad global y también consideraciones éticas y sociales, incluida la financiación para apoyar el acceso a nuevas tecnologías. También se debe tener cuidado de invertir suficiente tiempo y recursos para tecnologías «suficientemente buenas» a medida que comenzamos a introducir la medicina personalizada. De esta manera, podemos garantizar que los pacientes obtengan beneficios lo antes posible.

b) Un acceso igualitario (89)

La medicina personalizada puede redundar en beneficios para los ciudadanos, pacientes y profesionales de la salud, además de las arcas públicas. Facilita una atención sanitaria más personalizada y centrada en el paciente, que adquiere más protagonismo. Además, la atención suele ser más específica, efectiva y eficaz, lo que ayuda a reducir los errores médicos, y la duración de la hospitalización. También favorece a un acercamiento a la asistencia sanitaria más igualitaria, a la integración socioeconómica y la calidad de vida de los pacientes.

La medicina personalizada tiene el potencial de mejorar el acceso a tratamientos efectivos y seguros para todos los ciudadanos europeos. Sin embargo, también tiene el potencial de introducir o acentuar desigualdades. El acceso a la tecnología es un tema central a este respecto. La atención médica impulsada por la tecnología podría verse limitada por la capacidad individual de pagar por la tecnología si no se introducen las medidas adecuadas para abordarlo. Además, las interfaces tecnológicas deben ser adaptables a las necesidades del usuario final si queremos evitar el desarrollo de una brecha tecnológica en la que la atención médica efectiva esté disponible solo para aquellos que puedan interactuar adecuadamente con la tecnología.

El acceso a la tecnología también es una preocupación en todos los países y regiones, y los modelos de reembolso desarrollados a escala europea deberían tener en cuenta estos problemas. Es importante recordar que los ciudadanos de toda Europa no son simplemente consumidores de recursos sanitarios. También son uno de los recursos más importantes para la medicina personalizada a través del uso de sus datos para desarrollar y refinar algoritmos y para evaluar la efectividad y seguridad de las intervenciones. Sin garantizar el acceso generalizado a la medicina personalizada, será imposible tener en cuenta adecuadamente factores como la raza, la cultura, el contexto socioeconómico, el género, etc. También se debe tener cuidado para garantizar

(89) Vide European Science Foundation, *Personalised Medicine for the European Citizen. Towards more precise medicine for the diagnosis, treatment and prevention of disease (iPM)*, ESF, p. 49.

que las desigualdades en la financiación de la investigación entre los países europeos no conduzcan a diferencias en la tasa a la que el conocimiento se traduce en beneficios para la salud en toda Europa.

3. El derecho a la edición genética reproductiva

El desarrollo de la tecnología del ADN recombinante durante la década de los setenta supuso el principio de la era de la biotecnología y el nacimiento de la ingeniería genética. Este hito permitió la manipulación del material genético.

Hace dos décadas, las preocupaciones sobre la seguridad de la edición genética y su potencial capacidad para desarrollar una eugenesia tecnológica llevaron a casi 50 países a prohibir la modificación y edición de genes en humanos. Hoy, tras importantes avances tecnológicos y logros en ingeniería genética, la edición genética es una posibilidad real.

La edición genética es la capacidad de introducir, modificar o borrar el ADN de una célula u organismo. Una enzima corta el ADN en una secuencia específica, y cuando esto es reparado por la célula se hace un cambio o «edición» a la secuencia (90). Esta técnica es tan poderosa que está obligando a la sociedad a replantearse hasta dónde se quiere llegar con estos nuevos métodos sin romper los esquemas éticos vigentes.

Hasta mediados de la década de 2010 la capacidad de realizar modificaciones genéticas de forma eficaz parecía una empresa imposible de alcanzar. No obstante, como consecuencia del estudio completo del genoma del ser humano se han ido desarrollando nuevas e importantes herramientas de ingeniería genética. En el 2011 se iniciaron las primeras investigaciones del sistema CRIPR/Cas9 (91). En el año 2013 se consiguió editar el genoma de células de mamífero mediante la generación de mecanismos de reparación (92). El problema es que, a menudo, la operación falla y se generan mutaciones no deseadas. Muy recientemente, el químico californiano David Liu (93) ha diseñado lo que denomina como «una nueva proteína quimérica», que utiliza

(90) Vide ¿Qué es la edición del genoma», <https://terapiagenica.science/que-es-la-edicion-del-genoma/>.

(91) V. BELIVER CAPELLA, 2016: 225: «EL CRISPR-Cas9 consta de dos componentes básicos. Uno de ellos, que recibe el nombre de Cas9, es un enzima que actúa como un escalpelo genético (tijeras moleculares o enzima quirúrgico), que corta y pega desde bases de nucleótidos hasta fragmentos de ADN con absoluta precisión. El otro componente (propiamente el CRISPR) es una molécula de ARN, de las que actúan habitualmente como transmisoras de la información biológica dentro del genoma. Aquí ejerce de guía del escalpelo genético, conduciéndolo exactamente hasta la base de nucleótidos que tiene que cortar».

(92) N. SALOMÉ LIMA, A. G. MARTÍNEZ y otros, 2018: 34.

(93) A. V. ANZALONE, P. B. RANDOLPH, D. R. LIU, y otros, 2019.

una variante de las tijeras Cas9 capaz de cortar una sola de las dos cadenas que forman la característica doble hélice del ADN, evitando así las mutaciones no deseadas (94).

El Derecho se enfrenta a situaciones que antes parecían lejanas o imposibles, incluida la posibilidad de controlar directamente los genes y rasgos que se transmiten a los hijos y las generaciones futuras. La edición de genes para la reproducción humana supone riesgos sociales, amenaza la salud y la autonomía de las generaciones futuras, exacerba las desigualdades sociales existentes y sienta las bases para una nueva eugenesia de mercado que impulsaría la discriminación y el conflicto (95). Estos avances nos han situado ante un momento crítico, donde la edición genética presenta ilusionantes posibilidades, pero al mismo tiempo genera alarmantes amenazas, incluso frente a los derechos humanos.

Lograr un proceso seguro y eficaz desde un punto de vista de la seguridad, pero también asequible desde una perspectiva económica, convertiría a la edición genética en uno de los mayores avances y complementos de la medicina moderna.

A) Marco normativo regulador

a) La edición genética en el ámbito internacional

Previamente a afrontar el debate jurídico en torno a la regulación de la edición genética en humanos es imprescindible tratar de modo sucinto la regulación jurídica actual.

Desde que surge y se desarrolla la técnica de la edición genética, determinados Estados y especialmente algunas organizaciones intergubernamentales han ido desarrollando regulaciones, procedimientos y pautas de actuación en este campo.

El Consejo de Europa en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1982 aprobó la Recomendación 934, relativa a la ingeniería genética. En su art. 4.i. indica que *«los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos llevan aparejados el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación»*. En el apartado ii indica que *«este derecho*

(94) M. ANSEDE, 2019: El propio David LIU reconoce que «se necesita mucha más investigación en una amplia variedad de tipos de células y organismos para entender mejor el *prime editing* y perfeccionarlo».

(95) M. DARNOVSKY, L. LOSTHROP y K. HASSON, <https://www.openglobalrights.org/reproductive-gene-editing-imperils-universal-human-rights/?lang=Spanish>.

deberá ser expresamente enunciado en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos».

En 1997, en Oviedo, se redactó el informe explicativo del Convenio, donde se confirmó que el temor y la necesidad de regulación recaen principalmente sobre *«la modificación intencional del genoma humano para producir individuos o grupos enteros dotados de características particulares y cualidades requeridas [...]»* (punto 89). En todo caso, el informe concluye que *«cualquier intervención que tenga como objetivo modificar el genoma humano debe llevarse a cabo con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos. Están prohibidas las intervenciones destinadas a modificar características genéticas no relacionadas con una enfermedad o una enfermedad. Mientras la terapia génica de células somáticas se encuentre actualmente en la etapa de investigación, su aplicación solo se puede permitir si cumple con los estándares de protección establecidos»* (punto 90) (96). El Convenio de Oviedo dedica todo el Capítulo IV al genoma humano (arts. 11-14) (97).

En 2015, el Comité de Bioética del Consejo de Europa redactó la Declaración sobre las tecnologías de edición del genoma.

Por su parte, la UNESCO en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de 26 de febrero de 1994, en su artículo 3, dispuso que *«las personas que pertenecen a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y preservación de la especie humana y se prohíbe causar daño a la vida en particular con actos que comprometan de forma irreversible la preservación de la especie humana, el genoma y la herencia genética».*

Posteriormente, en la Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de 1997, el organismo se comprometió a organizar, asesorar

(96) *Vide* Consejo de Europa, Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series, N.º. 164, 4 de abril de 1997, Oviedo.

(97) Convenio de Oviedo, Capítulo IV: *«Artículo 11. No discriminación. Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético. Artículo 12. Pruebas genéticas predictivas. Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado. Artículo 13. Intervenciones sobre el genoma humano. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia. Artículo 14. No selección de sexo. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo».*

y evaluar todas aquellas «prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en línea germinal» (98).

En definitiva, son numerosos los textos internacionales que en mayor o menor medida forman parte de la regulación de la edición genética. No obstante, no cabe duda que el contenido y desarrollo en este campo es escaso e insuficiente. Desde un punto de vista jurídico, se evidencia la necesidad de seguir avanzando en la materia, consensuando y coordinando en un sector que no sólo refleja importantes cuestiones jurídicas y éticas, sino también económicas y comerciales (99).

(98) Vide UNESCO, *Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos de 1997*, art. 24.

(99) Del 1 al 3 de diciembre de 2015 se realizó en Washington DC (EE. UU.) la Cumbre Internacional sobre la edición genética humana (International Summit on Human Gene Editing) convocada por la Academia Nacional de Ciencias y la Academia Nacional de Medicina de los Estados Unidos, y coorganizada por la Academia de Ciencias de China y la Real Sociedad de Ciencias de Gran Bretaña, y que discutió los aspectos científicos, éticos y políticos asociados a la investigación sobre la edición genética en seres humanos. Según las conclusiones alcanzadas en la Declaración, sería irresponsable proceder a cualquier uso clínico en la edición de la línea germinal, salvo y hasta que: los más relevantes aspectos de seguridad y eficacia hayan sido resueltos, con base en una apropiada comprensión y balance de los riesgos, los beneficios potenciales y las alternativas; y exista un amplio consenso social sobre la oportunidad de sus aplicaciones proyectadas. Además, para la declaración, cualquier uso clínico debe proceder bajo supervisión apropiada de la autoridad regulatoria. Hasta el momento, señalan que estos criterios no se han alcanzado para ningún uso clínico; los aspectos de seguridad no han sido adecuadamente explorados; los casos de beneficios notables son limitados; y muchas naciones tienen prohibiciones legales o reglamentarias de las modificaciones en la línea germinal. Sin embargo, señala la Declaración, se debe volver a considerar periódicamente el posible uso clínico en la línea germinal por el avance del conocimiento científico y las visiones sociales. Entre el 27 y 29 de noviembre de 2018 se celebró la segunda Cumbre Internacional sobre edición genética humana en Hong Kong. Este segundo Congreso, que ha estado marcado por la reciente comunicación del nacimiento en China de los primeros bebés modificados genéticamente, da un paso más, proponiendo comenzar a perfilar el futuro de los primeros ensayos clínicos: «una vía hacia la edición de la línea germinal requerirá adherirse a estándares ampliamente aceptados para la investigación clínica, incluidos los criterios articulados en los documentos de guía de edición del genoma publicados en los últimos tres años. Dicha vía requerirá el establecimiento de estándares para la evidencia preclínica y la precisión de la modificación genética, la evaluación de la competencia para los profesionales de los ensayos clínicos, los estándares exigibles de comportamiento profesional y las asociaciones sólidas con los pacientes y los grupos de defensa del paciente». No obstante, concluye que «los riesgos son demasiado grandes como para permitir ensayos clínicos de edición de la línea germinal humana en este momento. Sin embargo, el progreso en los últimos tres años y las discusiones en la cumbre actual sugieren que ha llegado el momento de trazar un camino riguroso hacia esos ensayos».

b) La edición genética en los Estados Unidos

En los Estados Unidos las agencias responsables de regular y controlar la edición genética son el Recombinant DNA Advisory Committee (RAC), National Institutes of Health (NIH), y Food and Drug Administration (FDA). En principio, no existe regulación que prohíba la modificación de la línea germinal, no obstante, tanto la RAC como el NIH no autorizan ningún estudio dirigido a esta finalidad.

Por otro lado, la Enmienda Dickey-Wicker, nombre de una cláusula del proyecto de ley de apropiación adjunta a un proyecto de ley aprobado por el Congreso de los Estados Unidos en 1995 y firmado por el expresidente Bill Clinton, prohíbe al Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) usar fondos apropiados para la creación de embriones humanos con fines de investigación o para investigación en la que se destruyen embriones humanos, es decir, prohíbe la financiación pública de este tipo de investigaciones. En marzo de 2009, el presidente Obama emitió una orden ejecutiva que eliminó la restricción contra el financiamiento federal de la investigación con células madre. Sin embargo, la Enmienda Dickey-Wicker sigue siendo un obstáculo para los investigadores con fondos federales que buscan crear sus propias líneas de células madre.

c) La edición genética en la Unión Europea

La primera norma que trató esta materia fue la Directiva europea relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas de 6 de julio de 1998. En su considerando 40 establece un posicionamiento contundente al afirmar que *«en el seno de la Unión Europea existe consenso respecto de que la intervención génica germinal en seres humanos y la clonación de seres humanos son contrarias al orden público y a la moralidad»*.

Con posterioridad, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, art. 3, sobre el derecho a la integridad de la persona, apartado 2, se establece que en el marco de la medicina y la biología quedan prohibidas *«las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas»*, así como *«la clonación reproductora de seres humanos»*.

En el Reglamento de la Unión Europea n° 536/2014 de 16 de abril de 2014 sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano establece, en alusión a lo indicado por la Directiva 2001/20/CE, *«que no podrán realizarse ensayos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto»* (Considerando 75).

d) La edición genética en España

Las primeras normas que podemos vincular con la edición genómica surgieron a finales de la década de los ochenta, en concreto, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción asistida y la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones, o de sus células, tejidos u órganos (100).

La Ley 42/1988 fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, el marco normativo regular relativo a la investigación con embriones quedó desarrollado en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB).

B) El debate jurídico que plantea la edición genética

El fenómeno de la edición genética requiere desde el Derecho una respuesta para solventar conflictos tan relevantes como: la protección de la dignidad humana; la integridad y la diversidad genética; la protección y confidencialidad de los datos genéticos; la responsabilidad generada por los propios daños que pueda producir la tecnología; y el acceso igualitario a las posibilidades que pueda aportar este campo especialmente desde su perspectiva terapéutica (lo que se entiende por justicia distributiva).

Hasta ahora la edición genética ha sido encauzada y gestionada a partir de un derecho blando («*soft law*») que con un carácter más flexible ha originado una armonización ficticia de este campo. Si bien, ha contribuido a perfilar el camino a desarrollar por las legislaciones futuras (101). De este modo, los avances reguladores actuales son considerados por algunos autores como un adecuado instrumento de reflexión previo a los cambios técnicos y científicos que obligan a los países a legislar (102). Sin embargo, para otros autores el desarrollo regulador actual es del todo insuficiente.

No obstante, el principal conflicto jurídico se erige sobre cómo afrontar la regulación de este sector. Desde los inicios de este fenómeno hasta la actualidad ha existido una resistencia científica, política e incluso social que ha impedido la realización de investigaciones de gran calado con el objetivo principal de evitar situaciones de alarma social que supongan un bloqueo total a este campo. Ahora bien, todo apunta a que esta situación es transitoria. Al respecto, desde expertos en la materia y doctrina especializada se

(100) Estas normas surgieron a partir de lo establecido en el Informe Palacios, al respecto *vide* J. A. SOUTO PAZ, 2006: 187-196.

(101) N. SALOMÉ LIMA, A. G. MARTÍNEZ y otros, 2018: 35.

(102) N. SALOMÉ LIMA, A. G. MARTÍNEZ y otros, 2018: 35.

desprenden tres posiciones claramente diferenciadas en cuanto al modelo de regulación adecuado (103):

1. *La prohibición total.*

Esta posición se basa principalmente en argumentos naturalistas, en algunos aspectos de índole religioso donde se sitúa a la identidad genética como un bien fundamental, cuya modificación ataca a la propia consideración de ser humano. Con carácter general se emplean argumentos morales como base del rechazo.

2. *La prohibición parcial, permitiendo exclusivamente modificaciones con una finalidad terapéutica.*

Desde esta posición se defiende que toda la investigación y presupuesto vayan destinados a una modificación del genoma humano exclusivamente con una finalidad terapéutica. Siempre que existan demandas sanitarias básicas, no tiene justificación no destinar todo el presupuesto y esfuerzo a desarrollar la edición genética como herramienta sanitaria.

3. *La regulación plena de la edición genética.*

Los defensores de esta posición sostienen que el miedo a los malos usos de esta tecnología no es una razón para abandonarla. Desde esta postura se aboga por la posibilidad de las mejoras genéticas. En palabras de John Harris, «si no es injusto esperar tener un hermoso bebé robusto, con ojos marrones y pelo rizado, ¿puede ser injusto garantizar deliberadamente que se tenga precisamente un bebé así? Si no es injusto que Dios o la naturaleza concedan un deseo tal, ¿puede ser injusto concedérselo uno mismo?» (104).

El debate es complejo y apremiante. Son numerosos los manifiestos que se posicionan a favor de un amplio diálogo político, científico y social. *Nature* publicó en 2015 un manifiesto firmado por numerosos científicos vinculados a la edición genética donde se concluía (105):

«la edición del genoma de embriones humanos empleando las tecnologías actuales podría tener efectos impredecibles sobre las futuras generaciones. Por ello, resultan peligrosas y éticamente inaceptables. Además, esta investigación podría ser explotada para llevar a cabo modificaciones no terapéuticas. Nos preocupa que una eventual protesta de la opinión pública ante la violación de la ética en este campo, pudiera impedir el desarrollo de una prometedora área terapéutica».

En una línea similar se publicó otro manifiesto en la revista *Science* (106).

(103) V. BELLVER CAPELLA, 2016: 234-236.

(104) J. HARRIS, 1998: 119.

(105) E. LANPHER y otros, 2015: 410-411.

(106) P. BERG y otros, 2015: 38.

En España, el Comité de Bioética, tras su renovación a comienzos de 2019, hizo público su rechazo a la edición genética debido a que «el estado actual de tales técnicas, más allá de las dudas éticas que plantean, no ha superado el nivel de seguridad necesario para su uso clínico en humanos». Asimismo, en el manifiesto publicado por el Comité se establece que la «terapia génica germinal» en la actualidad es «absolutamente rechazable e inadmisibile al construir un mero programa eugenésico» (107).

Josep SANTALÓ PEDRO identifica cuáles serán las fases de desarrollo de la investigación en materia de edición genética. En una primera fase (la actual), donde existe una moratoria en la investigación de este campo basada en el principio de precaución. En una segunda fase, la modificación genética se centrará en abordar proyectos de finalidad terapéutica. Y en una tercera y última fase, las investigaciones se centrarán en el «mejoramiento» genético de los individuos.

En todo caso, es conveniente destacar que los manifiestos de los distintos organismos van encaminados a establecer un aplazamiento en tanto en cuanto el desarrollo tecnológico y el conocimiento de la ciencia se desarrollen de tal modo que permitan hacer un uso más seguro y preciso de la edición del genoma humano.

No obstante, la realidad es bastante diferente. El avance de la tecnología de edición genética es constante, y empiezan a surgir investigaciones que se alejan de lo manifestado por las distintas organizaciones y comités científicos y de bioética (108).

En definitiva, las dudas existentes sobre este campo son importantes, el Derecho debe intervenir, por lo menos, para regular cuando se experimente con embriones humanos; para aplicar un uso igualitario de la tecnología y sus posibilidades, especialmente en el ámbito sanitarios y terapéutico; cuando se emplee la tecnología de edición genética para usos no terapéuticos; y, en definitiva, siempre y cuando no existan garantías suficientes de seguridad para los seres humanos en su aplicación.

(107) Vide «El Comité de Bioética rechaza la edición genética para la mejora humana», *Redacción Médica*, 18 de enero de 2019.

(108) A finales de noviembre de 2018, un investigador chino, He Jiankui, anunció el nacimiento de dos niñas gemelas a las que se les había insertado un gen durante la fase embrionaria mediante la técnica Crispr/Cas9. El objetivo era eliminar el riesgo de contagio del VIH del padre alterando el gen CCR5. Vide Xavier FONTDEGLÒRIA, «El misterio rodea a He Jiankui», *ELPais*, 1 de marzo de 2019.

C) La edición genética y su integración en el SNS

Primeramente, conviene especificar que la edición genética no queda integrada dentro de la cartera común de servicios de nuestro SNS, por tanto, no puede ser considerada un servicio público ni, aún menos, un derecho subjetivo de los pacientes.

La necesaria regulación que se viene exigiendo desde diferentes ámbitos relacionados con este campo va encaminada principalmente a asegurar un uso correcto y seguro de la tecnología, y no tanto en garantizar su uso dentro de los sistemas sanitarios.

No cabe esperar que a corto-medio plazo la edición genética pase a formar parte de las prestaciones básicas del SNS. El motivo es sencillo, para la integración de cualquier servicio, producto o tecnología en la cartera común de servicios «*se tendrá en cuenta la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales*» (Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento de actualización, art. 5.1). De momento, parece existir consenso entre gran parte de la ciencia de que esta tecnología no ha superado un nivel de seguridad que permita su aplicación de forma efectiva en seres humanos.

Vivimos en una sociedad donde prima un discurso tecnócrata que sostiene que cualquier problema o limitación que genere la tecnología se resolverá gracias al propio progreso tecnológico. No obstante, desde un punto de vista jurídico no es suficiente con afirmar que la tecnología resolverá el problema, sino que se debe hacer un esfuerzo para prevenir y evitar el daño.

Asimismo, para su definitiva inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, las técnicas, tecnologías o procedimientos deberán «*contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento*» [RD 1030/2006, at. 5.3.a)], y «*aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente*» [RD 1030/2006, at. 5.3.b)]. Quiere esto decir, que cualquier futura integración de esta tecnología en nuestro sistema sanitario debe ir encaminada exclusivamente a funciones terapéuticas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La medicina genómica surge para plasmarse como una medicina preventiva, de precisión y personalizada, con un destacado potencial para proveer de bienestar a los seres humanos.

En la actualidad, el consejo genético y las pruebas predictivas están plenamente integradas en nuestro Sistema Nacional de Salud. La medicina personalizada, por su parte, es una realidad en desarrollo que se encuentra todavía en una fase temprana de implementación en nuestro servicio sanitario público.

Las posibilidades científicas y sanitarias de esta tecnología son incalculables, sus límites se circunscriben especialmente al ámbito bioético y jurídico. Al respecto, a lo largo de este trabajo se han planteado importantes conflictos jurídicos que pueden ser agrupados en los siguientes:

- La necesidad de elaborar una estrategia en medicina genómica, personalizada y de precisión, a nivel de la Unión Europea y en nuestro Sistema Nacional de Salud. Se estima necesaria la intervención del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que unifique y redirija de un modo coordinado todas las iniciativas precipitadas por las Comunidades Autónomas.
- La importancia de la inclusión en la cartera común de nuestro SNS de las distintas posibilidades que aporta la medicina genómica tiene, entre otras, la función de aproximar sus beneficios a la totalidad de la población, evitando desigualdades de acceso. Evidentemente, este proceso se orientará a la sostenibilidad económica del SNS impidiendo precios abusivos, desde la obligación ética y legal de asegurar transparencia de costes y de beneficios empresariales.
- Finalmente, especial atención requiere el respeto a la confidencialidad de los datos genéticos. Con la aprobación de la LO 3/2018 se ha perdido una gran oportunidad para adaptar una regulación en materia de protección de datos sobre salud que destaca por ser dispersa, compleja y desactualizada (109), teniendo en cuenta los avances sociales especialmente en lo referente a las Tecnologías de la Información la Comunicación. En este sentido, resulta especialmente aplicable desde el punto de vista de la investigación y los datos genéticos, el uso del Big Data (110).

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANSEDE, M. (2019): «Una nueva técnica modifica el ADN humano con precisión récord», *El País*, 22 de octubre de 2019.

(109) J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2019: 2-3.

(110) Sobre el papel del Big Data en el ámbito de la salud, *vide* J. A. MARTÍNEZ NAVARRO, 2018.

- ANZALONE, A. V.; RANDOLPH, P. B.; LIU, D. R.; y otros (2019): «Search-and-replace genome editing without double-strand breaks or donor DNA», *Nature*, Oct 21.
- A. ARIAS-DÍAZ, Javier (2015): «El consejo genético prenatal», *Cuadernos de Bioética*, XXVI.
- M. BAIGET BASTÚS, M. (2011): «Análisis genéticos», en C. M. ROMEO CASABONA (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Granada, Comares.
- BASANTE POL, Rosa y DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, Carlos (2013): «Financiación de medicamentos: Los aspectos jurídicos», *An. Real. Acad. Farm.*, Vol. 79, 2.
- BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F. (1999): *Principios de ética biomédica (edición en castellano)*, Barcelona, Masson, S.A.
- BELLVER CAPELLA, Vicente (2016): «La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta», *Cuadernos de bioética*, XXVII.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2014): «Bioética y Derecho biomédico: principios informantes. Su reflejo en la normativa y en la práctica asistencial: Enfrentamientos, prevalencias y transgresiones», *Derecho y Salud*, Vol. 24, 1.
- (2016): «Estudios epidemiológicos y de salud pública: incidencia del Reglamento Europeo de Protección de Datos», *Documento SESPAS*.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis (2019): *Valoración de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales en lo que hace al tratamiento de datos de salud*, SESPAS.
- BERG, Paul y otros. (2015): «A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification», *Science*, Vol. 348, 6230.
- BOLADERAS, Margarita (2004): «Bioética: Definiciones, prácticas y supuestos antropológicos», *Themata. Revista de Filosofía*, 33 (2004).
- BOSCH-COMAS, Anna y MORENTE, Manuel M. (2011): «Importancia de los biobancos para el desarrollo biomédico en España», *Enferm Infecc Microbiol Clín*, 29, 9.
- BURG CONTI, Paulo Henrique (2015): «El consejo genético como procedimiento eugenésico: una reflexión en relación con los principios bioéticos y los derechos fundamentales», *Revista de Bioética y Derecho*, 33.
- CABRERO FELIU, L.; DE ABAJO IGLESIAS, F. J.; DE LA FUENTE HONRUBIA, C.; SERRANO CASTRO, M. A. (2012): «Rutas administrativas y requisitos éticos y legales en la investigación biomédica con seres humanos en España: una guía para investigadores», *Medicina Clínica*, 139.
- CAMPILLO-ARTERO, C. y BERNAL-DELGADO, E. (2012): «Reinversión en sanidad fundamentos, aclaraciones, experiencias y perspectivas», *Gac. Sanit*.
- CASADO DA ROCHA, Antonio (2010): «Biobancos, cultura científica y ética de la investigación», *Dilemata*, 4.

- Consejo de Europa (1997): *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, European Treaty Series, N.º. 164, Oviedo.*
- Consejo Estatal de Estudiantes de Medicina, CEEM (2016): *LXXVIII Jornadas Estatales de Estudiantes de Medicina, Universidad de Cantabria.*
- CORDIANO, Alessandra (2014): «Producción normativa multinivel y función supletoria de las normas de soft law. EL caso de los biobancos de investigación entre lo obligatorio, lo persuasivo y lo justificable», *Revista de Derecho UNED*, 14.
- DARNOVSKY, Marcy; LOSTHORP, Leah y HASSON, Katie: «La edición genética reproductiva pone en peligro los derechos humanos universales», <https://www.openglobalrights.org/reproductive-gene-editing-imperils-universal-human-rights/?lang=Spanish>
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (2014): «Pruebas y consejo genéticos ante nuestros tribunales de justicia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 8.
- DÍEZ BUESO, Laura (2012): «La garantía institucional de la autonomía del paciente», *Revista de Bioética y Derecho*, 25.
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber (2001): *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Bilbao-Granada, Fundación BBVA.
- European Science Foundation: *Personalised Medicine for the European Citizen. Towards more precise medicine for the diagnosis, treatment and prevention of disease (iPM)*, ESF.
- FEITO GRANDE, Lydia (2014): «Aspectos bioéticos relacionados con la medicina personalizada», en Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN, *Medicina Personalizada. Aspectos científicos, bioéticos y jurídicos*, Colección Bioética y Derecho Sanitario, Madrid, Fundación Salud 2000.
- FONTEGLÒRIA, Xavier (2019): «El misterio rodea a He Jiankui», *El País*, 1 de marzo de 2019.
- Fundación Instituto Roche (2019): *Medicina personalizada de precisión en España: mapa de comunidades*, Fundación Instituto Roche.
- GARCÍA DEL POZO, J.; MARTÍN-ARRIBAS, M. C. y ARIAS-DÍAS, J. (2013): «Aspectos prácticos de la nueva normativa para el almacenamiento de muestras destinadas a la investigación en España», *Medicina Clínica*, 140.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis (2006): *Bioderecho: libertad, vida y muerte*, Universidad Pontificia de Comillas-Dykinson.
- GUERRERO M., Álvaro A. (2008): «La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN», *Criterio Jurídico*, 8, 2.
- HARRIS, John (1998): *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, trad. Michel Angstadt, Madrid, Tecnos.

- IVONE, Vitulia (2015): «La salud como derecho social: nuevas fronteras de la medicina y derechos de los pacientes», *Derecho y Salud*, Vol. 25, Extraordinario XXIV.
- JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás (2008): *Aspectos biomédicos: estado actual de la investigación*, Ciudadanía y valores Fundación.
- KNOPPERS, Bartha Maria y CHADWICK, Ruth (1994): «The Human Genoma Project: Under an International Ethical Microscope», *Science*, Vol. 265, 5181.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro (1983): *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Madrid, Alianza Universidad.
- LANPHIER, Edward y otros (2015): «Don't edit the human germ line», *Nature*, Vol. 519.
- LARIOS RISCO, David (2013): «Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8.
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente (2013): «Límites económicos del derecho a la asistencia sanitaria. STSJ de Galicia de 12 de abril de 2013, N° Rec. 4512/2012», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8.
- (2015): «Comentario a la Orden SSI/2065/2014 por la que se modifican los Anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, del 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13.
- MARTÍN ARRIBAS, C. y ARIAS, J. (2011): «Biobancos y utilización de muestras de origen humano en investigación quirúrgica. Marco normativo actual», *Cirugía Española*, 4.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro (2018): «Los derechos del paciente como usuario del servicio público de salud», en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *La seguridad del paciente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2018): *El Régimen Jurídico de la Salud Electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MELJEM MOCTEZUMA, José (2013): «Sobre la relación médico-paciente», *Revista CANOMED*, 18, 4.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (2015): «Test genéticos directos al consumidor y límites al principio de autonomía», *Derecho y Salud*, Vol. 25, XXIV.
- MORENO LUCE, Marta Silvia (2006): «El Proyecto Genoma Humano», *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. C.*, 13.
- ORTIZ-MARTÍNEZ, Juan Guillermo (2009): «Consentimiento informado en cirugía ortopédica», *Pers. Bioét.*, Vol. 13, 1 (32).

- OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. y LUNA MALDONADO, A. (2004): *Derechos del enfermo*, en Gisbert Calabuig, *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, J. A. Masson.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2018): «La vulneración del deber de secreto y confidencialidad por personal sanitario. Delito habeas data», en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *La seguridad del paciente*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PAZOS HAYASHIDA, Javier (2012): «Autonomía del Paciente y Libertad del Profesional Sanitario. (De la Protección del Sujeto a la Objeción de Conciencia en Medicina)», *Revista de Investigación Jurídica*, 4.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco (2003): «Derecho de los usuarios en los servicios sanitarios: propuesta de un nuevo catálogo», *Actualidad Administrativa*, 47-48.
- (2017): «Evaluación de las Tecnologías Sanitarias y creación de una red de autoridades u órganos responsables», en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *Profesionales de la salud. Problemas jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
 - (2019): «El cierre de grandes corporaciones o franquicias en España: una crisis sanitaria que deja indefensos a los ciudadanos», en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *Retos y propuestas para el sistema de salud*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PUYOL GONZÁLEZ, Ángel (2014): «Justicia distributiva en el sistema de salud. El racionamiento de los recursos en tiempo de crisis», *Derecho y Salud*, Vol. 24, Extraordinario XXIII.
- RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (2008): «Impacto de la Ley 14/2007 de Investigación Biomédica en los ensayos clínicos», *Medicina Clínica*, Vol. 130, 20.
- RAMOS, Luciana Cecilia (2012): «El consentimiento informado», *Panace@*, Vol. XIII, 36.
- RAMOS FUENTES, Feliciano J. y RIBATE MOLINA, M^a Pilar (2009): «Asesoramiento genético», en Francisco MOZA, Demetrio CASADO y otros, *Prevención de Deficiencias*, Madrid, Real Patronato sobre Discapacidad y Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- REPULLO LABRADOR, José Ramón (2012): «Taxonomía práctica de la «desinversión sanitaria» en lo que no añade valor, para hacer sostenible el Sistema Nacional de Salud», *Rev. Calid. Asist.*, 27.
- RETUERTO BUADES, M. y SISO MARTÍN, J. (2001): *La salud, el sistema sanitario público y su protagonista: el usuario. Derechos y deberes del usuario de la sanidad en Derecho Médico*, Tratado de Derecho Sanitario, Tomo I, Madrid, Editorial Colex.
- ROCA TRIAS, E. (1998): «La función del derecho para la protección de las personas ante la biomedicina y la biotecnología», en *Derecho Biomédico y bioética*, Comares.

- ROMEO CASABONA, Carlos María (1998): «Aspectos jurídicos del consejo genético», en Carlos María ROMEO CASABONA, *Biotecnología y derecho: perspectivas en el derecho comparado*, Bilbao-Granada, Fundación BBVA.
- (2002): *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Comares.
- (2011): «Bioderecho y Bioética», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares.
- ROMEO MALANDA, S. (2013): «Análisis genéticos directos al consumidor: su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español y propuestas de actuación», en Carlos María ROMEO CASABONA (Dir.), *Hacia una nueva medicina: consejo genético*, Granada, Comares.
- RUIZ GARCÍA, J. A. (2005): «Aspectos jurídicos de la medicina personalizada», *Indret*, 286.
- SALOMÉ LIMA, Natacha; MARTÍNEZ, A. Gustavo y otros (2018): «Perspectiva de la edición genética (CRISPR/Cas9)», *Reproducción*, Vol. 33, 4.
- SÁNCHEZ CARAZO, C. (2004): «Ética en la investigación clínica: el consentimiento y la información», en L. FEITO, *Bioética: La cuestión de la dignidad*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier (2014): «La bioética y el derecho sanitario: encuentros y desencuentros», *Derecho y Salud*, Vol. 24, 1.
- SÁNCHEZ LEGRÁN, F. (2002): «El paciente como usuario de la Sanidad. Derechos y deberes», *Medicina de Familia*, Vol. 3, 4.
- SÁNCHEZ MARTOS, Jesús (2014): «La educación para la salud y las habilidades de comunicación ante los avances de la medicina personalizada», en Javier SÁNCHEZ-CARO y Fernando ABELLÁN, *Medicina Personalizada. Aspectos científicos, bioéticos y jurídicos*, Colección Bioética y Derecho Sanitario, Madrid, Fundación Salud 2000.
- SÁNCHEZ-ROMERO, J. M. y GONZÁLEZ, J. M. (2010): «Biobancos, laboratorios clínicos e investigación biomédica», *Rev Lab Clin.*, 3.
- SEOANE, J. A. (2008): «La relación clínica en el siglo XXI: cuestiones médicas, éticas y jurídicas», *Derecho y Salud*, Vol. 16, 1.
- SOUTO PAZ, José Antonio (2006): «El Informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida», en Ana DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson.
- VÁZQUEZ, Javier Jorge y REIER FORRADELLAS, Ricardo (2013): «La sanidad pública en España: crisis económica y reformas», *La gran recesión y sus salidas (Actas del I Congreso de Economía y Liberad)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila.

ZAZO, Sandra y ROJO, Federico (2013): «El papel de los biobancos en la investigación clínica. Una plataforma de servicio para el desarrollo de la investigación traslacional», en Rafael DAL-RÉ, Xavier CARNÉ y Diego GRACIA (Dir.), *Luces y sombras en la investigación clínica*, Triacastela.

JURISPRUDENCIA

LA PREVALENCIA DE LA PROTECCIÓN AMBIENTAL SOBRE LAS LIBERTADES COMUNITARIAS: LA JURISPRUDENCIA ALANDS VINDKRAFT^(*)

LETICIA FUERTES GINÉ

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES AL ASUNTO ALANDS VINDKRAFT: 1. Antecedentes fácticos de la Sentencia. 2. Motivación y propósitos de la Directiva 2009/28/EC. 3. Modelo de sistema nacional de apoyo basado en certificados eléctricos: A) Características de los certificados verdes. B) Descripción de las garantías de origen y diferencias con los certificados.– II. LA SENTENCIA ALANDS VINDKRAFT: 1. La compatibilidad del sistema nacional de apoyo sueco con la Directiva 2009/28/EC. 2. ¿Está justificada la restricción a libre circulación de mercancías para fomentar la producción de energías renovables? 3. Potencial vulneración del sistema nacional sueco del principio de seguridad jurídica. 4. Enjuiciamiento del razonamiento del Tribunal de Justicia y las críticas de ANKERSMITH.– III. CONTRIBUCIÓN CIERTA Y EFECTIVA AL INCREMENTO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE: LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL ASUNTO ALANDS VINDKRAFT.– IV. CONCLUSIÓN.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La negativa de la Agencia de Energía Sueca a homologar un parque eólico situado fuera de sus fronteras para poder cumplir con la obligación de cuotas culminó en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2014, sobre el Asunto Alands Vindkraft. En dicha Sentencia, el Tribunal examina cuestiones fundamentales del Derecho Europeo, como: la aprobación de un sistema nacional de apoyo de certificados verdes con las particularidades de la legislación sueca, la ponderación entre los principios de protección al medio ambiente y fomento de las energías renovables frente a la libre circulación de mercancías dentro del territorio europeo, la aplicación del test de proporcionalidad y los resultados de su empleo, así como la importancia del principio de seguridad jurídica en la implementación de medidas de derecho comunitario en los distintos ordenamientos jurídicos.

El objetivo del presente artículo es ofrecer una visión íntegra de esta sentencia, mediante una breve introducción al contexto legislativo y conceptual en el que se enmarca este Asunto, el análisis del razonamiento jurídico y subsiguientes conclusiones del Tribunal, la condensación de reflexiones y críticas jurisprudenciales, y por último, el virtual impacto

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 29 de noviembre de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de diciembre de 2019.

que puede llegar a tener una medida justificada de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas en la actual estructura del mercado interior energético.

Palabras clave: Directiva 2009/28/EC; Alands Vindkraft, certificados eléctricos; garantías de origen; emisiones de gases de efecto invernadero; energías renovables; objetivos nacionales obligatorios; sistemas de apoyo nacionales; limitaciones territoriales; libre circulación de mercancías; medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas; test de proporcionalidad.

ABSTRACT: The refusal by the competent Swedish authority to award electricity certificates for a wind farm located beyond Sweden's borders in order to comply with the certificates' compulsory quota led to the judgement of the Grand Chamber of the Court dated 1 July 2014 on the Aland Vindkraft' Case. In such judgement, the Court examines fundamental questions, such as: the approval of an electricity certificates national support scheme with the particularities of the Swedish legislation, the weigh of the principles of environmental protection and increasing the production of renewable energies against the free movement of goods within the European area, the application of the proportionality test and its corresponding results, as well as the significance of the principle of legal certainty when implementing European law measures within the different legal systems.

The purpose of the present article is to offer an insight of this judgement, by a brief introduction to the legislative and conceptual context in which this Case is framed, an analysis of the Court's legal reasoning and subsequent rulings, the gathering of jurisprudential considerations and criticisms, and lastly, the virtual impact that can be achieved by measures having equivalent effect to a quantitative restriction within the current structure of the European energy market.

Key words: Directive 2009/28/EC; Alands Vindkraft; electricity certificates; guarantees of origin; greenhouse gas emissions; renewable energies; mandatory national targets; national support schemes; territorial limitations; free movement of goods; measures having equivalent effect to a quantitative restriction; proportionality test.

I. CUESTIONES PRELIMINARES AL ASUNTO ALANDS VINDKRAFT

1. Antecedentes fácticos de la Sentencia

El 30 de noviembre de 2009, Ålands Vindkraft AB (de ahora en adelante, «Alands Vindkraft») solicitó a la autoridad sueca competente la homologación de su parque eólico Oskar, ubicado en el archipiélago de las islas finlandesas Aland, con el objetivo de poder obtener certificados eléctricos (1).

Siete meses más tarde, la *Energimyndigheten* (la Agencia de Energía Sueca) desestimó la solicitud de Alands Vindkraft, argumentando que para la

(1) Sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra *Energimyndigheten*, Asunto C-573/12, apartado 23.

obtención de certificados eléctricos solamente eran homologables las instalaciones de producción de electricidad verde situadas en Suecia (2).

Alands Vindkraft recurrió esta decisión ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo de Linköping, alegando la infracción del artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») (3). A su vez, este Tribunal decidió suspender el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relacionadas principalmente con los llamados «sistemas de apoyo» recogidos en la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (en lo sucesivo, la «Directiva») y el artículo 34 TFUE.

La Gran Sala del Tribunal de Justicia resolvió este litigio con la sentencia de fecha 1 de julio de 2014 (la «Sentencia»).

2. Motivación y propósitos de la Directiva 2009/28/EC

Las últimas décadas han estado caracterizadas por la mejora exponencial de las tecnologías energéticas y su eficiencia, el auge de la concienciación ecológica, y la universalización de los principios sobre los que deben descansar las actividades energéticas en un mundo globalizado (4): seguridad —tanto del abastecimiento energético como de los inversores—, sostenibilidad y eficiencia.

En este contexto, y ante la urgencia de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, el legislador europeo intenta establecer en la Directiva un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables (5), mediante la consecución del objetivo obligatorio de alcanzar una cuota del 20% de energía verde, en el consumo total de energía de la Unión Europea en el año 2020 (6).

No obstante, el legislador también reconoce que la situación de partida energética de cada uno de los Estados miembros y sus potenciales de energías, incluyendo: el nivel de la energía procedente de fuentes renovables a fecha de la Directiva, sus combinaciones energéticas, y la matriz energética, varía considerablemente entre los países miembros de la Unión Europea. Por este motivo, la Directiva convierte el objetivo global comunitario indicado en

(2) *Ibid.*, apartado 24.

(3) «Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente».

(4) I. DEL GUAYO CASTIELLA, 2016: 50 y 51.

(5) Directiva 2009/28/CE, considerando número 1.

(6) *Ibid.*, considerando número 9.

el párrafo anterior en un objetivo obligatorio individual para cada uno de los Estados miembros (7).

La Directiva anima a dichos Estados miembros a cooperar entre ellos para que alcancen la cuota del 20% de energía renovable, e introduce mecanismos facultativos de cooperación y de flexibilidad en los que las naciones pueden acordar sus correspondientes grados de apoyo (como, por ejemplo: transferencias estadísticas, proyectos conjuntos entre Estados miembros o sistemas de apoyo conjuntos) (8), tanto a la producción de energía del otro Estado como al cumplimiento de los objetivos obligatorios. Pero, frente al intento de fomentar la colaboración transfronteriza, la Directiva reconoce que la mayoría de los Estados miembros cuenta con sistemas de apoyo nacionales que solamente conceden beneficios a la energía renovable producida en su territorio. Es más, la Directiva admite que pretende facilitar el apoyo transfronterizo de la energía procedente de las fuentes renovables sin afectar a los sistemas nacionales de apoyo (9).

3. Modelo de sistema nacional de apoyo basado en certificados eléctricos

A) Características de los certificados verdes

Como se ha mencionado anteriormente, el litigio principal del Asunto *Alands Vindkraft* tiene su origen en la negativa por parte de la Agencia de la Energía Sueca a homologar el parque *Oskar* para poder obtener los certificados eléctricos.

Los certificados eléctricos, o también denominados «certificados verdes», son documentos expedidos por la Administración competente por los que se declara la efectiva producción, distribución o consumo de un determinado volumen de energía renovable (10). Estos certificados son necesarios para el cumplimiento de la obligación impuesta por el Estado de generar, distribuir o consumir una determinada cantidad o cuota de energías renovables (11).

El funcionamiento concreto de este sistema nacional de apoyo (12) es el siguiente: por cada unidad de electricidad renovable que es entregada a la red, la empresa puede recibir un certificado verde más el precio de la electricidad,

(7) *Ibid.*, considerando número 15.

(8) *Ibid.*, considerando número 36.

(9) *Ibid.*, considerando número 25.

(10) I. SANZ RUBIALES, 2010: 13.

(11) *Ibid.*

(12) El artículo de la Directiva en el que se define el término «sistema nacional de apoyo» contiene una enumeración ejemplificativa de medidas entre las cuales se incluyen los certificados verdes.

o intercambiar los certificados y la electricidad generada por separado (entre otros motivos, por la imposibilidad física de diferenciar en la red, el origen de todos y cada uno de los KWh consumidos) (13). Como la venta de certificados verdes constituye una fuente de retribución para los productores, se estimula la generación de la energía renovable (14), favoreciendo además la competencia entre los productores (15). En el sistema sueco objeto de estudio en este artículo, no existe en puridad una obligación de utilizar un porcentaje determinado de energía renovable, puesto que la compra de los certificados no tiene que hacerse conjuntamente con la compra de electricidad existiendo un mercado sujeto a oferta y demanda, sino que el pago de operadores privados por los certificados proporciona un plus de rentabilidad a los productores por este tipo de energía (16).

Por el contrario, aquellas empresas que no generen suficiente energía se suelen enfrentar a multas por no alcanzar las cuotas de energías renovables, aunque están facultadas para comprar los certificados a otras empresas que hayan generado más de lo necesario y tengan un exceso de certificados (17). En este mismo sentido, la Directiva constituye que, si los Estados miembros lo convinieran, pueden cooperar estableciendo sistemas de apoyo conjuntos coordinando sus certificados eléctricos.

Concretamente, la ley sueca aplicable a la Sentencia contemplaba que los certificados verdes procedentes de otros Estados miembros eran homologables siempre que ambos países hubieran celebrado un acuerdo internacional (18). A pesar de que esta disposición era favorable para Alands Vindkraft, Suecia no había firmado ningún acuerdo de este tipo con Finlandia (19), y por lo tanto, la energía renovable producida en el archipiélago finlandés no podía ser utilizada para cumplir con la obligación de cuotas.

B) Descripción de las garantías de origen y diferencias con los certificados

Las garantías de origen son un documento electrónico cuya única función es demostrar a un consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables (20).

(13) I. SANZ RUBIALES, 2010: 13.

(14) *Ibid.*, p. 8.

(15) B. Savevn, A. SORIA FERRER y T. WIESENTHAL, 2008: 128.

(16) G. GARCÍA-ÁLVAREZ, 2018: 43.

(17) B. Savevn, A. SORIA FERRER y T. WIESENTHAL, 2008: 128.

(18) Sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra *Energimyndigheten*, Asunto C-573/12.

(19) *Ibid.*, apartado 22.

(20) Directiva 2009/28/CE, artículo 2 apartado j).

El motivo por el cual el consumidor final necesita esta acreditación del origen renovable de la energía reside en que la energía eléctrica —ya proceda de una fuente renovable o no renovable— una vez vertida a la red, fluye por ésta sin que haya posibilidad de determinar físicamente el origen de la electricidad que llega a los usuarios finales. Por ello, la garantía de origen permite que el consumidor final tenga la certeza de que si decide «adquirir» electricidad renovable, se habrá producido e inyectado a la red una cantidad equivalente a la que haya consumido (21).

Sin embargo, de esta descripción de las garantías de origen se puede inferir que dichas garantías comparten un funcionamiento similar con los certificados verdes, los cuales se expiden al generarse la energía renovable, certificando así el origen de esa energía (22). La Directiva no es ajena a este razonamiento, ya que enfatiza en su considerando número 52 la importancia de distinguir entre garantías de origen y certificados verdes.

La principal diferencia entre ambos es que, mientras las garantías de origen no son de existencia obligatoria (su emisión es potestativa previa solicitud del productor de electricidad procedente de fuentes de energías renovables) (23), los certificados verdes constituyen la mercancía de un comercio organizado (24). Por lo tanto, la efectiva solicitud de las garantías dependerá de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y de la situación del mercado de electricidad verde, pero al margen de eso podrían no existir ni circular en la práctica (25).

Esta idea está reforzada en el considerando número 56 de la Directiva, el cual estipula que las garantías de origen no confieren de por sí el derecho a acogerse a sistemas de apoyo nacionales. Esta afirmación se puede traducir en que la mera tenencia de una garantía de origen, que certifique que esa energía procede de una fuente renovable, no garantiza que dicha energía pueda emplearse para cumplir con la obligación de cuotas.

II. LA SENTENCIA ALANDS VINDKRAFT

El Tribunal contencioso-administrativo de Linköping, tras examinar los antecedentes de hecho y el marco jurídico aplicable al Asunto Alands Vindkraft, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales:

(21) I. ZURUTUZA ARIGITA, 2014: 29-45.

(22) I. SANZ RUBIALES, 2010: 8.

(23) Directiva 2009/28/CE, artículo 15 apartado 2º.

(24) I. SANZ RUBIALES, 2010: 16.

(25) *Ibid.*

1. En primer lugar, si a la luz del sistema nacional de apoyo sueco consistente en la obligación por parte de productores y algunos consumidores de adquirir certificados verdes pero no electricidad, la definición del sistema de apoyo en la Directiva y las medidas descritas en la Directiva para alcanzar los objetivos globales nacionales obligatorios deben interpretarse en el sentido de que permite aplicar dicho sistema nacional de apoyo, al que sólo pueden acogerse los productores ubicados geográficamente en Suecia y que implica que se favorece económicamente a estos productores frente a aquellos a los que no se les puede conceder los certificados eléctricos.
2. En segundo lugar, si en el marco del artículo 34 TFUE, el sistema nacional de apoyo sueco constituye una restricción cuantitativa a la importación o una medida de efecto equivalente.
3. Si, en el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, se podría considerar compatible el sistema nacional de apoyo sueco en virtud del objetivo de fomentar la producción de electricidad verde.
4. Por último, cómo incide en las anteriores cuestiones el hecho de que la limitación territorial del sistema nacional de apoyo sueco no está expresamente regulada en la legislación nacional.

1. La compatibilidad del sistema nacional de apoyo sueco con la Directiva 2009/28/EC

En relación con la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia determina que la definición del sistema de apoyo y las medidas descritas en la Directiva para alcanzar los objetivos globales nacionales obligatorios deben efectivamente interpretarse en el sentido de que un sistema nacional de apoyo con las características del sistema sueco sí está permitido (26).

La Gran Sala fundamenta esta conclusión en la gran flexibilidad y margen de decisión que la Directiva concede a los Estados miembros sobre las medidas a adoptar para fomentar el uso de energía procedente de fuentes renovables. El Tribunal de Justicia destaca que la mayoría de las disposiciones de la Directiva han sido redactadas desde la perspectiva de que los sistemas de apoyo nacionales con limitaciones territoriales son comunes entre los Estados miembros. Por este motivo, y para garantizar la efectividad de dichos sistemas de apoyo, son los propios Estados miembros quienes determinan si estos se pueden aplicar a la energía verde producida en otros países, en qué medida se

(26) Sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra *Energimyndigheten*, Asunto C-573/12, apartado 54.

realizaría tal aplicación y en qué grado apoyarían la energía verde producida en otros Estados miembros.

Aludiendo expresamente a los sistemas de apoyo nacionales que utilizan certificados verdes, el Tribunal destaca un concepto descrito resumidamente en el apartado anterior de este artículo: las garantías de origen. Argumenta que estas garantías (i) no confieren de por sí el derecho a acogerse a los sistemas nacionales de apoyo, y (ii) sólo deben ser reconocidas mutuamente entre los Estados miembros a los únicos efectos de indicar a los consumidores finales la parte de energía verde que contiene la estructura de abastecimiento energética.

En último lugar, el Tribunal de Justicia invoca la intención del legislador europeo al redactar la Directiva, señalando que preservó la posibilidad de limitaciones territoriales y que no pretendía imponer a los Estados miembros que utilicen certificados verdes extender las ventajas de dicho sistema a la electricidad verde producida en el territorio de otro Estado miembro (27).

Por consiguiente, en consonancia con este prisma de la Directiva y la ausencia de un acuerdo internacional entre Finlandia y Suecia, Ålands Vindkraft no puede utilizar su energía verde para cumplir con su obligación de cuotas, y la potencial garantía de origen que Finlandia le otorgue a esta energía tendrá el único propósito de que Suecia acredite que, en efecto, se trata de energía procedente de fuentes renovables. En otros términos, al Estado le basta, a nivel individual, con que el consumo sea «virtual»; esto es, con que cada operador justifique el cumplimiento de la obligación de consumo o distribución, estimulando así la generación de energías renovables (28) y logrando así cumplir con sus objetivos nacionales obligatorios.

2. ¿Está justificada la restricción a libre circulación de mercancías para fomentar la producción de energías renovables?

El Tribunal de Justicia opta por resolver conjuntamente las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, y comienza aceptando que la norma controvertida puede obstaculizar, al menos indirecta y potencialmente, las importaciones de electricidad verde procedentes de otros Estados miembros (29). El Tribunal encuentra tal obstaculización potencial en que la ausencia de un convenio internacional provoca que únicamente los certificados concedidos de acuerdo con el sistema nacional pueden emplearse para cumplir tal objetivo, y en que

(27) *Ibid.*, apartados 49 y 53.

(28) I. SANZ RUBIALES, 2010: 8.

(29) Sentencia del Tribunal (Gran Sala) de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft AB contra *Energimyndigheten*, Asunto C-573/12, apartado 67.

la venta conjunta de los certificados y la electricidad verde producida dentro de los límites territoriales es suficiente para cumplir la obligación de cuota (30).

No obstante, el Tribunal recuerda que aunque el sistema nacional de apoyo sueco constituya una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas, puede estar justificado por la protección al medioambiente y el fomento de las energías renovables. Conforme al principio de proporcionalidad, este sistema deberá ser adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue —en este caso, promover la producción de electricidad verde— y no deberá ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (31).

La consiguiente aplicación del test de proporcionalidad propicia que el Tribunal de Justicia determine que el artículo 34 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone al sistema nacional de apoyo de certificados verdes sueco (32).

El Tribunal construye una parte de su fundamentación jurídica rescatando los argumentos empleados para resolver la primera cuestión prejudicial: la Directiva ampara la limitación territorial de los sistemas de apoyo nacionales y establece mecanismos para que los Estados miembros puedan acordar, especificando el grado de implicación y las medidas específicas a adoptar, la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos nacionales obligatorios.

Aunque el Tribunal escucha los dos principales argumentos de Alands Vindkraft —(i) que *a priori*, el objetivo del medio ambiente y el incremento de la producción de la energía procedente de fuentes renovables, puede lograrse en la Unión con independencia del país en donde estén localizadas las instalaciones de producción y (ii) que Suecia disponía en aquel momento de una capacidad de producción de electricidad verde que le permitía alcanzar los objetivos nacionales obligatorios de la Directiva—, continúa insistiendo en que los Estados pueden acogerse a la ya mencionada restricción geográfica y en la falta de acuerdo internacional entre Finlandia y Suecia.

El Tribunal también aduce a motivos económicos para reforzar su consideración de la aptitud del sistema nacional de apoyo sueco frente al artículo 34 TFUE, como por ejemplo: que al asumirse los sobrecostes de los certificados verdes directamente por el mercado, y en última instancia por los consumidores, los Estados miembros no sobrepasan el margen de apreciación que tienen para conseguir incrementar la electricidad verde (33). Además, como la obligación de cuota se dirige a garantizar a los productores una demanda de los certificados que se les han concedido, causa un efecto de incitación que incrementa su

(30) *Ibid.*, apartados 69 y 72.

(31) *Ibid.*, apartado 76.

(32) *Ibid.*, apartado 119.

(33) *Ibid.*, apartados 109 y 110.

producción de electricidad verde (34). Por último, el Tribunal también destaca que los certificados verdes se venden en Suecia en un mercado abierto a la competencia, estando su precio determinado por la oferta y la demanda (35).

En resumen: Suecia pudo legítimamente considerar que la limitación territorial impuesta no iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de incremento de la producción e indirectamente del consumo de electricidad verde perseguido por la Directiva (36), por lo que, aunque esta medida pueda ser contraria al artículo 34 TFUE, se encuentra justificada por la protección al medioambiente y el fomento de las energías renovables y supera el principio de proporcionalidad.

3. Potencial vulneración del sistema nacional sueco del principio de seguridad jurídica

El Tribunal de Justicia remite al tribunal nacional sueco la resolución de la cuestión prejudicial cuarta, debido a que el Tribunal únicamente es competente para pronunciarse sobre Derecho de la Unión Europea (37).

A pesar de esta remisión directa por parte del Tribunal de Justicia al tribunal sueco, el Tribunal otorga ciertas directrices a este último para facilitar sus comprobaciones en el marco jurídico nacional.

Según reiterada jurisprudencia, cuando los Estados miembros implementan medidas por las que se aplique el Derecho de la Unión Europea —particularmente la contribución por parte de Suecia a alcanzar los objetivos nacionales obligatorios impuestos por la Directiva—, se deberán respetar los principios generales del Derecho de la Unión, especialmente el principio de seguridad jurídica (38). Dicho principio exige que las normas de Derecho sean claras y precisas (39), que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que éstos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (40).

Finalmente, el Tribunal sugiere que, sin perjuicio de las apreciaciones del tribunal sueco, no parece que el sistema nacional de apoyo sueco pueda vulnerar el principio de seguridad jurídica (41).

(34) *Ibid.*, apartados 111 y 112.

(35) *Ibid.*, apartado 115.

(36) *Ibid.*, apartado 104.

(37) *Ibid.*, apartado 126.

(38) *Ibid.*, apartado 126.

(39) *Ibid.*, apartado 127.

(40) *Ibid.*, apartado 128.

(41) *Ibid.*, apartado 131.

4. Enjuiciamiento del razonamiento del Tribunal de Justicia y las críticas de ANKERSMITH

Tras haber detallado los argumentos jurídicos y las conclusiones de la Sentencia, es innegable que el Tribunal ha intentado transmitir un mensaje claro que debe prevalecer tras la lectura completa del Asunto *Alands Vindkraft*, que es que a pesar de que el modelo sueco de certificados verdes puede presentar una potencial restricción a la libre circulación de mercancías, y por lo tanto ser contrario al artículo 34 TFUE, este sistema nacional de apoyo está justificado y supera satisfactoriamente el test de la proporcionalidad (42).

Es por lo tanto lógico que haya sido en este punto donde se han condensado la mayoría de las críticas a la Sentencia. Una de las más relevantes se le atribuye a ANKERSMITH, quien considera lo siguiente:

«Mientras que la decisión a la que llegó la sentencia es perfectamente convincente, es muy decepcionante que el Tribunal no haya explicado por qué la limitación territorial del sistema nacional de apoyo es acorde con el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Justicia se limita a observar el contexto legislativo (...) pero podría haber manifestado que, por ejemplo, para garantizar el correcto funcionamiento del sistema nacional de apoyo para la producción de energía doméstica era indispensable que hubiera una limitación territorial y que la elección de apoyar solamente la producción doméstica estaba justificada debido a que era un mandato de la Unión Europea. (...) Sin embargo, el mensaje transmitido por el Tribunal en esta sentencia está claro: el Tribunal estaba, está y probablemente permanecerá deferente hacia la protección del interés público importante para la Unión Europea en sí misma, particularmente en relación con la lucha contra el cambio climático. (...) Por otra parte, el resultado de este caso demuestra que, si se quieren eliminar estos obstáculos al comercio resultantes de los sistemas de apoyo nacionales, se necesita actuar al nivel de la Unión Europea. El régimen actual claramente fomenta la creación de obstáculos al comercio, lo cual se podría erradicar desde el prisma del Derecho de la Unión. Esto evitaría los efectos negativos de la competitividad regulatoria entre Estados miembros a la hora de promover el uso de electricidad verde, mientras que al mismo tiempo eliminaría los obstáculos al comercio en la electricidad verde en todo el mercado interno de la Unión Europea» (43).

III. CONTRIBUCIÓN CIERTA Y EFECTIVA AL INCREMENTO DE LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA RENOVABLE: LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR AL ASUNTO ALANDS VINDKRAFT

El 29 de septiembre de 2016, el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el Asunto *Essent Belgium NV* (en lo sucesivo, «*Essent*»). *Essent* suministraba

(42) A. JIMÉNEZ-BLANCO, 2014: 1791.

(43) *Ibid.*, traducido de la cita original del inglés al castellano.

electricidad verde importada principalmente de los Países Bajos a empresas y clientes privados residentes en Flandes. (44). Como consecuencia de una serie de modificaciones normativas regionales, la energía importada por Essent quedó excluida del sistema de distribución gratuita a través de la red de distribución situada en Flandes (45). Essent decidió acudir ante el Tribunal de primera instancia de lengua neerlandesa argumentando, entre otros alegatos, que esas nuevas normativas regionales violaban el artículo 34 TFUE. A su vez, dicho Tribunal suspendió el procedimiento y planteó una serie de cuestiones prejudiciales concernientes a la interpretación de dicha normativa regional a la luz de las directivas aplicables al litigio principal.

Para resolver las cuestiones prejudiciales del Asunto Essent, el Tribunal de Justicia recupera la jurisprudencia del Asunto Alands Vindkraft respecto a los sistemas de apoyo nacionales susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario y su justificación por exigencias imperativas relativas a la protección del medioambiente, y especialmente, el interés de fomentar el uso de energías renovables.

No obstante, también diferencia claramente entre los certificados verdes del Asunto Alands Vindkraft y el sistema de distribución gratuita del Asunto Essent. El Tribunal considera que éste último no tiene por objeto conceder un apoyo directo a los productores de electricidad verde (46), sino que constituye una ventaja económica a los suministradores (47). Pero no está garantizado que la ventaja económica obtenida por los suministradores vaya a redundar esencial y efectivamente en beneficio de los productores de electricidad verde (48), sino que dependerá de los diversos factores que afecten a los mercados, como el precio de la electricidad, la oferta y la demanda, e incluso la relación de fuerza existente entre los operadores y la disposición de los suministradores a hacer partícipes de dicha ventaja a los productores (49).

Por estos motivos, el sistema de gratuidad del Asunto Essent es caracterizado por el Tribunal de Justicia como indirecto, incierto y aleatorio, por lo que no puede demostrar la aptitud para incitar a los operadores de forma efectiva a que produzcan más energía verde. Por consiguiente, las normativas regionales señaladas por Essent no cumplen el principio de proporcionalidad

(44) Sentencia del Tribunal (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2016, Essent Belgium NV contra *Vlaams Gewest*, Asunto C-492/14, apartado 33.

(45) *Ibid.*, apartado 34.

(46) *Ibid.*, apartado 111.

(47) *Ibid.*, apartado 112.

(48) *Ibid.*, apartado 113.

(49) *Ibid.*, apartado 114.

y no está justificada la limitación del libre acceso y la libre circulación de mercancías (50).

Aunque el Tribunal mantiene la doctrina de la Sentencia *Alands Vindkraft*, también matiza ligeramente el test de proporcionalidad aplicándolo de una manera más precisa: si la medida implementada no contribuye de una manera cierta y efectiva para incrementar la producción de electricidad verde (51), aunque pueda comportar un beneficio indirecto para los consumidores, las restricciones a la libertad de circulación no se encontrarán justificadas. En cambio, pueden seguirse manteniendo, en el actual contexto normativo, que resultan viables las medidas de efecto equivalentes, cuando las mismas, directamente, constituyan medidas de apoyo a la producción de estas energías (52).

IV. CONCLUSIÓN

El Asunto *Alands Vindkraft* se sustenta sobre dos pilares: la ubicación geográfica del parque eólico Oskar en las islas Aland y el contexto normativo —que en ausencia de un acuerdo internacional entre Suecia y Finlandia para coordinar el sistema de certificados eléctricos, y que aporta una gran discrecionalidad a los Estados miembros para decidir acerca de sus sistemas de apoyo y colaboración— permite las restricciones territoriales de los sistemas nacionales de apoyo, debido entre otros motivos, a la falta de armonización de los sistemas nacionales de apoyo a la electricidad verde.

También son estos dos pilares los que utiliza el Tribunal de Justicia para construir su fundamentación jurídica y aplicar unos estándares de control bastante laxos (53). Admite que el sistema nacional de apoyo sueco puede obstaculizar los intercambios comerciales intracomunitarios —siendo por lo tanto contrario al artículo 34 TFUE— pero encuentra que cumple las exigencias del principio de proporcionalidad, al ser estas medidas adecuadas para lograr el fomento de las energías procedentes de fuentes renovables y necesarias a estos efectos.

Estas premisas son especialmente relevantes, dado que la aceptación por parte del Tribunal de las barreras fronterizas a la importación de energía verde y el reconocimiento de la falta de armonización de los sistemas nacionales, pueden tener implicaciones más allá de las consecuencias que traslucen de la Sentencia *Alands Vindkraft*.

(50) *Ibid.*, apartados 115 y 116.

(51) *Ibid.*, apartado 116.

(52) S. GALERA RODRIGO y M. GÓMEZ ZAMORA, 2018: 1-802.

(53) G. GARCÍA-ÁLVAREZ, 2018: 34.

El efecto más inmediato es la aparición de tensiones entre el mercado europeo interno de electricidad y los sistemas nacionales de apoyo. Si cada uno de los Estados miembros gestiona un sistema diferente, y además introduce límites domésticos, el alcance de acuerdos para establecer mecanismos de cooperación entre países será más dificultoso. Esto podrá tener un impacto económico en el mercado, porque aunque se logre el cumplimiento de los objetivos nacionales obligatorios, los ingresos de un productor de energía variarán en función de la ubicación de dicho productor y los acuerdos internacionales suscritos por ese Estado miembro (54). Adicionalmente, el hecho de que los sistemas nacionales de apoyo de carácter territorial sean el principal mecanismo de fomento de la producción de energías renovables, complica una eventual armonización del mercado comunitario de estas mismas, ya que este proceso requeriría la progresiva eliminación de dichas limitaciones territoriales (55).

Por otra parte, es argumentable que el Tribunal de Justicia ha tratado de resolver el Asunto Alands Vindkraft desde una perspectiva política y económica. Es preciso recordar que la Directiva insiste en la importancia de proporcionar seguridad y confianza a los actuales y potenciales inversores, y con el pronunciamiento del Tribunal en la Sentencia, ha autorizado a los Estados miembros a mantener las ayudas recaudadas para la producción de energías verdes «dentro del país» (56). Un exponencial aumento de las ayudas para productores energéticos extranjeros podría traducirse en un colapso de los sistemas nacionales de subsidios destinados a las energías verdes (57).

En definitiva, de la Sentencia Alands Vindkraft se desprende que el Tribunal de Justicia, en el ámbito de las energías renovables, hace prevalecer la protección del medio ambiente frente al principio fundamental de la Unión Europea de la libre circulación de mercancías, si bien matiza en la Sentencia Essent que este último principio solamente cederá frente a aquellas medidas que contribuyan de una manera cierta y efectiva al incremento de la producción de electricidad verde.

V. BIBLIOGRAFÍA

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo (2016): «La Carta Internacional de la Energía en 2015 y las energías renovables, a propósito del Laudo de 21 de enero de 2016», *Cuadernos de energía*, n.º 47, pp. 50-56.

(54) É. DURAND y M. KEAY, 2014: 6.

(55) A. STEINBACH y R. BRUCKMANN, 2015: 14.

(56) *Ibid.*

(57) *Ibid.*, 15.

- DURAND, Étienne; KEAY, Malcolm (2014): «*National support for renewable electricity and the single market in Europe: the Alands Vindkraft case*», *Oxford Energy Comment*, pp. 1-7.
- GALERA RODRIGO, Susana; GÓMEZ ZAMORA, Mar (2018): «Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica», *Colección Administración Local y Autonómica, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública*, núm. XIX, pp. 1-802.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2018): «El papel de los mecanismos de mercado en la protección ambiental», *Monografías de esta REVISTA*, pp. 9-55.
- JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio (2014): «Energías renovables y Tribunal Europeo: la Sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, Alands Vindkraft», *Revista Vasca de Administración Pública* núm. especial 99-100, pp. 1775-1794.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2010): «Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28», *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 25, pp. 1-34.
- SAVEVN Bert; SORIA FERRER, Antonio; WIESENTHAL, Tobías (2008): «Política de electricidad renovable: sistema de primas frente a comercio de certificados verdes», *Revista vasca de economía*, n.º 67, pp. 118-139.
- STEINBACH, Armin; BRÜCKMANN; Robert (2015): «*Renewable Energy and the Free Movement of Goods*», *Journal of Environmental Law*, pp. 1-16.
- ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki (2014): «El consumidor de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables: las garantías de origen», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 31, pp. 29-45.

CRÓNICA

CRÓNICA PARLAMENTARIA DE LA IX LEGISLATURA (2015-2019) EN LAS CORTES DE ARAGÓN(*)(**)

OLGA HERRÁIZ SERRANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. UN ESCENARIO POLÍTICO Y JURÍDICO NOVEDOSO: 1. Los resultados de las elecciones autonómicas de mayo de 2015 y sus consecuencias en las Cortes de Aragón: A) La polémica originada por la disolución de las Cortes de Aragón en el decreto de convocatoria de elecciones autonómicas de 30 de marzo de 2015. B) Los resultados electorales. 2. La aprobación del nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón.– III. LOS PRINCIPALES DEBATES POLÍTICOS DE LA LEGISLATURA: 1. Los debates de política general. 2. Los debates surgidos como consecuencia del estudio de determinados asuntos: la proliferación de comisiones especiales.– IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE ARAGÓN: 1. Los derechos sociales. 2. Leyes económico-financieras o tributarias. 3. Leyes de contenido administrativo o institucional. 4. El resto de leyes aprobadas durante la IX Legislatura.– V. LA ACTIVIDAD DE CONTROL SOBRE EL EJECUTIVO AUTONÓMICO.– VI. ELECCIÓN DE AUTORIDADES.– VII. LA CONFLICTIVIDAD CON EL ESTADO A PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN APROBADA POR LAS CORTES.– VIII. CONCLUSIÓN.– IX. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: El presente trabajo repasa la actividad desarrollada por las Cortes de Aragón en la IX Legislatura (2015-2019), dando cuenta del ejercicio de sus funciones legislativa, de control y de elección de autoridades, principalmente. Se resaltan el nuevo escenario político tras las elecciones autonómicas celebradas en mayo de 2015 y sus consecuencias en el Parlamento. Asimismo, se destaca la aprobación del nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017, que ha introducido algunas herramientas para favorecer la transparencia de la institución y la participación de los ciudadanos en sus procedimientos.

Palabras clave: Cortes de Aragón; IX Legislatura; elecciones autonómicas de mayo de 2005; Reglamento de las Cortes de Aragón; crónica parlamentaria.

ABSTRACT: *The present paper reviews the activity carried out by Aragon Parliament in the IX legislature (2015-2019), giving an account of the exercise of its legislative,*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 1 de octubre de 2019 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de octubre de 2019.

(**) El presente trabajo se inscribe dentro de las actividades del Grupo consolidado de investigación ADESTER (Estudios Territoriales), reconocido por el Gobierno de Aragón (BOA núm. 58, de 20 de abril de 2005).

control and election functions, mainly. The new political scenario after the regional elections held in May 2015 and its consequences in Parliament are highlighted. Likewise, the approval of the new Regulation of Aragon Parliament of 2017, which has introduced some tools to favor the transparency of the institution and the participation of citizens in its procedures, stands out.

Key words: Aragon Parliament; IX Legislature; Autonomous elections of May 2005; Regulation of Aragon Parliament; parliamentary chronicle.

I. INTRODUCCIÓN

La legislatura de la que damos cuenta, la que hace la número IX en las Cortes de Aragón, se ha caracterizado por la existencia de un gobierno en situación de minoría parlamentaria tras suscribir el Partido Socialista un acuerdo de gobernabilidad con Chunta Aragonesista y no suceder lo mismo con la tercera fuerza de izquierdas necesaria para alcanzar la mayoría absoluta, Podemos Aragón, que prefirió apoyar la investidura e ir negociando cada decisión o cada iniciativa con posterioridad. La realidad de que únicamente una minoría parlamentaria (20 diputados) respaldaba con seguridad al ejecutivo se ha puesto en evidencia en multitud de ocasiones, pero significativamente con motivo de la tramitación de cada una de las tres leyes de presupuestos de la legislatura. Tres y no cuatro porque, en la situación de «equilibrio inestable» que la caracterizó (1), la cuarta no llegó a tramitarse precisamente por la misma razón: la dificultad de alcanzar un acuerdo entre el Partido Socialista y Podemos Aragón ante las diferencias existentes entre ambos en algunas políticas.

No obstante, la misma circunstancia descrita ha propiciado un mayor protagonismo del Parlamento frente a legislaturas anteriores. El Gobierno autonómico, a través de su correa de transmisión en la Cámara que son los grupos parlamentarios que le apoyan, no controlaba la mayoría de votos en los órganos parlamentarios, ni podía decidir los órdenes del día de las Comisiones, ni tenía el control de la creación de nuevos órganos, tales como comisiones especiales, entre otras cosas. Significativamente, en la IX Legislatura, el ejecutivo aragonés ha tenido que contar con la autorización de la Comisión de Hacienda de las Cortes para llevar a cabo determinadas modificaciones presupuestarias tras la introducción de dicho mecanismo de control en la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2016, reiterado en las leyes de presupuestos posteriores. Todas ellas son manifestaciones del nuevo escenario político, caracterizado, en primer lugar, por la irrupción de dos nuevos partidos (Podemos Aragón y Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía) y, en segundo término, por la ya comentada minoría parlamentaria de apoyo al Gobierno.

(1) Así la calificó certeramente BERMEJO LATRE (2018: p. 131).

En las páginas que siguen, tras describir los resultados de las elecciones autonómicas celebradas en mayo de 2015, que alumbraron la IX Legislatura y definieron el peso político de cada uno de los actores, analizaremos el factor jurídico que ha propiciado asimismo otros de los cambios a que hemos asistido. Nos referimos a la aprobación en 2017 de un nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón (en adelante, RCar) que ha derogado al anterior de 1997 y que ha significado dotarse de un nuevo marco jurídico en el que se trataron de potenciar la transparencia de la institución y los cauces de participación ciudadana. Después de comentar el nuevo escenario político y jurídico, daremos cuenta de la actividad llevada a cabo en el seno de las Cortes de Aragón entre junio de 2015 y marzo de 2019, sistematizada por funciones. Terminaremos esbozando alguna conclusión en los albores de la X Legislatura, recién estrenada.

II. UN ESCENARIO POLÍTICO Y JURÍDICO NOVEDOSO

1. Los resultados de las elecciones autonómicas de mayo de 2015 y sus consecuencias en las Cortes de Aragón

A) La polémica originada por la disolución de las Cortes de Aragón en el decreto de convocatoria de elecciones autonómicas de 30 de marzo de 2015

La convocatoria de las elecciones autonómicas para el 24 de mayo de 2015 se hizo por medio de un Decreto no exento de polémica. En efecto, era la segunda vez en que se convocaban elecciones autonómicas tras la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón llevada a cabo en 2007, que incorporó en su artículo 52 la facultad presidencial de disolver las Cortes de forma anticipada al término natural de la legislatura y con capacidad para iniciar una nueva de cuatro años, no vinculada al límite del mandato de la anterior. Por eso llama la atención que el Decreto de 30 de marzo de 2015 diera una solución distinta al Decreto de 28 de marzo de 2011, de convocatoria de las elecciones autonómicas anteriores.

El origen de la polémica radica en la falta de adaptación del artículo 42 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General tras la incorporación en muchos Estatutos de Comunidades que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE de la facultad de disolución presidencial plena de las respectivas Asambleas legislativas, cuando el objetivo, además, sea hacer coincidir las elecciones autonómicas con las locales (2). Así, la Comunidad Autónoma de Aragón había amparado en 2011 su convocatoria electoral

(2) Vid. HERRÁIZ SERRANO (2015: *in totum*).

genéricamente en el artículo 42 LOREG, además de en su propia normativa, sin cita del apartado concreto de aquel precepto habida cuenta que ninguno de los tres que lo componen se ajustaba a la situación y, por tanto, en dicha convocatoria no acordó la disolución de las Cortes de Aragón (3). Sin embargo, en la de 2015, justificó la disolución «técnica» de estas como si se tratase del ejercicio de la facultad presidencial de disolución anticipada de la Cámara (4).

Como la doctrina ha puesto de manifiesto, una cosa es disolver y, en consecuencia, convocar elecciones y otra, bien distinta, convocar elecciones y, por tanto, disolver. En 2015, a los efectos que aquí comentamos, Valencia, Baleares, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Navarra se habían sumado a las Comunidades de Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía en cuanto a la posibilidad de anticipar el término de la legislatura y abrir un nuevo mandato de cuatro años, por lo que las elecciones autonómicas en aquellas pueden llegar a quedar desvinculadas de la fecha de convocatoria de las elecciones locales y de las restantes autonómicas.

Con las reformas estatutarias que lo propiciaron, consiguió eliminarse una rémora a la autonomía de muchos territorios, que carecía de sentido (5), secuela de aquella dualidad entre Comunidades de autogobierno más y menos pleno, haciendo posible una futura disparidad de calendarios electorales.

No obstante, mientras esas Comunidades no hagan uso de su facultad de disolución anticipada, es lícito que pretendan garantizar la coincidencia de sus propios comicios con los locales por razones de ahorro del gasto electoral, careciendo de sentido que se interprete el artículo 42.1 LOREG en unos términos que parecerían hacer obligatoria la disolución de la Asamblea. Parafraseando a ARCE JANÁRIZ (aunque él llegue a una solución distinta de la que aquí se propugna), podríamos afirmar que dicho precepto no se está refiriendo a la disolución técnica, sino a la política o, lo que es lo mismo, a la potestad de alterar el calendario electoral fijado legalmente, que requiere atribución normativa expresa. La otra, «la disolución como mero efecto de la convocatoria de elecciones en la fecha legalmente ordenada no requiere apoderamiento específico», sino que se considera «implícita en el poder de convocatoria electoral, con el que guarda una relación de mera instrumentalidad para garantizar

(3) La LOREG, regula, en su artículo 42, los requisitos generales de la convocatoria de elecciones, distinguiendo en sus tres apartados según los presidentes de los ejecutivos autonómico hagan uso de su facultad de disolución anticipada expresamente prevista en el ordenamiento jurídico (apartado 1), no hagan uso de la facultad de disolución anticipada (apartado 2), o no tengan expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico la facultad de disolución anticipada (apartado 3).

(4) Vuélvase sobre HERRÁIZ SERRANO (2015: p. 88).

(5) Vid. BAR CENDÓN (1989: p. 305).

la adecuada y ordenada sucesión de mandatos representativos» (6). Además, añadiríamos nosotros, la disolución técnica ha sido inusual en nuestros Parlamentos autonómicos y, en particular, lo había sido hasta 2015 en las Cortes de Aragón, al ser voluntaria, pues perfectamente el presidente del ejecutivo autonómico puede no acordarla para mantener «intactos» el mayor tiempo posible los poderes de la Asamblea frente a las limitaciones que encierra la entrada en juego de la Diputación Permanente, y reducir así la actuación de esta al lapso que media entre el día de las elecciones y la constitución de la nueva Cámara.

En cualquier caso, repárese en que, si se opta por la disolución de la Cámara, en tal caso no se está haciendo uso de la facultad de disolución anticipada en sentido estricto, con lo que no es aplicable el art. 42.1 LOREG, que se citaba expresamente en la exposición de motivos del Decreto de 30 de marzo de 2015, de la Presidenta de Aragón (BOA y BOE 31 marzo) para justificar aquella decisión que se adoptaba por primera vez en la historia de las Cortes de Aragón.

Es más que evidente que la redacción del artículo 42 LOREG estaba pensada para cuando la facultad de disolución anticipada era patrimonio exclusivo del País Vasco, Galicia, Cataluña y Andalucía, cuyo calendario electoral ya era independiente del de las elecciones locales, pero la extensión de la primera a un mayor número de Comunidades, unido al hecho de que estas puedan seguir queriendo la coincidencia de celebración de sus elecciones con las municipales mientras no hagan uso de aquella potestad, hace recomendable la revisión del precepto al que nos referimos. De lo contrario, seguiremos asistiendo al difícil equilibrio entre respetar la letra del artículo 42 LOREG y no disolver siquiera técnicamente el Parlamento autonómico, aun a costa de no citarlo en el respectivo decreto de convocatoria o de invocar únicamente la propia normativa dictada por la Comunidad.

B) Los resultados electorales

Con una participación ligeramente superior a la de los comicios precedentes de 2011 (68,27% frente al 67,9%), el PP ganó las elecciones al obtener el 27,5% de los votos (183.654) frente al 21,4% del PSOE (143.096), al 20,5% de Podemos (137.325), al 9,4% de Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (62.907), al 6,8% del Partido Aragonés (45.846), al 4,5% de Chunta Aragonesista (30.618) y al 4,2 de Izquierda Unida de Aragón (28.184). En escaños, el PP obtuvo 21 frente a los 30 de 2011; el PSOE bajó de 22 a 18; el Partido Aragonés (PAR) pasó de 7 a 6; Chunta Aragonesista perdió 2,

(6) Vid. ARCE JANÁRIZ (1999: p. 6).

quedándose con 2, e Izquierda Unida de Aragón pasó de 4 a 1. Irrumpieron por primera vez en la Cámara Podemos Aragón con 14 y Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía (C's) con 5 (7), pasándose así de la presencia desde 1983 de cinco partidos políticos o coaliciones electorales en las Cortes de Aragón (con la única excepción de la III Legislatura, en que hubo cuatro), a siete partidos en la IX (8).

En la sesión constitutiva de la IX Legislatura, que tuvo lugar el día 18 de junio de 2015, fue elegido presidente de las Cortes de Aragón José Antonio Cosculluela Bergua (G.P. Socialista) con 35 votos a favor (los de los grupos del arco parlamentario de la izquierda) y 32 votos en blanco. Por su parte, obtuvieron la vicepresidencia primera y segunda de la Mesa Violeta Barba Borderías (G.P. Podemos Aragón) y Antonio Torres Millera (G.P. Popular), con treinta y cinco y veintiún votos a favor, respectivamente, y once votos en blanco. Las secretarías primera y segunda de la Mesa recayeron, respectivamente, en Julia Vicente Lapuente (G.P. Socialista) con treinta y cinco votos y en Yolanda Vallés Cases (G.P. Popular) con veintiuno, que descabalgaron así al también candidato a una de las secretarías, Jesús Sansó Olmos, del G.P. Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía, que obtuvo los cinco votos de su grupo, mientras que los seis diputados del PAR votaron en blanco (9).

No obstante, a diferencia de otras Legislaturas, en la IX la Mesa de las Cortes habría de conocer hasta dos cambios por muy diferentes circunstancias. El Grupo Parlamentario Podemos Aragón dijo prestar su voto a favor del candidato socialista a la Presidencia de la Cámara a cambio de que José Antonio Cosculluela Bergua renunciara al cargo de Alcalde de Barbastro, que también ostentaba. Un año después de su elección y ante la manifestación de este de querer seguir rigiendo el consistorio barbastrense, Podemos Aragón forzó el relevo del cargo de Presidente, postulando para el mismo a la diputada de su Grupo, Violeta Barba, que, en sesión plenaria celebrada el 15 de septiembre de 2016, fue elegida Presidenta de las Cortes de Aragón. Ese cambio motivó en cadena en esa misma sesión el de la vicepresidencia primera, para la que fue elegido el socialista Florencio García Madrigal (10). La otra vicepresidencia, la segunda, quedó tristemente vacante tras el fallecimiento repentino de Antonio Torres Millera en la primera semana de 2019, siendo elegido para sucederle, en sesión plenaria celebrada el 7 de febrero, el portavoz de hacienda del

(7) Véase también BERMEJO LATRE (2016: pp. 97-99).

(8) Vid. LATORRE VILA (2016: p. 122).

(9) Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón* (en adelante, DSCA), núm. 1, de 18 de junio de 2015.

(10) Vid. DSCA núm. 27, correspondiente al Pleno celebrados los días 15 y 16 de septiembre de 2016.

Grupo Parlamentario Popular, Antonio Suárez Oriz, al recibir el apoyo de 26 diputados, votando el resto en blanco.

En otro orden de cosas, los siete partidos representados en la Cámara aragonesa conformaron los seis grupos parlamentarios que permitía el Reglamento, al exigirse tres diputados para la formación de grupo propio, pasando CHA e IUA a integrarse en el Grupo Mixto, si bien, a mediados de la legislatura, tras la aprobación del nuevo Reglamento, las dos formaciones se constituyeron en agrupaciones parlamentarias dentro del Mixto (11).

Como se ha anticipado, aunque tanto Podemos Aragón, como CHA e IUA suscribieron acuerdos con el Partido Socialista para apoyar la investidura del cabeza de lista de este, Javier Lambán, como Presidente del Gobierno de Aragón, que salió adelante con 35 votos a favor y 32 en contra en la sesión plenaria que tuvo lugar el 3 de julio de 2015, solo CHA aceptó entrar en la coalición de gobierno. A propuesta de este último partido, se hicieron las designaciones de Consejero del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda y del resto de cargos públicos de esta consejería, así como del titular de la Dirección General de Política Lingüística en el Departamento de Educación, Cultura y Deporte. Por su parte, el Partido Socialista ocupó durante toda la legislatura las restantes ocho Consejerías.

2. La aprobación del nuevo reglamento de las Cortes de Aragón

La aprobación de un nuevo Reglamento de la Cámara constituyó, sin duda, un hito importante en la IX Legislatura. Algunas de las reformas introducidas han coadyuvado, junto con el mayor número de fuerzas políticas representadas y el carácter minoritario de la coalición de gobierno, a cambiar ciertas dinámicas del trabajo en las Cortes de Aragón.

Considerando el reglamento parlamentario como el instrumento técnico mediante el cual el proceso político se convierte en jurídico, como la proyección jurídico-constitucional de la potestad de autoorganización de las Asambleas legislativas, hay que admitir que concurrían múltiples razones (entre las que sobresalen la necesidad de un mayor acercamiento del Parlamento a la ciu-

(11) Como recuerda BERMEJO LATRE (2016: p. 97), las dos formaciones postularon una reforma puntual del Reglamento de 1997 para reducir el número mínimo de diputados exigidos para formar grupo parlamentario, pero, al contar con el solo apoyo del Grupo Socialista, la cuestión quedó diferida a los trabajos de reforma global del Reglamento que habrían de fructificar dos años después, sin modificación por cierto de este aspecto (art. 43.1 RCAR 2017), pero con el reconocimiento del derecho de los diputados incorporados al Mixto que pertenezcan a la misma formación política que, como tal, hubiese concurrido a las elecciones de constituirse en agrupación parlamentaria (art. 47), a la que se reconoce un *status* rebajado con respecto al grupo parlamentario, pero superior respecto del diputado individual.

dadanía y de fomentar la participación, la flexibilidad y la transparencia de la institución) para que, en la cronología de reformas institucionales de gran calado, a la operada en el Estatuto de Autonomía de Aragón en 2007, tuviera que seguirle la del reglamento de las Cortes de Aragón, como habían hecho otras muchas Comunidades Autónomas.

Por ello, en el nuevo escenario surgido tras la celebración de las elecciones autonómicas de 2015, la aprobación de un nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón aparecía como una asignatura pendiente de necesaria superación. No sólo porque la reforma estatutaria de 2007 hacía imprescindible incorporar algunas previsiones (12), sino también por la conveniencia de afrontar la puesta al día de unas disposiciones que o habían quedado desfasadas, o no se adaptaban a los tiempos (13), o simplemente se antojaban poco ambiciosas ante la demanda de mejores respuestas en el ejercicio de las funciones parlamentarias (14).

Así, en sesión celebrada el día 28 de junio de 2017, el Pleno de las Cortes de Aragón aprobó por unanimidad el nuevo Reglamento de la Cámara, culminando casi dos años de trabajos, que se desarrollaron principalmente en el seno de una Ponencia especial constituida al efecto. La misma tomó el relevo de la que, con idéntico fin, se había creado en la legislatura anterior y que había llegado a suscribir también una proposición de reforma completa que, sin embargo, no superó con éxito el resto de trámites parlamentarios por discrepancias políticas que llevaron a la suspensión de los trabajos y a la caducidad de la iniciativa con el fin de la VIII legislatura (15).

Si, como la doctrina subrayó, frente a las dos generaciones anteriores de reglamentos de los Parlamentos autonómicos, la tercera generación debía «ser aquella que, consciente de la flexibilidad posible en un escenario como el autonómico y consciente también de las profundas transformaciones sociales, políticas y tecnológicas, arriesgue un paso para incorporar procedimientos novedosos que faciliten la vigencia del Parlamento como instrumento de control y como espacio de publicidad y legitimidad política» (16), sin duda ninguna podemos tildar ya de tercera generación a muchos de los renovados reglamentos parlamentarios españoles y, entre otros, al aragonés de 2017. Entre las

(12) De revisión «obligada» y «tarea inaplazable» «para ajustar la norma rectora de la Cámara Legislativa a las disposiciones del Estatuto de Autonomía tras sus reformas» habla CALAFELL FERRÁ (2012: pp. 1 y 2).

(13) Necesidad ineludible de cualesquiera reglas de funcionamiento de los Parlamentos que aspiren a ser eficaces, según RIDAURA MARTÍNEZ (2006: p. 86).

(14) Vid. SORIANO HERNÁNDEZ (2007: pp. 235 y 236).

(15) Sobre dicha reforma *non nata* de 2013, su contenido y su contexto, cfr. HERRÁIZ SERRANO (2016).

(16) Así lo señalaba TUDELA ARANDA (1998: pp. 36-37).

herramientas con que este cuenta para permitir dar el salto cualitativo hacia una Asamblea del siglo XXI, figuran, en un lugar destacado, las propias de lo que se ha dado en llamar Parlamento abierto, como evolución asimismo del Parlamento digital (17).

En efecto, si el Parlamento abierto es la decantación lógica de la idea previa del gobierno abierto en respuesta a la crisis que afecta a la institución parlamentaria desde hace tiempo (18), el Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017 ha sido el primero en caracterizar el Parlamento abierto como un derecho subjetivo de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, conformado por otros dos: el derecho a la transparencia de las Cortes de Aragón y el derecho a la participación en los procedimientos parlamentarios que tramiten (19). Aunque en el Reglamento del Parlamento vasco de 2008 ya se configuró como derecho el de acceso a los documentos parlamentarios (20), es el de las Cortes de Aragón el primero en caracterizar la participación ciudadana también como derecho subjetivo y en calificar a la reunión de ambos como «derecho de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma a relacionarse con el Parlamento» (art. 300.1). Eso sí, se trata de un derecho de configuración legal en la medida en que su contenido viene dado por el Reglamento de las Cortes de Aragón y sus normas de desarrollo.

En cuanto al derecho a la transparencia y, por tanto, a las obligaciones de información activa que asume el Parlamento aragonés, el nuevo Reglamento ha ido más allá de las de publicidad que pesan sobre sus actos materialmente administrativos en aplicación de la legislación en la materia. De hecho, ha optado por identificar una serie de contenidos adicionales sobre los que necesariamente deberá proporcionarse información actualizada, en formato electrónico y preferentemente reutilizable, a través del portal de transparencia de la institución, obligando asimismo a sistematizarla mediante métodos de búsqueda objetivos y de fácil acceso y comprensión.

(17) En la evolución que los Parlamentos han seguido en la aplicación de las TICs, RUBIO NUÑEZ y VELA NAVARRO-RUBIO (2017: p. 43 y ss) individualizan, certeramente, tres fases, correspondiendo la primera al denominado *Parlamento electrónico*, caracterizado meramente por el uso de la informática en la gestión administrativa y de la documentación parlamentaria. En la década de los noventa, el refuerzo de las TICs hizo surgir el bautizado como *Parlamento digital* en la medida en que estas comenzaron a ser aplicadas para la interacción entre representantes y representados y, por tanto, para la modulación de la voluntad política, con la irrupción del correo electrónico y de las webs parlamentarias. Por su parte, la era del *Parlamento abierto* en la que, actualmente, nos encontramos viene marcada por la utilización de las TICs para influir en la deliberación misma, haciendo partícipes a los ciudadanos de la promoción de iniciativas parlamentarias.

(18) Vuélvase sobre RUBIO NUÑEZ y VELA NAVARRO-RUBIO (2017: pp. 15 y 16).

(19) Véase HERRÁIZ SERRANO (2019: p. 255).

(20) Arts. 108 a 110 de su Reglamento.

Así, a través de su web, las Cortes de Aragón deben dar cuenta a la ciudadanía de su organización y funciones; de las obligaciones propias del estatuto de los diputados, incluidas sus percepciones y sus declaraciones de bienes y actividades; de toda la documentación administrativa asociada a la gestión económica, contable, presupuestaria y patrimonial, tales como contratos, licitaciones y convenios; de las decisiones de los órganos parlamentarios y las tramitaciones parlamentarias, de la relación de puestos de trabajo y el régimen retributivo del personal al servicio de las Cortes, incluidos los puestos de libre designación; de los currículos aportados por las personas propuestas para ocupar cargos públicos cuyo nombramiento corresponda a las Cortes, y de las cuentas bancarias de las que estas sean titulares (art. 302 RCar).

La segunda vertiente del derecho al Parlamento abierto conecta con el popularizado como derecho a saber de los ciudadanos. En efecto, para complementar la publicidad activa de la institución, se reconoce el derecho a pedir por escrito otra información que no se publique en el portal de transparencia de las Cortes de Aragón en la medida en que se ejerza por una persona mayor de catorce años, «a título individual o en nombre y representación de una persona jurídica legalmente constituida o de una organización o plataforma constituida para la defensa o promoción de intereses colectivos» (art. 304 RCar) (21). Sobre el procedimiento, causas de inadmisión y plazos para el ejercicio de este derecho, el propio RCar se remite a la normativa de transparencia (22). Sin embargo, las reclamaciones en materia de acceso que puedan formularse en vía administrativa contra las Cortes de Aragón no serán resueltas por el Consejo de Transparencia de Aragón, sino por la Mesa de las Cortes de Aragón, quien deberá dar conocimiento de ellas a la Junta de Portavoces, con carácter previo a su impugnación en vía contenciosa (art. 304.4 RCar).

Junto con la transparencia, el nuevo Reglamento ha apostado por hacer partícipes a los ciudadanos en la promoción de iniciativas parlamentarias, siguiendo la estela de Parlamentos que fueron pioneros, como el andaluz (23), o dieron un salto cualitativo en la configuración de la participación en las distintas funciones parlamentarias, como el valenciano y el extremeño (24). Contando con ese bagaje en el derecho parlamentario comparado, el Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017 no solo ha previsto, como aquellos, las comparencias informativas de personas físicas o representantes de colectivos

(21) Vuélvase sobre HERRÁIZ SERRANO (2019: p. 257).

(22) En tal sentido, resultarán de aplicación los arts. 17 a 22 de la Ley estatal Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y los arts. 25 a 34 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

(23) Cfr. HERRÁIZ SERRANO (2016: pp. 77-80).

(24) Véase HERRÁIZ SERRANO (2016: pp. 89-98).

sociales (art. 163), las enmiendas de iniciativa ciudadana en el procedimiento legislativo (art. 165) y las preguntas ciudadanas (art. 266), sino que ha añadido las iniciativas de impulso de personas físicas o jurídicas en la forma de proposiciones no de ley (art. 270).

Aunque es cierto que, por respeto a la esencia del sistema representativo, las propuestas de enmiendas, preguntas o proposiciones no de ley de iniciativa ciudadana deben ser asumidas, en unos plazos tasados, por un diputado, grupo o agrupación parlamentaria, según los casos, para poder ser tramitadas, también lo es que semejantes herramientas trascienden con creces el clásico derecho de petición a que se reconducían, básicamente, las posibilidades de participación ante las Cortes de Aragón. Y eso que, en esta Cámara, se admitió desde el Reglamento anterior la existencia de una Comisión permanente no legislativa para sustanciar las comparencias de representantes de personas jurídicas o bien de personas físicas para informar de cualquier asunto, con lo que, en la actualidad, esta opción de acudir a la Comisión de Comparencias Ciudadanas y Derechos Humanos (art. 81) convive con la posibilidad de hacerlo ante cualquier otra comisión permanente que esté tramitando un procedimiento legislativo en la fase de las llamadas audiencias, a que antes hemos hecho referencia (art. 163).

En realidad, no son solo las relativas al Parlamento abierto y a la participación las únicas novedades introducidas en el Reglamento de las Cortes de Aragón de 2017 de cuya aprobación damos cuenta en esta rúbrica, pero, por razones de espacio, únicamente señalaremos aquellas otras que, en el día a día del funcionamiento de la Cámara, han supuesto cambios significativos. Tal ha sucedido, por citar tres ejemplos destacados, con la conformación de los órdenes del día de las comisiones (25), con el reconocimiento del derecho a la constitución de agrupaciones parlamentarias en el seno del Grupo Mixto (26) o con la unificación de las ordenaciones del debate de las comparencias

(25) La fijación del orden del día de las Comisiones ya no es competencia de los tres miembros de la Mesa de la Comisión (en la que normalmente están representados tres grupos parlamentarios) sino que se atribuye a la denominada Mesa ampliada de la Comisión, formada por los tres anteriores y los Portavoces de los grupos parlamentarios o agrupaciones parlamentarias no representados en aquella, adoptando sus acuerdos mediante voto ponderado (art. 69.3 RCar).

(26) En aplicación del ya citado art. 47 RCar, que reconoce el derecho de los diputados incorporados al Mixto que pertenezcan a la misma formación política que, como tal, hubiese concurrido a las elecciones de constituirse en agrupación parlamentaria, en la Mesa de las Cortes celebrada el 6 de septiembre de 2017 se conoció de los escritos firmados por los diputados de Chunta Aragonesista y de Izquierda Unida de Aragón, respectivamente, oficializándose así en dicha sesión la constitución de las dos agrupaciones parlamentarias (vid. BOCA 179, de 7 de septiembre). En el funcionamiento diario de las Cortes de Aragón, las ponencias legislativas y las ponencias especiales pasaron a estar compuestas por siete y no seis diputados como había sido hasta mediados de legislatura.

de miembros del gobierno, directores generales o cargos asimilados, con independencia de la mayor o menor representación del grupo parlamentario solicitante (27).

Enunciaremos otras novedades del Reglamento en las rúbricas que siguen, al hilo del relato de la actividad desarrollada en las Cortes de Aragón en los últimos años. No obstante, dejamos constancia también de que aún hay previsiones novedosas que, con ser de calado, se encuentran inéditas tras dos años de vigencia de la nueva norma rectora. Es el caso, en la función legislativa, del reconocimiento de la delegación de la competencia legislativa plena en las comisiones (art. 184 y ss.) o, en el ejercicio de la función de control, de la previsión de un debate monográfico en Pleno por cada período de sesiones, bien a propuesta de la Presidencia de las Cortes o del Gobierno de Aragón en razón de la existencia de diversas iniciativas parlamentarias sobre un mismo asunto, bien a propuesta de dos grupos parlamentarios o una quinta parte de diputados sin ese requisito previo, pero mediante escrito motivado (arts. 230 y 231).

Aunque no se hayan celebrado todavía debates monográficos en el sentido reglamentario del término, tuvieron lugar otros muchos a lo largo de la IX Legislatura como vamos a ver a continuación.

III. LOS PRINCIPALES DEBATES POLÍTICOS DE LA LEGISLATURA

1. Los debates de política general

Con excepción del año electoral, se celebraron debates de política general o sobre el estado de la Comunidad en 2016, 2017 y 2018.

El primer debate general de la IX Legislatura tuvo lugar los días 6, 7 y 10 de octubre de 2016 (cfr. DSCA núms. 29, 30 y 31, respectivamente) conforme al esquema tradicional de dedicar días distintos a la exposición de la comunicación del Presidente del Gobierno de Aragón, a las intervenciones de los grupos parlamentarios y al debate y votación de las propuestas de resolución presentadas por estos. Al ser el único debate que tuvo lugar bajo la vigencia del anterior Reglamento de la Cámara, se tramitó en una única sesión plenaria y el plazo para la presentación de propuestas de resolución fue solamente de dos horas tras la finalización del diálogo entre el Presidente y los portavoces de los grupos, manteniéndose suspendida la sesión plenaria aunque se reanudara el siguiente día hábil.

(27) Tras la entrada en vigor del nuevo Reglamento, todo grupo parlamentario que solicite una comparecencia tendrá derecho a comenzarla y a disponer de un doble turno de intervención, sin distinción, como antes sucedía, entre grupos parlamentarios minoritarios o mayoritarios (arts. 239 y 241).

De las 651 propuestas de resolución presentadas, se calificaron 648 (*vid.* BOCA 111, de 18 de octubre), aprobándose 562, con la siguiente distribución: 132 del G.P. Popular; 15 del G.P. Socialista; 15 conjuntas de los GG.PP. Socialista y G.P. Mixto (CHA); 149 del G.P. Podemos; 91 del G.P. Aragónés; 114 del G.P. C's; y 46 del G.P. Mixto, 15 de CHA y 31 de IUA (BOCA 113, de 25 de octubre de 2016).

El segundo debate, celebrado ya conforme a los arts. 227 y ss RCar, se desarrolló en dos sesiones plenarias distintas, novedad precisamente de la nueva norma. Así, en la primera sesión celebrada los días 13 y 14 de septiembre de 2017 (como reflejan los DSCA núms. 51 y 52) tuvieron lugar, respectivamente, la intervención del Presidente y las de los Portavoces de los GG.PP. y, tras conceder un plazo de cuarenta y ocho horas para la presentación de propuestas de resolución, su debate y votación se incluyó en otra sesión plenaria distinta y convocada al efecto el día 21 de septiembre. En esa segunda ocasión, se presentaron 763 propuestas de resolución, se calificaron 760 (cuyo texto puede consultarse en el BOCA 183, de septiembre de 2017) y se aprobaron 584 (28).

Por su parte, el último debate sobre el estado general de la Comunidad Autónoma de la legislatura se desarrolló en un primer pleno celebrado los días 25 y 26 de septiembre de 2018 (*vid.* DSCA núms. 78 y 79), y un segundo convocado el día 4 de octubre. Tras el establecimiento, por Acuerdo de la Mesa y Junta de Portavoces de 12 de septiembre, de unos cupos máximos de 5 propuestas de resolución por grupo parlamentario y 2 por cada diputado miembro para intentar limitar el número de las presentadas en años anteriores y tratar de seleccionar mejor los temas en que focalizar el impulso de las políticas gubernamentales, el número de las presentadas se redujo considerablemente. En concreto, se presentaron y calificaron 141 (*vid.* BOCA 277, de 3 de octubre de 2018), resultando aprobadas 108 (29).

Entrando en el contenido de los tres debates de política general celebrados y comenzando por las respectivas intervenciones iniciales del Presidente del Gobierno de Aragón, su estructura fue siempre la misma. El Presidente pasó revista cada año al estado de las políticas sociales (educación, sanidad, aten-

(28) Reflejamos las estadísticas de las aprobadas de mayor a menor representación parlamentaria: 149 del G.P. Popular; 5 del G.P. Socialista; 12 conjuntas de los GG.PP. Socialista y Mixto; 11 conjuntas del G.P. Socialista y de la A.P. CHA; 165 del G.P. Podemos; 88 del G.P. Aragónés; 115 del G.P. C's; 7 de la A.P. CHA y 32 de la A.P. IUA (BOCA 186, de 5 de octubre de 2017).

(29) Las aprobadas pueden consultarse en el BOCA 278, de 9 de octubre de 2018, respondiendo a la siguiente distribución: 34 del G.P. Popular; 18 del G.P. Socialista; 1 conjunta del G.P. Socialista y de la A.P. CHA; 23 del G.P. Podemos; 14 del G.P. Aragónés; 11 del G.P. C's; 3 de la A.P. CHA y 4 de la A.P. IUA.

ción a la dependencia y promoción de las libertades civiles (30)), declaradas como una prioridad de su ejecutivo, así como a los sectores económicos considerados estratégicos para la Comunidad (la logística, las energías renovables, el turismo y la agroalimentación), no sin antes reivindicar y expresar los logros que, año a año, se pormenorizaban tanto en el impulso a la transparencia, la participación y la que se denominaba austeridad responsable, como al aragonismo, que se calificaba de «moderno, exigente y leal a un tiempo con España» (31). En cuanto a esto último, clarísimo guiño sin duda a sus socios de coalición de gobierno, Chunta Aragonesista, según los años se fue dando cuenta de la normalización de la relación con el Estado a través de la Comisión Bilateral de Cooperación; de la defensa de un sistema de financiación autonómica ajustada al coste real de los servicios y que tenga en cuenta las peculiaridades poblacionales de Aragón y, si fuera posible, del impulso al Acuerdo económico-financiero previsto en el artículo 108 de nuestro Estatuto; de la defensa de las competencias de Aragón ante el Tribunal Constitucional; del compromiso por alejar cualquier amenaza de trasvase del Ebro, así como por colaborar con el Estado en la búsqueda de soluciones alternativas para las cuencas mineras o en el impulso de infraestructuras estratégicas para Aragón (tales como el ramal Zaragoza-Teruel-Sagunto del Corredor Cantábrico-Mediterráneo o la ansiada reapertura de la línea internacional de Canfranc).

En los tres discursos del Presidente, no faltaron tampoco las estadísticas acerca de los proyectos de ley remitidos cada año a las Cortes, así como de todas las iniciativas de control sustanciadas ante la Cámara (comparencias del Presidente del Gobierno ante el Pleno, comparencias de los consejeros en Pleno y Comisión, interpelaciones, preguntas y solicitudes de información atendidas). Igualmente el colofón a los discursos se refería siempre a la reforma del marco institucional y de la administración en Aragón (32), y a la situación

(30) Bajo la denominación de la defensa y promoción de los derechos civiles, encadró el Presidente la remisión sucesiva, a lo largo de la legislatura, de los proyectos de ley de Renta Social Básica de Aragón (caducado tras la falta de acuerdo político); de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón (Ley 4/2018, de 19 de abril); de voluntariado de Aragón (Ley 6/2018, de 28 de junio); de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón (Ley 7/2018, de 28 de junio); de Memoria Democrática de Aragón (Ley 14/2018, de 8 de noviembre); de la actividad física y el deporte en Aragón (Ley 16/2018, de 4 de diciembre); y de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón (Ley 18/2018, de 20 de diciembre).

(31) Vid. BOCA 274, de 20 de septiembre de 2018, p. 20366.

(32) En el haber, cabe destacar la aprobación de la Ley 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón, o la remisión del proyecto de ley de creación de la Comarca Central, que acabaría viendo la luz en los meses sucesivos al último debate como Ley 8/2019, de 29 de marzo. Sin embargo, en el ámbito de

de nuestra Comunidad en relación con España para declarar, en contraste a los intentos separatistas catalanes, que el Gobierno aragonés estaba «con firme voluntad de integración y diálogo (...), con la Constitución y las leyes» (33).

En respuesta a las tres comunicaciones del Presidente del Gobierno, intervinieron los distintos Grupos Parlamentarios, que tradujeron sus discursos en propuestas de resolución. Como se ha visto por los datos anteriores, la práctica parlamentaria había derivado en la presentación de «cuantas más propuestas mejor» con el reto no escrito de superar los guarismos año tras año, pero es un hecho que los debates se diversificaban y descafeinaban ante la imposibilidad de centrarlos en tres o cuatro temas importantes. Las propuestas de resolución formuladas en los debates sobre el estado de la Comunidad eran una oportunidad de repesca de todas las proposiciones no de ley presentadas por cada Grupo en los dos períodos de sesiones anteriores y que no les hubiesen sido aprobadas, lo que hacía de estos debates un *totum revolutum* sin criterios de selección de ningún tipo. Hay que aplaudir, por ello, el Acuerdo aprobado por la Mesa y Junta de Portavoces para el último debate sobre el estado general de la Comunidad que tuvo lugar en la legislatura, estableciendo cupos máximos de propuestas de resolución que obligaron a todos los Grupos a escoger muy bien los temas en que centrar las discusiones y a no reiterar sin más sus proposiciones no de ley del año parlamentario.

Por lo demás, en los tres debates el porcentaje de las propuestas de resolución aprobadas fue considerablemente alto, de un 86,5% en 2016 y de un 76,5% en 2017 y 2018, revelando sin duda el mayor problema de las iniciativas de impulso, como es la ausencia de consecuencias ante su incumplimiento a no ser la del desgaste del gobierno de turno.

2. Los debates surgidos como consecuencia del estudio de determinados asuntos: la proliferación de comisiones especiales

En la IX Legislatura de las Cortes de Aragón se constituyeron un total de ocho Comisiones especiales de estudio, siete de las cuales concluyeron sus trabajos con la aprobación del correspondiente Dictamen, y dos Comisiones de investigación.

la reforma de la administración, se remitieron a la Cámara y nunca se activaron proyectos de ley tales como el de organización y régimen jurídico del sector público autonómico de Aragón y el de modificación de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón (ambos publicados en BOCA 160, de 23 de mayo de 2017); el de reorganización de competencias administrativas en materia de aguas (BOCA 168, de 21 de junio de 2017), o el de organización y uso estratégico de la contratación pública en Aragón (BOCA 266, de 3 de agosto de 2018).

(33) Vid. BOCA 179, de 7 de septiembre de 2017, p. 13592.

Dejando estas últimas para otra rúbrica del presente trabajo y ciñéndonos al primer tipo de Comisiones no permanentes, las de estudio, el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 18 y 19 de febrero de 2016, acordó la creación de una Comisión especial de estudio sobre las políticas y recursos necesarios para acabar con la violencia machista, aprobándose sus conclusiones, tras casi dos años de trabajos, en el Pleno de 8 y 9 de febrero de 2018 (34). Además de algunos de los responsables de las políticas autonómicas y locales en materia de violencia de género (significativamente, la Consejera de Ciudadanía y Derechos Sociales y la Directora del Instituto Aragonés de la Mujer), comparecieron ante dicha Comisión distintos profesionales (magistrados, abogados, trabajadores sociales, psicólogos, periodistas...) que atienden a las mujeres que son víctimas de malos tratos, algunos expertos y varias representantes de organizaciones feministas.

Las conclusiones de esta Comisión especial se estructuraron en cinco ejes de actuaciones que se consideran imprescindibles para hacer frente de una forma eficaz a la violencia machista: la coordinación (básicamente, entre todas las instituciones que ejercen competencias en la materia); la sensibilización (apostando por el desarrollo de campañas continuadas en el tiempo, accesibles y con atención específica a las mujeres de las zonas rurales y a las mujeres en situación de vulnerabilidad, pero también fomentando el asociacionismo de mujeres supervivientes o utilizando «los centros sanitarios y educativos de nuestra Comunidad Autónoma como plataformas informativas»); en tercer término, la prevención (entre otras medidas la Comisión insistía en educar en igualdad, en incorporar «en los proyectos educativos de los centros educativos contenidos específicos para prevenir las violencias machistas» o en «generar protocolos para la detección precoz de la violencia de género» tanto en esos mismos centros como en los sanitarios); en cuarto lugar, la protección (ámbito este en que se solicitaba la revisión del «protocolo de intervención para articular medidas de protección para las mujeres que no quieran denunciar», la revisión de «la gestión de los alojamientos de urgencia» o la revisión del acompañamiento a las mujeres víctimas que denuncian durante todo el proceso, para incluir profesionales «de la sanidad, del trabajo social, del derecho y de la psicología») y, finalmente, las medidas jurídicas (tales como evitar «los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas», «suprimir la atenuante de confesión en delitos de violencia de género, cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con

(34) Vid. la Resolución de creación en el BOCA 55, de 25 de febrero de 2016 y el Dictamen en el BOCA 223, de 12 de febrero.

el principio de igualdad, y asimismo a suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género» o instando la modificación «del artículo 156 del Código Civil con objeto de que sea suficiente el consentimiento de un único progenitor para la intervención psicológica de los hijos menores en casos de violencias machistas»).

Cambiando de materia, dos fueron las comisiones especiales que se constituyeron para estudiar temas educativos. A solicitud del G.P. Popular, se elevó al Pleno de la Cámara la propuesta de creación de una Comisión especial de estudio sobre «políticas, medidas y recursos necesarios para acabar con el acoso escolar», que fue aprobada en la sesión de 17 y 18 de marzo de 2016 (35). Tras la celebración de catorce sesiones de trabajo y la comparecencia de otras tantas personas expertas en la materia o cuyos testimonios podían dar a conocer la realidad del acoso escolar, el Pleno de las Cortes aprobó el Dictamen de conclusiones en su sesión de 18 y 19 de mayo de 2017 (36). Sin ánimo de ser exhaustivos por falta de espacio, los diputados estructuraron sus propuestas de actuación dirigidas al ejecutivo autonómico en medidas generales y específicas y, dentro de estas últimas, en orientadas a la *prevención* de situaciones de acoso escolar y las dirigidas a la *intervención* una vez que este se ha identificado. Entre todos los requerimientos, figuraban en lugar muy destacado los que mandataban al Gobierno aragonés a reforzar la formación específica de toda la comunidad educativa en materia de acoso escolar; a crear un Observatorio aragonés por la convivencia y contra el acoso escolar (37); a constituir en cada centro educativo un Plan y un equipo de convivencia, y a aprobar un protocolo de actuación ante el acoso escolar donde, de manera clara y sencilla, se identifique el papel de cada uno de los actores de la comunidad educativa.

Hubo una segunda Comisión especial de estudio relacionada con la materia educativa y, más en concreto, sobre un Pacto por la Educación, que, aunque creada por el Pleno de las Cortes tres meses después de la relativa al acoso escolar (38), no fue constituida ni comenzó sus trabajos hasta el mes de enero de 2018, elevando sus conclusiones al Pleno en las postrimetrías de la legislatura, en marzo de 2019 (39). Las dificultades para ponerla en mar-

(35) Vid. BOCA 62, de 22 de marzo de 2016.

(36) Puede consultarse en BOCA 159, de 19 de mayo.

(37) Un año después se aprobó de hecho el Decreto 163/2018, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Observatorio Aragonés por la convivencia y contra el acoso escolar y se aprueba su reglamento.

(38) Resolución del Pleno de las Cortes de Aragón de 2 de junio de 2016, publicada en BOCA 85, de 9 de junio, y adoptada en cumplimiento del mandato contenido en la PNL núm. 49/15, aprobada por unanimidad en sesión plenaria de 9 de octubre de 2015.

(39) El Dictamen puede consultarse en BOCA 325, de 12 de marzo de 2019.

cha y alcanzar un acuerdo en su seno provinieron no solo de las diferencias ideológicas sino del hecho de que, tras quince meses de trabajos en los que comparecieron ochenta expertos, hubiera saltado por los aires la subcomisión que, con idéntica finalidad y con la de pactar una nueva ley de educación, se había constituido en el Congreso de los Diputados. En el caso de la comisión aragonesa, fueron llamados ocho expertos a comparecer, pero se pidió criterio y posición tanto a las 21 organizaciones y asociaciones que integran el Consejo Escolar de Aragón y que, en noviembre de 2016, habían firmado el documento «Pacto Social por la Educación en Aragón», como a otras entidades relacionadas con el sector.

Atendidas todas las aportaciones, el Dictamen de conclusiones aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón recogió, entre las bases del Pacto por la Educación, la apuesta por una serie de principios (se abundaba *in extenso* sobre las exigencias mínimas de equidad, calidad, participación real y comprometida de toda la comunidad educativa, así como de implicación, motivación y formación del profesorado). Además, se enumeraron los acuerdos que fue posible alcanzar entre todos los Grupos sobre unos concretos ámbitos materiales, como son la educación infantil, la formación profesional, el medio rural y la financiación. Aunque a simple vista el Dictamen pueda resultar un documento de mínimos sobre los que difícilmente cabe la discrepancia, es importante resaltar que, a diferencia del ámbito nacional, pudiera alcanzarse el acuerdo entre las formaciones con representación parlamentaria en Aragón dadas las desavenencias ideológicas que siempre suscita la política educativa. Dicho de otro modo, seguramente el Dictamen no fue el mejor acuerdo, sino el único posible.

También exigió ingentes esfuerzos de negociación elaborar el Dictamen de conclusiones al término de los trabajos de la Comisión especial que se creó, literalmente, «para analizar los criterios que deben regir la transición energética en Aragón y, en particular, en lo concerniente a la continuidad de la central térmica de Andorra, que incluya una estrategia de desarrollo socioeconómico alternativo y un estudio de viabilidad del mismo». Se constituyó en las postrimerías de la legislatura tras conocerse el anuncio de ENDESA de que iba a proceder al cierre de la central en junio de 2020, ante la inviabilidad de hacer la inversión necesaria para cumplir las exigencias establecidas por la UE para el control de las emisiones de gases contaminantes (40). En la Comisión, comparecieron representantes de los agentes sociales, del comité de empresa, de la Plataforma de las subcontratas, de colegios profesionales, de comunidades de regantes, de clústeres de la energía y la automoción, de la

(40) El Acuerdo plenario de creación se tomó en la sesión de 4 de diciembre de 2018, BOCA 300, de 12 de diciembre.

Fundación Hidrógeno Aragón, de la Comisión Europea a cargo de la Plataforma de Regiones Mineras en Transición, de asociaciones medioambientales, y de la Universidad de Zaragoza, además, como no podía ser de otro modo, del Gobierno de Aragón y de la propia ENDESA.

Tras las maratónicas sesiones de comparecencias, pudo concluirse por unanimidad que resultaba cuestionable que el cierre de centrales como la de Andorra se inscriba en un contexto en el que, según el Plan energético nacional, se seguirá quemando carbón, si bien de importación, y en el que otros países comunitarios van a prolongar explotaciones semejantes por períodos más largos que España. Aun consciente de las consecuencias que el cierre tiene para el empleo y el conjunto de la actividad económica de varias comarcas turolenses, la Comisión quiso insistir en todas las fortalezas que tiene el territorio, enumerándolas una a una en el Dictamen, tratando de concienciar para que la transición energética sea aprovechada como una oportunidad de empleo y riqueza (41). Se insistía en que el consenso político y social serán imprescindibles para afrontar el proceso, razón por la cual se pactaron entre todos los Grupos Parlamentarios propuestas concretas sobre infraestructuras (de carreteras, ferroviarias, eléctricas, hidráulicas y de nuevas tecnologías); formación del capital humano; medidas para atraer inversión o desarrollar nuevos proyectos que sirvan de motor al territorio (tales como impulsar polígonos industriales ya existentes o crear un único polígono especializado en el Bajo Aragón histórico); y medidas de desarrollo económico general (dieciséis sugerencias de reactivación de la zona, entre las que sobresalían el impulso de la I+D+i en el ámbito del hidrógeno o el fomento del aprovechamiento de los muchos recursos endógenos, especialmente arcillas, alabastro, dolomías, carbonatos, leonarditas, aguas minerales, etc).

Analizados los trabajos de la Comisión, debe destacarse el enorme esfuerzo realizado por las siete fuerzas políticas con representación parlamentaria para orientar en positivo las consecuencias claramente dramáticas que ha tenido ya y tendrá en los próximos años para una parte del territorio aragonés una determinada decisión empresarial. Restan, sin embargo, mayores desvelos todavía en los próximos años de nuestros responsables políticos y agentes sociales para tratar de materializar el listado de sugerencias hecho por la Comisión de cara a mitigar los impactos negativos.

Para terminar esta rúbrica, daremos cuenta de las cuatro Comisiones especiales que se constituyeron en la IX Legislatura para estudiar distintos aspectos financieros y tributarios. En primer término, el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 8 y 9 de octubre de 2015, acordó la constitución

(41) El Dictamen, aprobado en la sesión plenaria del 29 de marzo de 2019, puede consultarse en el BOCA 334, de 5 de abril.

de una Comisión especial de estudio sobre «El nuevo sistema de financiación autonómica» (BOCA 19, de 15 de octubre de 2015), a propuesta de los seis Grupos Parlamentarios, en cumplimiento de la PNL núm. 1/15. Aunque en principio se había marcado un plazo de seis meses para la terminación de sus trabajos, tras tres prórrogas, el Dictamen de conclusiones se aprobó en el Pleno de los días 14 y 15 de junio de 2018 (BOCA 256, de 18 de junio).

Esta Comisión especial desarrolló sus trabajos a la par que, a nivel estatal, lo hacía la Comisión de expertos para abordar las bases del futuro modelo de financiación autonómica surgida del acuerdo de la Conferencia de Presidentes de 17 de enero de 2017, titulado «Sostenibilidad del Estado del bienestar y reforma de la financiación autonómica». Precisamente por ello, fueron llamados a comparecer ante las Cortes de Aragón, entre otros, uno de los representantes del Estado en dicha Comisión de expertos (Ángel de la Fuente Moreno), así como los representantes de varias Comunidades Autónomas: Alain Cuenca García por Aragón; Santiago Lago Peñas por Galicia y Guillem López Casanovas por Illes Balears.

Si algo quedó claro de los trabajos de esta Comisión especial de estudio es que las Comunidades Autónomas de régimen común y, en particular, Aragón se enfrentan a una insuficiencia de recursos, habiéndose producido un desequilibrio en la evolución de los recursos y de los gastos entre Administración central y Comunidades Autónomas en perjuicio de estas últimas.

«Por lo que respecta a Aragón particularmente, esta Comisión Especial estima que no se han ponderado suficientemente las singularidades de nuestra comunidad que recuerda el Estatuto de Autonomía, y que la consecuencia ha sido abundar mucho en la población (siquiera en términos de población ajustada) y poco en la superficie, densidad, dispersión poblacional, etc., variables que condicionan la prestación de servicios en nuestro extenso territorio».

Por ello, esta Comisión especial de estudio reclamaba que el nuevo sistema de financiación, cuando lo haya, pondere mejor aquellas variables que determinan la población ajustada y que incrementan los costes del Estado del bienestar en la Comunidad Autónoma de Aragón, dotando a esta de más fuentes o herramientas de ingresos. Tras constatar que, en los últimos años, la mayor parte de las comunidades autónomas de régimen común han ejercido su responsabilidad fiscal y que la crisis económica les ha llevado a incrementar la parte de los impuestos que podían subir, se concluye que la asociación entre gastos autonómicos y tributos autonómicos es todavía insuficiente y que se debe propiciar un marco normativo que permita mejorar la capacidad tributaria de las Comunidades Autónomas, tanto respecto de los tributos cedidos como de los propios. Entre otras propuestas, esta Comisión especial de las Cortes de Aragón sugería el establecimiento de un tramo específico autonómico del IVA o la aprobación por el Estado de una ley marco sobre impuestos ambientales

que dé seguridad jurídica para la creación de nuevos tributos propios por las comunidades autónomas.

Por último, destacaremos que la Comisión aragonesa reclamaba un sistema de financiación autonómica que «simplifique reduciendo el número de fondos y sea más transparente para hacerlo, en efecto, sencillo y comprensible por los ciudadanos». En este punto se aprovechaba para demandar que las Comunidades Autónomas del País Vasco y Foral de Navarra contribuyan al fondo básico de financiación de los servicios públicos y para recordar que el respeto al modelo multilateral de relaciones financieras con el Estado no impedía seguir reclamando el cumplimiento del convenio bilateral económico-financiero del art. 108 del Estatuto de Autonomía de Aragón, siquiera como complementario dentro del régimen común de financiación.

En íntima relación con la Comisión especial de estudio a que nos acabamos de referir, el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 15 y 16 de diciembre de 2016, aprobó una Resolución por la que se ratificaba el acuerdo de la Mesa y la Junta de Portavoces de 7 de diciembre de 2016, de creación de una Comisión Especial de Estudio sobre la Deuda Histórica, en cumplimiento también de un mandato parlamentario, en este caso contenido en la Moción núm. 53/16 y aprobado por unanimidad (42). No obstante, la constitución efectiva de aquella no quiso hacerse hasta haber concluido los trabajos de la Comisión especial sobre el nuevo sistema de financiación por lo que el plazo de tres meses que los diputados se dieron para dictaminar sobre la deuda histórica no comenzó a contar hasta el 12 de febrero de 2019 y las conclusiones fueron aprobadas en la última sesión plenaria de la legislatura, celebrada el día 29 de marzo. Habida cuenta de que no había tiempo material para profundizar en la cuantificación de la deuda que se afirma España tiene con Aragón, los mayores esfuerzos se dedicaron a tratar de identificar los conceptos por los que se defiende la existencia de aquella y que se individualizaron en los siguientes:

- «— Disminución de la recaudación de tributos cedidos modificados por parte del Estado.
 - Legislación básica aprobada unilateralmente que supone un gasto o una falta de ingresos a la Comunidad.
 - Competencias transferidas insuficientemente dotadas —suponiendo destinar fondos propios detrayéndoselos a los aragoneses para otros conceptos.
 - Partidas presupuestadas no ejecutadas de los presupuestos generales del Estado destinados a Aragón.
 - Baja dotación presupuestaria en los presupuestos generales del Estado de acuerdo con la realidad demográfica y territorial de Aragón.

(42) Puede consultarse la Moción en el BOCA 118, de 15 de noviembre de 2016, y el acuerdo plenario de creación de la Comisión en el BOCA 126, de 21 de diciembre.

- Extracción de recursos propios y naturales y afecciones a los mismos.
- Política fiscal desequilibradora de territorios.
- Repercusión de haber quedado excluidos de los fondos estructurales europeos (zona objetivo 1) y de los fondos de compensación.
- Sobrecoste que supone la prestación de servicios con la realidad aragonesa.
- Incumplimientos de acuerdos y convenios firmados entre el Gobierno de España y las instituciones aragonesas.
- Consecuencias sociales, económicas y territoriales de un modelo de estado desvertebrador y alejado del principio constitucional de solidaridad y equilibrio entre territorios.
- Afección de un sistema general de financiación de Comunidades Autónomas basado casi en exclusividad en la población.
- Repercusión por la falta de cumplimiento del Estatuto de Autonomía, especialmente en su artículo 108».

Los Grupos Parlamentarios se comprometieron en su Dictamen a «avanzar en el cálculo de las cuantías relativas a cada uno de los conceptos» para lo cual sugerían que, en la siguiente legislatura, se estableciera «un plan de trabajo concreto y limitado en el tiempo», que permita «alcanzar una cifra aproximada global de la deuda y abordar su reivindicación con el Estado en el menor tiempo posible».

En materia tributaria, fueron dos las Comisiones creadas para estudiar la aplicación en Aragón de otros tantos tributos, uno propio (el Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas) y otro cedido (el Impuesto de Sucesiones), si bien esta última, al mes de su constitución formal, acordó dar por finalizados sus trabajos a la vista de que PSOE y C's habían alcanzado extra parlamentariamente un acuerdo para la modificación del impuesto y el ejecutivo autonómico había anunciado el envío a las Cortes del consiguiente proyecto de ley, como efectivamente sucedió (43). Publicado en el BOCA 250, de 25 de mayo, daría lugar a la Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de Medidas Relativas al Impuesto Sobre Sucesiones y Donaciones, de la que daremos cuenta en la siguiente rúbrica.

La segunda Comisión especial de estudio en materia tributaria tenía por objeto «la aplicación del Impuesto sobre la contaminación de las aguas (ICA) en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma». Creada en febrero

(43) Así, tras ser creada en sesión plenaria celebrada los días 22 y 23 de febrero de 2018 (vid. BOCA 226, de 26 de febrero), la vida de la Comisión especial de estudio «para la elaboración de un dictamen que analice la aplicación del Impuesto de Sucesiones en la Comunidad Autónoma de Aragón y considere la introducción de mejoras por las considerables diferencias en la aplicación del mismo con respecto a otras autonomías, y aligere la presión fiscal de los ciudadanos aragoneses en esta materia» discurrió entre su constitución el 5 de abril de 2018 y la suspensión indefinida de sus trabajos acordada, por unanimidad, el 9 de mayo de 2018.

de 2018 y constituida en mayo de 2018, concluyó sus trabajos en febrero de 2019 (44). A punto, no obstante, de saltar por los aires cuando se conoció por la prensa que, al margen de dicha Comisión de estudio, los partidos Socialista y Podemos Aragón se hallaban negociando los términos de la reforma, finalmente fue posible un acuerdo de mínimos entre todos los Grupos Parlamentarios. Sin embargo, al no haberse traducido en ninguna iniciativa legislativa, en el fondo demora la solución definitiva al Gobierno que ha salido de las urnas en las elecciones autonómicas de mayo de 2019. La inminencia de estas impidió un consenso mayoritario sobre los detalles, que hubiesen podido permitir articular una propuesta concreta de reforma. Así, ha quedado en el aire si el futuro ICA debiera o no desgajarse en un impuesto por la producción de agua residual a pagar por todo usuario del agua, excluyendo las actividades agrícolas y ganaderas, y una tasa autonómica por depuración a pagar donde el Gobierno de Aragón preste ese servicio. Hay que recordar que la sustitución del ICA actual por un sistema combinado de un impuesto (del que serían sujetos pasivos los ayuntamientos) más una tasa (por el servicio de depuración de aguas para aquellos usuarios a quienes se lo preste la Comunidad Autónoma) era el auspiciado por la Red del Agua Pública de Aragón y por Podemos Aragón.

En el Dictamen de la Comisión especial a que nos referimos, debatido en la sesión plenaria celebrada los días 7 y 8 de marzo de 2019, dejando imprejuizado si habrán de ser una o dos figuras tributarias, se apunta tan solo hacia la necesidad de que, para el cálculo de las tarifas, se diferencie entre usos domésticos o asimilados y usos industriales, así como en ambos casos, entre una cuota fija y una cuota variable. Se apostaba también porque se reduzca la cuota fija y se apliquen criterios de progresividad en la variable, estableciendo tramos de consumo para incentivar el ahorro y la adopción de buenas prácticas y aplicando reglas especiales para evitar los efectos indeseados que la tarificación progresiva puede provocar en los casos de hogares donde convivan un importante número de personas. Se insiste, asimismo, en que habrá de regularse una tarifa social, que reduzca la cuantía a pagar para los hogares vulnerables en los tramos bajos de consumo y, en cualquier caso, se apuesta porque la futura reforma del ICA aproxime la carga tributaria en Aragón a la media de España.

Subyacía bajo esta polémica sobre la aplicación del ICA el cuestionamiento que algunos partidos políticos han realizado a la política de depuración seguida por ejecutivos anteriores y que, en 2017, había motivado también la creación, a propuesta del G.P. Podemos Aragón, de una Comisión de

(44) La Resolución de creación puede verse en BOCA 224, de 14 de febrero de 2018 y el Dictamen fue publicado en BOCA 326, de 13 de marzo de 2019.

investigación para que estudiara, analizara y depurara las responsabilidades políticas si las hubiera, «sobre la organización, planificación, funcionamiento y gestión del saneamiento y depuración de aguas en Aragón», a la que nos referiremos con posterioridad.

IV. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

Tras dar cuenta de los debates surgidos en las Comisiones especiales creadas en las Cortes de Aragón, pasamos a la crónica de la actividad legislativa o, lo que es lo mismo, a la de la plasmación en textos legales de determinadas opciones políticas, también previo debate especializado en el seno, en este caso, de una ponencia. Resulta imposible realizar aquí un análisis en profundidad de las cincuenta y una leyes aprobadas a lo largo de toda la IX Legislatura por lo que nos limitaremos a sistematizarlas por bloques temáticos, dando cuenta somera de alguna opción significativa del legislador.

1. Los derechos sociales

Los dos grandes ámbitos en los que se concretó el grueso de la actividad legislativa, como no podía ser de otro modo dado el contexto de crisis económica que, con matices, caracterizó toda la legislatura, son el económico-tributario y el de los derechos sociales. Comenzando por este último, se aprobaron un total de diez leyes, que agruparemos, a su vez, según los temas en: relativas a menores, asistencia social, voluntariado, protección de los consumidores e igualdad.

En relación con la protección de los menores, se aprobó la Ley 5/2016, de 2 de junio, *de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón*, para matizar la prohibición de la entrada de menores en salas de fiesta o baile, discotecas y *pubs* cuando se trate de menores acompañados de sus padres o de quienes ejerzan la patria potestad o autoridad familiar, así como de mayores de dieciséis años, exclusivamente en ambos casos durante las actuaciones en directo de un espectáculo público.

En cuanto a la asistencia social entendida en sentido amplio, destacaremos la aprobación de tres iniciativas, tramitadas en paralelo. Nos referimos a la Ley 9/2016, de 3 de noviembre, *de reducción de la pobreza energética de Aragón*; la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, *de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios*

Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón; y la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, *de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario*. Procedentes las dos primeras de un mismo Decreto-Ley, el 3/2015, de 15 de diciembre, pero también de sendas proposiciones de ley del Grupo Podemos Aragón, la segunda fue recurrida de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, dando lugar a un fallo del TC confirmatorio de la nulidad de algunas de sus medidas más llamativas, como se analizará en el epígrafe VII del presente trabajo. Quedaron en pie, no obstante, las definiciones legales de las situaciones de vulnerabilidad y de especial vulnerabilidad; la regulación básica de las ayudas de apoyo a la integración familiar y de las ayudas de urgencia; el mandato dirigido a los poderes públicos de proveer de una alternativa habitacional digna a toda persona o unidad de convivencia de buena fe en situación de vulnerabilidad que se vea privada de su vivienda habitual como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de desahucio, así como otras medidas de cesión y uso de viviendas desocupadas que habrán de constar en un Registro creado al efecto.

Para complementar la ley anterior, se aprobó asimismo la Ley de reducción de la pobreza energética de Aragón, que contempla ayudas de urgencia para el pago de los consumos energéticos para aquellas personas que, por su situación de vulnerabilidad, no puedan afrontarlos, así como la celebración de convenios con las empresas de agua potable, de gas y de electricidad para tratar de evitar la interrupción de dichos suministros por falta de recursos económicos de las personas en situación de riesgo de emergencia social.

En tercer lugar, completa el paquete legislativo de la asistencia social la Ley 11/2016 citada, la cual, amparándose en la exclusión de los «servicios no económicos de interés general» del ámbito de aplicación de las directivas de contratos públicos, configura la acción concertada para la prestación de servicios de carácter social y sanitario en la Comunidad Autónoma como instrumentos organizativos de naturaleza no contractual, que se suscriben con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro. Se sujetan, eso sí, a las debidas garantías de no discriminación, transparencia y eficiencia en la utilización de fondos públicos.

Pasando a la consideración del voluntariado, en la legislatura que analizamos se aprobó la Ley 6/2018, de 28 de junio, *del Voluntariado de Aragón*, que derogó la Ley 9/1992, de 7 de octubre, del Voluntariado Social. Los casi treinta años transcurridos y la aprobación de una ley estatal básica en la materia (Ley 45/2015) hacían necesaria una actualización de la regulación, destacando la nueva por incorporar a los menores a la actividad voluntaria; por reconocer por primera vez el papel de las empresas, las universidades u otros centros educativos como agentes promotores del voluntariado, así como

por prever el completo estatuto jurídico (derechos y deberes) tanto de las personas destinatarias de la acción voluntaria como de los propios voluntarios y de las entidades con voluntariado.

En materia de consumo, se aprobó una modificación puntual de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón por medio de la Ley 4/2019, de 7 de marzo, que tuvo por objeto concretar que las administraciones públicas de Aragón podrán ejercer la acción popular «en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal» en procedimientos penales por hechos ocurridos en el ámbito de la comunidad autónoma y que afecten de manera grave a una amplia pluralidad de consumidores o usuarios. El caso detonante de la reforma tenía que ver con una estafa cometida por una cadena de clínicas dentales en Aragón y el entrecomillado es el inciso con que, en la ley, se pretendieron salvar las dudas de constitucionalidad sobre la competencia de una comunidad autónoma para prever el ejercicio de la acción penal por su Gobierno o Administración.

Para terminar con la síntesis de las leyes aprobadas durante la IX Legislatura de las Cortes de Aragón que cabe inscribir en el bloque temático de los derechos sociales, referiremos cuatro que persiguen la lucha contra la discriminación, bien por razón de sexo, por razón de orientación o identidad sexual o por discapacidad. Nos referimos a la Ley 7/2018, de 28 de junio, *de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón*; a las Leyes 4/2018, de 19 de abril, *de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón*, y 18/2018, de 20 de diciembre, *de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón*, así como, finalmente, a la Ley 5/2019, de 21 de marzo, *de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón*.

Por dar cuenta somera de algunas de las opciones que plasman, diremos que se dicta la primera en desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, e intenta subrayar la transversalidad de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres asignando la competencia en esta materia al Departamento de Presidencia al que, en lugar de la consejería competente en materia de asuntos sociales, pasa a estar adscrito el Instituto Aragonés de la Mujer. Ello no obstante, se obliga a crear unidades de igualdad de género en todos los departamentos y organismos autónomos y, como órganos de cooperación y coordinación, una Comisión Interdepartamental para la Igualdad y un Consejo Aragonés por la Igualdad de Género. Asimismo, la ley repasa las principales políticas sectoriales, mandatando en cada una de ellas cómo habrá de garantizarse o promocionarse la igualdad de género.

En pos también de la lucha contra la discriminación, pero en esta ocasión por razón de la orientación o de la identidad sexual, se aprobaron las ya citadas Leyes 4 y 18/2018, en las que se consagran diversas manifestaciones del derecho a ser tratado conforme a la identidad o expresión de género declarada y se tipifican como infracciones administrativas distintas formas de violencia o discriminación contra las personas homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales por el hecho de serlo. Otra ley que persigue la igualdad de oportunidades es la 5/2019, para las personas con discapacidad y, como sucede con las otras tres, la sistemática seguida es muy similar en la medida en que el texto legal va concretando las garantías de dicha igualdad en las distintas políticas sectoriales, destacando la salud, la educación, la formación y el empleo, los servicios sociales, la cultura, el turismo, el deporte y otras actividades de ocio.

2. Leyes económico-financieras o tributarias

En el bloque de las leyes económicas, financieras o tributarias, situamos veintiuna iniciativas aprobadas a lo largo de la legislatura. Junto a las leyes de presupuestos a excepción de los del último ejercicio en que no se aprobaron [Ley 1/2016, de 28 de enero, de *Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2016* (45); Ley 4/2017, de 10 de mayo, de Presupuestos para el ejercicio 2017, y Ley 2/2018, de 28 de febrero, de Presupuestos para el ejercicio 2018 (46)] y las respectivas leyes de acompañamiento a aquellos [Ley 10/2015, de 28 de diciembre, de *medidas para el mantenimiento de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de Aragón* (47); Ley 2/2016, de 28 de enero, de *Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón* (48), y Ley 2/2017, de 30 de marzo,

(45) Que estuvo a punto de ser impugnada ante el Tribunal Constitucional si bien las discrepancias sobre la homologación de las retribuciones del personal directivo de los organismos públicos, empresas públicas, fundaciones y consorcios, respecto de las retribuciones de los altos cargos y personal equivalente de la Comunidad Autónoma, quedaron solventadas en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en el sentido publicitado por la Resolución de 24 de noviembre de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón (BOA 30 noviembre).

(46) Como puede comprobarse por las fechas, los tres presupuestos que sí se aprobaron lo hicieron tardíamente, lo que, unido al prematuro cierre contable año a año, dio lugar en la práctica a ejercicios presupuestarios excesivamente cortos, con las consiguientes limitaciones en la gestión diaria de las políticas sectoriales. Vuélvase sobre BERMEJO LATRE (2018: p. 131).

(47) A juicio de BERMEJO LATRE (2016: p. 100), esta norma terció «en el diálogo entre estabilidad presupuestaria y garantía de los derechos sociales a favor de estos últimos, mediante un aumento de los ingresos fiscales de la Comunidad Autónoma».

(48) Verdadera «ley ómnibus», como analiza pormenorizadamente BERMEJO LATRE (2017: p. 147).

de medidas urgentes en materia tributaria (49)], debemos incluir en este bloque cuatro leyes aprobatorias de suplementos de crédito (50).

Además, se aprobaron seis leyes de contenido económico heterogéneo durante la legislatura. En primer lugar, citaremos la Ley 12/2016, de 15 de diciembre, *de modificación de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón*, por la que se autorizaba al Gobierno a aprobar ofertas públicas de empleo de carácter extraordinario que, dirigidas al personal del Servicio Aragonés de Salud, incorporasen las plazas ocupadas por interinos, todo ello con independencia de las plazas susceptibles de ser convocadas en el marco de la tasa de reposición y de lo establecido en la normativa presupuestaria estatal (51).

En segundo término, la Ley 1/2017, de 8 de febrero, *de medidas de racionalización del régimen retributivo y de clasificación profesional del personal directivo y del resto del personal al servicio de los entes del sector público institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón*, por la que se llevó a cabo una homologación retributiva tanto del personal directivo como del resto del personal laboral entre las distintas entidades que conforman aquel.

La tercera sería la Ley 3/2017, de 4 de mayo, por la que se modifica la Ley 7/2005, de 4 de octubre, *de horarios comerciales y apertura en festivos*, para adaptarla a la legislación básica estatal en cuanto a la liberalización de los horarios de aquellos locales comerciales de menos de 300 m².

Una cuarta Ley de este paquete fue la 8/2017, de 28 de septiembre, *de modificación de la Ley 7/2012, de 4 de octubre, de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria*, que concretó los términos en que, durante la situación de incapacidad temporal, corresponde a la Administración abonar a su personal adscrito al régimen general de la Seguridad Social el complemento del cien por cien de las retribuciones.

(49) El plural no se corresponde con el objeto de la ley, reducido a una medida: mantener suspendido durante el ejercicio 2017 el impuesto medioambiental sobre las instalaciones de transporte por cable.

(50) Se trata de la Ley 9/2015, de 24 de septiembre, *por la que se concede un suplemento de crédito y por la que se autoriza al Consejero de Hacienda y Administración Pública la formalización de operaciones de endeudamiento a largo plazo*; la Ley 6/2016, de 29 de junio, *por la que se concede un suplemento de crédito para la financiación de ayudas de fomento de la actividad deportiva a los clubes deportivos de élite en la Comunidad Autónoma de Aragón*; la Ley 7/2016, de 20 de octubre, *por la que se concede un suplemento de crédito para la financiación de la enseñanza concertada*; y la Ley 8/2016, de 3 de noviembre, *por la que se concede un suplemento de crédito para la financiación de actuaciones de difusión publicitaria*.

(51) Su artículo único fue declarado inconstitucional y nulo por STC 82/2017, de 22 de junio.

En quinto lugar, la Ley 9/2018, de 28 de junio, *de modificación de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de coordinación de policías locales de Aragón*, tuvo el único propósito de precisar que la integración de la Escala Técnica (categorías de Subinspector e Inspector de policía) en el Grupo A2, cuando se carezca de la titulación académica para su acceso, lo será únicamente a efectos retributivos, pero, en este caso, en situación «a extinguir».

La sexta Ley que incluimos en este subgrupo es la Ley 1/2018, de 8 de febrero, *de diálogo social y participación institucional en Aragón*, que regula la participación de los ciudadanos que se canaliza a través de organizaciones de carácter económico y social, como son los sindicatos y las asociaciones empresariales. En particular, crea un órgano paritario y tripartido, la llamada Mesa del Diálogo Social de Aragón, para impulsar la concertación socioeconómica, sin perjuicio de la presencia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Aragón en comisiones, consejos u otros órganos colegiados de participación, consultivos o de asesoramiento, o en mesas o foros específicos de negociación.

En el bloque de las leyes estrictamente tributarias de la IX Legislatura, cabe referir las tres siguientes. En primer lugar, la Ley 10/2018, de 6 de septiembre, *de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones* y con la que, como se ha adelantado en la rúbrica anterior y con el propósito de reducir la mayor carga fiscal que, en términos comparativos con otras Comunidades Autónomas, soportaban las familias aragonesas por este impuesto, el PSOE se distanció de su socio preferente para los pactos, Podemos Aragón, alcanzando un acuerdo inicialmente con C's si bien la ley resultante fue apoyada también por el G.P. Popular. El resultado fue la modificación de la reducción propia aragonesa a favor del cónyuge, ascendientes y descendientes, incrementando, por un lado, el importe límite previsto a favor del cónyuge, los ascendientes y los descendientes del fallecido de 150.000 a 500.000 euros (de 175.000 a 575.000 euros en caso de discapacidad) y, por otro, eliminando el requisito según el cual el patrimonio preexistente del contribuyente no podía exceder de 402.678,11 euros. Además, dicha reducción se extiende a nietos y ulteriores descendientes del fallecido. La ley, además, entre otras medidas, amplía notablemente la bonificación para las donaciones a favor del cónyuge o hijos pues se aplica siempre que lo donado no supere la cifra de 500.000 euros, e introduce una nueva reducción propia de la Comunidad Autónoma para las donaciones a favor de los hijos del donante de dinero para la adquisición de primera vivienda habitual, o de un bien inmueble para su destino como primera vivienda habitual.

Por si fuera poco, aunque desgajada en otra iniciativa, la regulación del impuesto sufrió otra modificación dos meses después, al concretar la Ley 15/2018, de 22 de noviembre, *sobre la tributación de la fiducia aragonesa*

en el *Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, la sustitución del sistema de liquidaciones provisionales a cargo de todos los herederos y complementarias, en su caso, al ejecutarse totalmente el encargo fiduciario por un modelo que se pretende más acorde a la regulación civil aragonesa de la fiducia y que consiste en una declaración informativa, con periodicidad anual, hasta la completa ejecución fiduciaria (52).

La última iniciativa legislativa aprobada de contenido estrictamente tributario fue la *Ley 3/2019, de 21 de febrero, de modificación del Decreto Legislativo 1/2007, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación sobre impuestos medioambientales de la Comunidad Autónoma de Aragón, para la supresión del impuesto medioambiental sobre las instalaciones de transporte por cable*, tras haber estado varios ejercicios suspendido de vigencia.

No obstante, todavía cabe inscribir en este bloque de leyes económicas en sentido amplio dos últimas iniciativas que se aprobaron, respectivamente, para regular el sector del taxi y el del trabajo autónomo. La *Ley 5/2018, de 19 de abril, del Taxi*, se centró en este tipo de servicio de transporte como ilustra su título, sin afrontar la regulación de otras modalidades de arrendamiento de vehículos con conductor, que, máxime tras la aprobación por el Estado de los Reales Decreto-Leyes 3 y 13/2018, requirieron la posterior intervención urgente del Gobierno de Aragón mediante el *Decreto-Ley 7/2019, de 12 de marzo*. La *Ley 5/2018* dispone, como regla general, que solo podrán ser titulares de licencia de taxi y de autorizaciones interurbanas de taxi las personas físicas, y que estos títulos únicamente podrán ser transmitidos a dichas personas (53). Sin embargo, introduce una excepción para los municipios de menos de 10.000 habitantes, en los que permite que puedan ser titulares de dichas licencias y autorizaciones personas jurídicas. Las licencias para los servicios urbanos de taxi corresponde concederlas, lógicamente, a los ayuntamientos, imponiendo la ley unas ratios en función de la población que estos no podrán exceder y que oscilan desde una licencia de taxi por cada 2.000 habitantes en los municipios de menos de 50.000 hasta una licencia de taxi por cada 600 habitantes en los municipios de más de 100.000. No obstante lo anterior, se establece la posibilidad de solicitar un contingente específico y distinto en atención a las condiciones de movilidad y otros aspectos socioeconómicos de cada municipio.

(52) No obstante, en el BOA 28 marzo 2019, se publicó el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado por el que se inician las negociaciones para resolver las discrepancias competenciales manifestadas entre ambas Administraciones.

(53) Aunque todas las referencias que la ley hace a las autorizaciones interurbanas de taxi la Comunidad Autónoma se ha comprometido a suprimirlas para no interferir con la legislación estatal, de conformidad con el Acuerdo alcanzado en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado publicado en BOA 7 marzo 2019.

Por supuesto, la ley se completa con la previsión del estatuto jurídico (derechos y deberes) del usuario del taxi; del régimen jurídico (formas de contratación, paradas, condiciones técnicas de los vehículos...) y económico (tarifas aprobadas por el ayuntamiento correspondiente en los servicios urbanos y por el departamento competente en los interurbanos) de los servicios a prestar, y, por último, con la regulación del régimen sancionador.

Finalmente, la Ley 7/2019, de 29 de marzo, *de apoyo y fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo en Aragón*, fue aprobada en la sesión plenaria que puso fin a la legislatura, reflejando bien a las claras, durante toda su tramitación, las complicadas relaciones entre PSOE y Podemos Aragón en materia económica con carácter general. De hecho, la ley nació de la refundición en ponencia de los textos enmendados tanto de un proyecto de ley como de una proposición de ley del propio grupo podemista, pero el resultado, fruto de la transacción en unos aspectos entre las fuerzas de la izquierda y, en otros, entre los Grupos Socialista y Popular, no acabó convenciendo a casi nadie. Sea como fuere, entre las medidas adoptadas, subrayaremos que la ley da reconocimiento legal al Consejo Asesor del Emprendimiento de Aragón y al Consejo del Trabajo Autónomo de Aragón; obliga a elaborar sendos planes estratégicos (del Emprendimiento y del Trabajo Autónomo) como instrumento de coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas desarrolladas en la materia; crea un Registro de autónomos y microempresas constituidas por emprendedores y prevé tanto medidas de simplificación administrativa como de fomento o financieras.

3. Leyes de contenido administrativo o institucional

En este apartado, nos limitaremos a enumerar cuatro leyes aprobatorias de otros tantos colegios profesionales (Ley 3/2018, de 19 de abril, *de creación del Colegio Profesional de Periodistas de Aragón*; Ley 11/2018, de 20 de septiembre, *de creación del Colegio Profesional de Ingenieros en Informática de Aragón*; Ley 12/2018, de 20 de septiembre, *de creación del Colegio Profesional de Ingenieros Técnicos en Informática de Aragón*; y Ley 13/2018, de 4 de octubre, *de creación del Colegio de Economistas de Aragón por fusión de los Colegios Oficiales de Economistas de Aragón y de Titulados Mercantiles de Aragón*), para pasar a centrar nuestra atención en otras siete leyes de mayor calado.

En primer lugar, la Ley 9/2017, de 19 de octubre, *por la que se regulan los servicios de asesoramiento y orientación jurídicos gratuitos de Aragón* y, más en concreto, los prestados a inmigrantes, a mujeres y a reclusos en instituciones penitenciarias, integrándolos dentro del sistema de justicia gratuita junto a la asistencia letrada. Aunque se venían prestando de hecho en la Comunidad por los colegios de abogados, la Ley mandata ahora formalmente a estos

que los regulen y organicen de manera coordinada con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de justicia, asumiendo este su financiación.

En segundo término, citaremos la Ley 4/2016, de 19 de mayo, *de modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión*, cuyo objetivo declarado fue reforzar «la profesionalidad, independencia, igualdad, transparencia y representatividad de las personas que forman parte de los órganos principales de la Corporación». Para tratar de conseguirlo, se introdujeron, entre otros, los siguientes cambios: «nombramiento parlamentario que no gubernamental, y por mayoría cualificada, del Director General, previa audiencia pública; reducción del número de miembros del Consejo de Administración de 19 a 16 y selección de estos precedida de una comparecencia previa parlamentaria en audiencia pública; garantía de presencia en el Consejo, con voz pero sin voto, de todos los partidos con representación parlamentaria aun sin grupo parlamentario propio; atribución al Consejo de la facultad de propuesta del nombramiento del Director General, de informe del nombramiento y cese de los directores de las Sociedades gestoras de los servicios de radio y TV respectivamente, y de control periódico de la contratación; apertura del nombramiento de los miembros del Consejo Asesor a la sociedad civil; eliminación de la obligatoria separación de las empresas públicas gestoras de los respectivos servicios públicos de radio y TV; nombramiento y cese de los administradores por el Director General de la Corporación entre profesionales del sector tras un proceso público de concurrencia competitiva; fijación de un plazo trienal para los contratos-programa entre el Gobierno de Aragón y la CARTV; y establecimiento de plan de fomento y apoyo a la producción aragonesa independiente de al menos entre el 1% y el 3% del presupuesto de la CARTV» (54).

En tercer lugar, destacaremos la aprobación de dos leyes complementarias entre sí con las que se apuesta por un nuevo modelo de gestión pública con mayores exigencias éticas y de transparencia. Nos referimos a las Leyes 5/2017, de 1 de junio, *de Integridad y Ética Públicas*, y 6/2017, de 15 de junio, *de Cuentas Abiertas de Aragón*, que incluimos en este bloque temático por afectar a todo el sector público de la Comunidad Autónoma. De la primera, llama la atención la creación de la Agencia de Integridad y Ética Públicas como una suerte de «autoridad autonómica independiente» al desarrollar sus funciones bajo la sola dependencia de las Cortes y a la que se encomiendan funciones de investigación y evaluación externa de todas las políticas públicas. A dicha Agencia, que a día de hoy aún no ha sido creada, le corresponderá

(54) Vid. BERMEJO LATRE (2017: p. 150).

también implantar y gestionar el registro de *lobbies* de Aragón con el que se impondrá un código ético mínimo tanto a estos como a las autoridades y cargos con los que se relacionan. La ley incluye un Código de buen gobierno para las autoridades y cargos del sector público autonómico (con una ampliación de la regulación de los conflictos de intereses e incompatibilidades), así como un Código de conducta al que deberán ajustar su actuación los empleados públicos, que incluye la protección debida para aquellos que denuncien hechos que pudieran dar lugar a la exigencia de responsabilidades por alcance o penales por delitos contra la Administración pública (55). Por lo que respecta a la Ley 6/2017, completa los deberes de información activa ya impuestos por la Ley de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón (2015) al incluir los relativos a las cuentas bancarias de que sean titulares cualquiera de los entes del sector público aragonés, debiendo publicitar saldo y movimientos de cada una en los respectivos portales de transparencia, sedes electrónicas o páginas web.

Pasando a la consideración de las leyes aprobadas en la IX Legislatura que han incidido en el mapa local aragonés, citaremos, en primer lugar, la Ley 10/2017, de 30 de noviembre, *de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón*, con la que, con mucho retraso y tras varios intentos infructuosos de legislaturas precedentes (56), se da cumplimiento a una previsión ya contemplada en el artículo 61 de la Ley de Administración Local de Aragón (1999) y, posteriormente, en el artículo 87 del Estatuto de Autonomía (2007). En las Cortes de Aragón, el proyecto de ley no sufrió modificaciones, salvo correcciones técnicas, al rechazarse la enmienda a la totalidad con texto alternativo del G.P. Popular y las 157 enmiendas parciales que presentaron los tres grupos del centro derecha, arguyéndose por parte del resto de fuerzas que el texto venía consensuado entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza. La clave para este acuerdo la constituyó el compromiso financiero alcanzado, cifrado en un fondo fijo de ocho millones de euros anuales para el consistorio de la capital hasta que se apruebe la nueva regulación de la participación de los entes locales en los ingresos autonómicos (disp. trans. tercera), y otro fondo, variable, cuya cuantía se fijará en el convenio bilateral económico-financiero entre ambas instituciones y que la Ley 10/2017 estableció en trece millones y medio de euros para

(55) Quede constancia aquí, no obstante, de que el Estado manifestó sus dudas competenciales sobre la disposición final segunda de la referida Ley de Integridad y Ética Públicas y que, mediante Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón, se dispuso la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado que declaró solventadas las discrepancias en el sentido que allí se describe (BOA 10 abril).

(56) Lo subraya y describe BERMEJO LATRE (2018: pp. 139 y 140).

el primer ejercicio de vigencia y mandató incrementar en un millón y medio al año durante el período 2017-2020. La dotación tiene en cuenta el ámbito especial de competencias propias que la ley ha atribuido al municipio de Zaragoza, ya porque derivaba de la legislación estatal básica, ya porque se le atribuyen ahora por la Comunidad Autónoma, procediendo a pormenorizarse exhaustivamente por materias. Como cauce de comunicación, coordinación y colaboración permanente entre el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Zaragoza se crea el Consejo Bilateral de Capitalidad, que deberá reunirse como mínimo una vez al semestre para todo lo que afecte a las respectivas competencias y responsabilidades.

Complementaria a la que se acaba de referir del régimen de la capitalidad de Zaragoza, es la Ley 8/2019, de 29 de marzo, *de creación de la Comarca Central*, la que hace la número treinta y tres y con la que, casi veinte años después, se ha cerrado el mapa comarcal aragonés. La Comarca Central supone la desaparición de las mancomunidades cuyos fines son coincidentes y, en particular, de la Mancomunidad Central de Zaragoza, que había sido declarada de interés comarcal y que incluía a todos los municipios de la delimitación comarcal, excepto al de Zaragoza. Una parte importante del articulado de la Ley 8/2019 es común a las leyes de creación de todas las comarcas aragonesas, pero hay cuestiones que sí son distintas en razón a las peculiaridades que presenta esta. Por ejemplo, en cuanto a las funciones y los servicios, se le atribuyen aquellos que, como mínimo, deberá ejercer, coincidiendo con los que en la actualidad desarrollan las comarcas de Aragón ya creadas, pero la prestación de dichos servicios se organiza en cinco ejes, cada uno de los cuales integra a municipios distintos, no formando parte Zaragoza de ninguno de ellos al contar, como se ha visto, con un régimen legal específico. Cada eje cuenta asimismo con una comisión y los cinco presidentes de las comisiones de eje integran una Junta de Coordinación. A su vez, la existencia de los ejes condiciona la distribución de los treinta y nueve miembros que componen el Consejo Comarcal pues serán consejeros los alcaldes de cada ayuntamiento y los dieciocho consejeros restantes se repartirán entre los ejes sobre la base de su población conforme a la Ley d'Hondt.

Finalmente, en el último mes de la legislatura, vio la luz una reforma institucional de gran trascendencia. En efecto, en desarrollo directo del Estatuto de Autonomía ante la falta de tiempo material para acometer la reforma de este, se aprueba la Ley 9/2019, de 29 de marzo, *de modificación de la Ley 2/1987, de 16 de febrero, Electoral de la Comunidad Autónoma de Aragón*, en medio de una gran polémica sobre cómo asegurar de forma constitucionalmente respetuosa el mantenimiento del escaño 14 por la provincia de Teruel en las elecciones a Cortes de Aragón que se iban a convocar en el mes de mayo. En efecto, la alarma había saltado a comienzos de año al constatarse que, con el censo poblacional vigente a enero de 2019, la aplicación de los artículos

36 del Estatuto y 13 de la Ley Electoral de la Comunidad Autónoma suponía la pérdida de un escaño por Teruel en favor de Zaragoza, pasando la distribución de escaños a ser la siguiente: Huesca, 18; Teruel, 13 y Zaragoza, 36.

Se estudiaron entonces diferentes alternativas que, mediante una reforma de la Ley electoral, pudieran evitar esa pérdida una vez descartada la revisión del Estatuto de Autonomía por cuestión de plazos de tramitación y aunque habría bastado la revisión del límite estatutario en 0,10 (estableciendo en 2,85 el coeficiente corrector máximo que fija el artículo 36 de nuestra norma institucional básica entre la circunscripción más y menos poblada) para que no se produjera ese efecto. Así las cosas, si tenía que actuarse en su caso por medio de una reforma legal, parecía que esta debía apurar las posibilidades que brindaba una modificación del mínimo fijo de escaños a asignar a cada circunscripción o del número total de diputados a elegir dentro de la horquilla estatutaria de 65 a 80. Sin embargo, ninguna de las diez hipótesis de trabajo que se barajaron por los Servicios Jurídicos de las Cortes de Aragón para alterar el mínimo legal de escaños por provincia (ya fuera aumentándolo o reduciéndolo y, en este último caso, bien linealmente, bien de forma progresiva o regresiva) producía el resultado esperado. Este solo se conseguía con la opción de incrementar el número total de diputados a elegir de 67 a 69 aunque ello tuviera costes económicos y, en el contexto de desafección ciudadana, la dificultad de explicar convenientemente una decisión semejante.

Elevado el mencionado informe jurídico a la Mesa de las Cortes de Aragón para su conocimiento y efectos oportunos con fecha 18 de enero de 2019, no fue hasta el 14 de marzo cuando todos los Grupos y Agrupaciones Parlamentarias, con excepción del Grupo Popular, registraron una proposición de ley para modificar la Ley Electoral de la Comunidad Autónoma de forma que se pudiese mantener el escaño 14 de Teruel, pero sin incidir en el mínimo legal de escaños por provincia, ni incrementar el total de escaños a elegir. En su lugar, se actuaba sobre un tercer elemento: el de la referencia para distribuir los 28 diputados restantes una vez descontados los 39 asignados automáticamente a las tres provincias, que se pretendía no fuera la población de derecho, sino la población censal.

Inmediatamente se solicitó un informe jurídico para ver si la iniciativa respetaba el Estatuto de Autonomía, informe que, emitido cinco días después, razonaba por qué el parámetro utilizado en la proposición de ley no afectaba a la representación de los territorios como factor de corrección de la proporcionalidad ni al principio de igualdad de voto según la jurisprudencia constitucional existente. El mencionado informe ponderaba, asimismo, otros elementos de los establecidos en el artículo 3 del Código Civil para crear un juicio a favor de la constitucionalidad. Entre ellos, se destacaron el sentido propio de las palabras (la expresión estatutaria no es la de población de

derecho, sino la de «habitantes necesarios para asignar un diputado»); los antecedentes legislativos (dado que Aragón es la única Comunidad que conserva ese factor de corrección del 2,75 como reminiscencia de unos Pactos Autonómicos de 1981 que justamente predicaban la aplicación de la corrección territorial entre las circunscripciones con mayor y menor «censo electoral») y la realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas (el propio Consejo de Estado, en su Informe sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, de 24 de febrero de 2009, estudió una propuesta consistente en que la base del reparto de escaños no fuera la población de derecho, sino el número de electores inscritos en el censo, considerándolo más respetuoso con el principio de igualdad de voto aunque reconocía podía dificultar la integración de la población extranjera).

Sin margen de tiempo porque el último Pleno de la legislatura se iba a celebrar el día 29 de marzo, la Mesa y Junta de Portavoces acordaron *por unanimidad*, con fecha 20 de marzo, que, en el caso de que la proposición de ley comentada fuese tomada en consideración en esa última sesión plenaria, se tramitase en ese mismo momento por el procedimiento de lectura única con omisión del trámite de presentación de enmiendas. Ello no impidió, sin embargo, que el Grupo Popular en un caso y tres de los firmantes de la proposición de ley originaria en otro (Podemos Aragón, CHA e IU) registrasen sendas proposiciones de ley «alternativas» al amparo del art. 180.5 RCar (57). No obstante, ninguna de ellas se aceptó y se tomó en consideración por mayoría primero (58), y se aprobó después por unanimidad y, por consiguiente con el voto también favorable del G.P. Popular que había seguido expresando sus dudas de constitucionalidad sobre la iniciativa del resto del arco parlamentario, la reforma de la ley electoral en los términos iniciales planteados.

Una mínima reflexión se impone sobre la citada Ley 9/2019. La coincidencia de todos los Grupos en el objetivo pretendido (el mantenimiento del escaño 14 por la provincia de Teruel), que, en última instancia, justifica que ninguno impidiera la tramitación de la proposición de ley inicial (habría bastado la oposición de un solo grupo para no permitir, como sucedió, que se saltaran los plazos reglamentarios) no impide afirmar que la solución debería haber sido meditada, verdaderamente consensuada y adoptarse con mayor

(57) La registrada por el G.P. Popular consistía en elevar a 14 escaños el mínimo atribuido por la Ley electoral a cada circunscripción y en añadir, en la aplicación del criterio corrector del 2,75, la precisión de que no podría implicar la reducción del número mínimo de diputados establecido para cada provincia. Por su parte, la alternativa del G.P. Podemos Aragón y de las dos Agrupaciones Parlamentarias existentes en las Cortes también elevaba de 13 a 14 los escaños mínimos por provincia y de 67 a 69 el total de diputados a elegir.

(58) En efecto, en la votación sobre la toma en consideración se registraron cincuenta y un votos a favor y quince abstenciones.

anticipación. En las elecciones autonómicas de 2015, los datos del padrón de Teruel habían salvado el escaño 14 por apenas 300 habitantes, lo que debería haber colocado, entre las prioridades de la agenda política de todos, el estudio de la reforma de la ley electoral y, en su caso, estatutaria. Sin embargo, la preocupación saltó en los últimos meses de la legislatura en medio de una enorme crispación, propia del contexto preelectoral, y con la limitación de no ser posible plantear la reforma del Estatuto. Nunca mejor dicho, las prisas no son buenas consejeras. Un cambio tan importante en un elemento del sistema electoral aragonés no tendría que haber sido adoptado en el tiempo de descuento de la legislatura y de forma tan inesperada, como lo fue, a última hora, el voto afirmativo del Grupo Popular, que evitó la retirada de la iniciativa a que estaba dispuesto el Grupo Socialista si no había consenso (59).

4. El resto de leyes aprobadas durante la IX legislatura

Por su contenido heterogéneo, incluimos aquí la reseña de las tres leyes aprobadas en materia de educación, cultura y deporte, de una iniciativa relacionada con la protección animal y de otras cuatro que podemos englobar en sentido amplio en la mención a los elementos identitarios de Aragón.

Comenzando por el primer bloque material citado, cabe reseñar, fruto del Pacto por la Ciencia suscrito por todas las fuerzas políticas y sociales aragoneses en 2016, la Ley 17/2018, de 4 de diciembre, de *Investigación e Innovación de Aragón*, que llegó a las Cortes con un alto grado de consenso entre los agentes del Sistema Aragonés de I+D+i como se vio en el trámite de audiencias legislativas que, como novedad del nuevo RCAR, se aplicó precisamente por primera vez durante la tramitación de esta ley. Con ella se abordan, entre otros, aspectos tales como la financiación de este Sistema, tratando de dotarla de estabilidad con el compromiso de incluir un anexo en los presupuestos de la Comunidad Autónoma para cada ejercicio que permita visualizar en su totalidad la inversión en esta materia, así como de regular nuevas formas de financiación bajo el marco del mecenazgo. En segundo lugar, se define el papel que corresponde a cada uno de los agentes del Sistema Aragonés de I+D+i y se clarifican y, en algún caso, incrementan las competencias atribuidas

(59) El propio Gobierno aragonés dejó a su G.P. (Socialista) con el pie cambiado cuando, en el criterio que, de forma no vinculante, se le solicita al ejecutivo sobre la toma en consideración de cualquier proposición de ley, dijo respecto de la proposición conjunta de reforma de la ley electoral que fructificó en la Ley 9/2019 lo siguiente: «Se acuerda tomar conocimiento de la Proposición de Ley de modificación de la Ley 2/1987, de 16 de febrero, Electoral de la Comunidad Autónoma de Aragón, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Podemos Aragón, Aragonés y Mixto (CHA e IU), si bien se entiende que existen alternativas más adecuadas y ajustadas a las previsiones estatutarias para conseguir el fin pretendido» [BOCA 332, de 2 abril 2019].

a los órganos encargados de su gobernanza. Destacaremos también que la ley regula el Registro Electrónico de Investigación e Innovación de la Comunidad Autónoma y atribuye a la ya existente Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón la función de evaluar, acreditar y certificar a todos los agentes del Sistema Aragonés de I+D+i.

La segunda ley relacionada con la educación es la Ley 2/2019, de 21 de febrero, *de aprendizaje a lo largo de la vida adulta en la Comunidad Autónoma de Aragón*, que deroga la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Educación Permanente, llevando a cabo una actualización de los procesos organizados de educación que prolongan, compensan o reemplazan la recibida en las escuelas, institutos y universidades. Así, la ley define aquellos programas o itinerarios que se consideran prioritarios (entre los que sobresalen los de alfabetización, inserción social y cualificación profesional), prevé la puesta en marcha de sistemas para la acreditación de las competencias adquiridas por la experiencia laboral o en los procesos de educación no formal, y mandata la creación de diversos órganos de coordinación del sistema integrado de cualificación y formación profesional.

En tercer término, destacaremos la aprobación de la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, *de la actividad física y el deporte de Aragón*, que, como la anterior reseñada, también procedió a derogar a su precedente, en este caso la Ley 4/1993, de 16 de marzo. Como novedades del nuevo texto legal (60), resaltaremos la creación de la Comisión Aragonesa de Igualdad de Género en la Actividad Física y el Deporte, así como del Observatorio Aragonés de la Actividad Física y el Deporte, ambos dentro de la estructura del Consejo Aragonés del mismo nombre. También como nuevo órgano administrativo disciplinario, se crea el Tribunal Administrativo del Deporte Aragonés, que acoge las funciones que anteriormente ejercían el Comité Aragonés de Disciplina Deportiva y la Junta de Garantías Electorales. Asimismo, la Ley 16/2018 regula el asociacionismo deportivo, adaptándose a la disciplina del derecho de asociación que se recoge en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, y calificando a todas las asociaciones deportivas como entidades deportivas, entre las que se incluyen los clubes deportivos, las secciones deportivas, las sociedades anónimas deportivas, las federaciones deportivas y la asociación aragonesa de deporte laboral, lo que supone reducir la tipología anterior.

(60) Cuya modificación, para evitar un recurso de inconstitucionalidad, se tuvo que comprometer a abordar el Gobierno de Aragón por Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado que puede consultarse en BOA 12 septiembre 2019, en determinados aspectos relativos a la acreditación de determinadas competencias mediante las titulaciones oficiales o certificados de profesionalidad correspondientes, así como a la limitación de ciertas prohibiciones a las entidades que tengan domicilio social en Aragón y a los eventos deportivos de ámbito local, provincial o autonómico aragonés.

En materia de planificación, se contempla el Plan Director de Instalaciones Deportivas de Aragón, al que se reconoce el carácter de Directriz Especial de Ordenación Territorial.

La segunda materia de este cajón de sastré de leyes de contenido heterogéneo que completan la nómina de las aprobadas en la IX Legislatura de las Cortes de Aragón es la protección animal, habiéndose aprobado por Ley 1/2019, de 7 de febrero, la modificación puntual de la reguladora de la materia, Ley 11/2003, de 19 de marzo, con el único objeto de prohibir la utilización de especies pertenecientes a la fauna silvestre en espectáculos circenses.

Finalmente, en el bloque de lo que hemos dado en llamar elementos identitarios de la Comunidad Autónoma, reseñaremos la aprobación de dos leyes en materia de derecho civil aragonés, una sobre memoria democrática y otra sobre derechos históricos. Así, la Ley 3/2016, de 4 de febrero, *de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón*, lleva a cabo una mera precisión técnica en la llamada a suceder legalmente en defecto de parientes y de cónyuge a favor de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del Hospital de Nuestra Señora de Gracia para los enfermos que fallezcan en él.

Más polémica resultó la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de custodia, pues eliminó la preferencia de la custodia compartida de los hijos en los casos de ruptura de la pareja y cuando exista desacuerdo entre los progenitores al respecto, que había introducido la Ley 2/2010, de 26 de mayo. En su lugar, se prescribe que el juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos menores atendiendo a su interés, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores, además de factores como la edad, el arraigo social de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, la dedicación de cada progenitor a su cuidado durante el período de convivencia y otros. La Ley 6/2019 únicamente fue votada a favor por los Grupos y Agrupaciones Parlamentarias de la izquierda, encontrando la oposición o la abstención de los demás. La aplicación del sistema de custodia compartida existente hasta ese momento en nuestra Comunidad Autónoma había sido uno de los temas de análisis preferente por la Ponencia Especial de Estudio del Derecho Foral, que, en el nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón (art. 91), tiene el carácter de ponencia permanente para el seguimiento de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral de Aragón.

Incluimos también en este apartado una mención a la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, *de memoria democrática de Aragón*, con la que se ha pretendido un reconocimiento jurídico a las víctimas de la guerra civil española y del franquismo como un elemento que se dice irrenunciable de la propia identidad democrática aragonesa. Como sucedió con la Ley 6/2019 a la que

acabamos de referirnos, también la aprobación de la Ley 14/2018 dividió a las fuerzas de la izquierda y del centro derecha presentes en las Cortes. A partir de un concepto amplio de víctima de la guerra civil y del franquismo, la citada disposición impone al Gobierno una serie de deberes dirigidos a reconocerlas, entre los que sobresalen la elaboración de un mapa de fosas de Aragón; la aprobación de un protocolo de exhumación e identificación genética de las víctimas, así como de dignificación de los enterramientos clandestinos; la inclusión de los lugares de memoria democrática de Aragón en alguna de las categorías previstas en la legislación de patrimonio cultural; la creación de rutas por dichos lugares y su inventario o la creación de un centro de investigación en materia de memoria democrática. La Ley 14/2018 tipifica como contrarias a esta determinadas alusiones, placas, inscripciones, escudos, denominaciones de lugares públicos y otras manifestaciones, obligando a su retirada o eliminación bajo amenaza de sanción.

No obstante, la ley más polémica de las aprobadas sobre la identidad aragonesa fue la Ley 8/2018, de 28 de junio, de pretendida *actualización de los derechos históricos de Aragón*, que hay que inscribir en los compromisos adquiridos por el Partido Socialista con Chunta Aragonesista a cambio de su apoyo y participación en la coalición de gobierno. Tras una tramitación parlamentaria bajo la advertencia jurídica constante de las dudas de constitucionalidad de buena parte de los contenidos proyectados, la Ley resultante acabo residenciada ante el Tribunal Constitucional tanto por el Presidente del Gobierno como por más de cincuenta diputados del G.P. Popular del Congreso. Se cuestionan, entre otros aspectos que así repasamos de la nueva regulación, el anclaje de los derechos históricos en la disposición adicional primera de la Constitución cuando el máximo intérprete de la Carta Magna ha circunscrito su aplicación al País Vasco y Navarra; que la actualización de aquellos derechos se lleve pretendidamente a cabo a través de una ley ordinaria en lugar de mediante el Estatuto de Autonomía y vulnerando contenidos concretos de este; la parte alícuota de soberanía que se pretende para el pueblo aragonés al proclamar que de él emanarían los poderes de la Comunidad Autónoma; la confusión entre la condición política de aragonés y la vecindad civil aragonesa con infracción de las competencias estatales; la preferencia que se concede a la bandera aragonesa sobre la española en los edificios situados en el territorio autonómico; el intento de integrar el Archivo de la Corona de Aragón, de titularidad estatal, en el Sistema de Archivos de la Comunidad Autónoma, o la declaración de interés general a efectos expropiatorios que se extiende a cualquier bien integrante del patrimonio histórico del antiguo Reino de Aragón, entre otras muchas vulneraciones que, en el momento de revisar este trabajo, acababan de ser declaradas como tales por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 159/2019, de 12 de diciembre.

V. LA ACTIVIDAD DE CONTROL SOBRE EL EJECUTIVO AUTONÓMICO

Sin duda ninguna, la función de control se ha convertido en la más importante de cuantas desempeñan los Parlamentos españoles. A ello han contribuido, progresivamente, el incremento de la legislación gubernamental, la limitada permeabilidad de los proyectos de ley a la capacidad de enmienda de los grupos de la oposición al menos en las etapas de gobiernos de mayoría (tónica general hasta la irrupción de los nuevos partidos políticos) o la falta de habitualidad con que se toman en consideración las iniciativas legislativas de origen no gubernamental, entre otros factores. Por el contrario, los grupos parlamentarios de la oposición se postulan y ofrecen a diario sus alternativas de gobierno a través de las decenas de iniciativas de control que registran semanalmente en las Cámaras, tratando de ser lo más efectivos posibles en su labor de deteriorar, retratar o pillar a contrapié al Gobierno de turno.

Como muestra, valgan los siguientes datos relativos a la IX Legislatura de las Cortes de Aragón. Se presentaron 5829 preguntas a los distintos miembros del Gobierno de Aragón (782 en 2015; 2354 en 2016; 1439 en 2017; 1017 en 2018 y 237 en 2019). Asimismo, se registraron 563 interpelaciones a aquellos sobre cuestiones de política general (70 en 2015; 142 en 2016; 173 en 2017; 158 en 2018 y 20 en 2019), que dieron lugar a otras tantas mociones impulsando la acción del ejecutivo. Aunque las mociones, junto con las proposiciones no de ley (1508 a lo largo de la legislatura (61)) y las propuestas de resolución (tales como las derivadas de los debates generales sobre el estado de la Comunidad) se dicen manifestaciones propias de la función de *indirizzo* político de los Parlamentos, qué duda cabe que entrañan también una suerte de control que complementa el ejercido a través de las iniciativas clásicas como las preguntas, las interpelaciones y las solicitudes de comparecencia. Las cifras que representan estas últimas por lo que a la actividad de la IX Legislatura en las Cortes de Aragón se refiere ilustra también el predominio del control parlamentario sobre la actividad legislativa: 1793 presentadas, con un noventa por ciento de solicitudes sustanciadas, que se desglosan así, 172 en 2015; 541 en 2016; 489 en 2017; 511 en 2018 y 80 en 2019.

Precisamente porque sería imposible el análisis de todas esas iniciativas, centraremos nuestra atención en otros dos mecanismos destacados de control: el ejercido a través de la creación de comisiones de investigación y el de nuevo cuño, introducido en las sucesivas leyes de presupuestos de la IX Legislatura, por el que la Comisión de Hacienda de las Cortes ha debido autorizar expresamente determinados expedientes de modificación presupuestaria que debía remitir el Gobierno de Aragón.

(61) Con la siguiente distribución: 210 en 2015; 469 en 2016; 380 en 2017; 372 en 2018 y 77 en 2019.

Por lo que respecta a las comisiones de investigación, ya se ha hecho referencia más arriba a la constituida para depurar las posibles responsabilidades políticas «sobre la organización, planificación, funcionamiento y gestión del saneamiento y depuración de aguas en Aragón». Las conclusiones de dicha Comisión de investigación fueron aprobadas por el Pleno de las Cortes celebrado el día 21 de febrero de 2019, volviendo a escenificar las profundas diferencias políticas entre los Grupos (62). La Comisión hizo balance de los objetivos cumplidos tanto del Plan Aragonés de Saneamiento y Depuración (PSD) como del Plan Integral de Depuración del Pirineo Aragonés (PIDPA): en la actualidad, en Aragón existen 214 depuradoras en funcionamiento, que depuran el agua correspondiente a 2,5 millones de habitantes equivalentes de un total calculado para nuestra Comunidad Autónoma de algo más de 2,9 millones de habitantes equivalentes de diseño. Asimismo, hubo consenso en reconocer los objetivos pendientes de ejecución: la situación actual pone de manifiesto que la realidad de la depuración del agua en Aragón, aun siendo positiva en comparación con otras Comunidades en cuanto a la cantidad de agua depurada y el tamaño de localidades, no ha permitido alcanzar como debiera el cien por cien del tratamiento de las aguas residuales urbanas en el año 2015.

A partir de esos acuerdos, es llamativo que se presentaran hasta ochenta y un votos particulares, la mayoría de los cuales, excepto los presentados por el G.P. Podemos Aragón y dos de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón, se aprobaron. Del conjunto de votos particulares que salieron adelante, destacaremos la defensa efectuada del sistema de concesión de obra pública para la ejecución de las depuradoras, basada en el momento en que se optó por él y con independencia de que no fuera en la actualidad el más conveniente. La Comisión, por mayoría, aceptó que el modelo concesional permitió abordar una gran cantidad de obras simultáneamente y en poco tiempo y que, a pesar de la apariencia de un coste mayor que la contratación directa, aquella fórmula también asumía la parte de gasto financiero y la trasmisión de riesgos, además de la construcción y la explotación. En definitiva, aunque sin unanimidad, la Comisión de investigación concluyó que el modelo concesional que dio buenos resultados en el Plan Especial de Depuración no alcanzó sus objetivos en el posterior PIDPA, fundamentalmente ante la dificultad de las concesionarias para acceder a la financiación en los mercados. Aunque el Gobierno de Aragón intentó resolver la problemática negociando, estudiando de nuevo las condiciones, fragmentando las zonas y solicitando financiación al BEI, esta fue, sin embargo, rechazada.

La Comisión de investigación también puso de relieve, por mayoría, que las directivas europeas impusieron obligaciones temporales estrictas para los

(62) Véase en este caso BOCA 319, de 28 de febrero.

años 2000, 2005 y 2015 y que Aragón, entre 1997 y 2001, aprobó una normativa que elevó el listón a unas exigencias superiores a las propias directivas europeas, sobre todo mediante el PSD en 2001. Dichos objetivos eran realmente inalcanzables en esos momentos con un modelo de gestión directa, ante el fin de la financiación de los fondos europeos, la falta de recursos propios suficientes y las dificultades y limitaciones para el endeudamiento público. El Plan Especial de Depuración (se insiste en las conclusiones de la Comisión de investigación) se abordó con un modelo concesional con el objetivo de que no computase como deuda pública y que se trasladaran a las concesionarias los riesgos de construcción, demanda y disponibilidad. En aquel tiempo era fundamental que no computara como deuda, para lo cual se optó por el sistema de concesión de obra pública. Por su parte, el diseño del PIDPA se realizó entre los años 2006 y 2008, momento en el que las previsiones urbanísticas de los municipios del Pirineo estaban en su mayor auge y expectativa, apareciendo a partir de 2011 los problemas de financiación debido a la crisis. La situación de paralización a la que se llegó, sobre todo en el Plan Pirineos, llevó a la Comisión a recomendar que, además de resolver los contratos concesionales que no han seguido adelante, debía apostarse por el sistema de ejecución directa en las zonas que queden por desarrollar, sobre todo en las aglomeraciones de mayor tamaño de los Pirineos, buscando alternativas de construcción más económicas y eficientes.

En segundo lugar, procede dar cuenta del debate surgido en el seno de la segunda Comisión especial de investigación que se constituyó en las Cortes de Aragón en la legislatura que analizamos y que tuvo por objeto «el accidente de la Brigada Helitransportada con base en Alcorisa, ocurrido el 19 de marzo de 2011, para que estudie, analice y depure responsabilidades políticas y se extraiga el conocimiento de las causas que lo provocaron para que se corrijan en el sistema de la aviación española». Creada por el Pleno de las Cortes de 28 de septiembre de 2017 (63), a propuesta de los GG.PP. Podemos Aragón, Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía y Mixto, no fue hasta el 29 de octubre de 2018 cuando se constituyó esta Comisión, hallándose muy condicionados sus trabajos por la falta de colaboración de ciertas autoridades estatales.

Dada la coincidencia temporal de esta Comisión con la de investigación relativa al accidente del vuelo JK 5022 de Spanair, constituida en el Congreso de los Diputados, se intentó propiciar una reunión de ambas con objeto de poder compartir las experiencias acumuladas, pero la convocatoria de elecciones generales y la posterior disolución de las Cortes Generales, el 5 de marzo, hicieron imposible su celebración.

(63) BOCA 185, de 4 de octubre de 2017.

Para entonces, la Comisión de investigación sobre el accidente de la helitransportada se había topado con el inconveniente de que ni el Ministerio de Fomento ni la Agencia Estatal de Seguridad Aérea habían querido remitir la documentación que les fue solicitada y, además, con que ningún representante de dicha Agencia ni de la Comisión de Investigación de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil (CIAIAC) que, en su día, elaboró el informe técnico A-008/2011, sobre el accidente ocurrido el día 19 de marzo de 2011 al helicóptero siniestrado, aceptaron venir a comparecer. En el primer caso, se alegó que la documentación solo era accesible a los organismos públicos que ejercen la supervisión sobre dichas autoridades estatales, pero no frente a las comisiones de investigación de los Parlamentos autonómicos. En el segundo supuesto, se motivó que se cumplía estrictamente el criterio plasmado en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 34/2003, de 6 de febrero, de que una Comisión de investigación autonómica no tiene potestad para requerir la comparecencia de autoridades, funcionarios o agentes de la Administración General del Estado.

Por todo ello, la Comisión de investigación aragonesa incluyó en su Dictamen una protesta expresa sobre esa falta de colaboración pues la inexistencia de obligación legal alguna de proporcionar la información o de comparecer no debía traducirse automáticamente en prohibición de hacerlo. A juicio de la Comisión, el Dictamen del Consejo de Estado contiene una interpretación que supone una clara confusión entre la capacidad parlamentaria de controlar la actuación y, por tanto, de exigir en su caso responsabilidades políticas a determinadas autoridades, que lógicamente solo pueden ser aquellas que actúan en su ámbito territorial y competencial; y su competencia para realizar sus trabajos con base en información especializada. En el caso de la Comisión de investigación sobre el accidente del helicóptero, al requerir la comparecencia de la Directora de AESA o del autor o autores del informe de la CIAIAC A-008/2011, no se trataba de controlar sus actuaciones ni de exigirles responsabilidades, sino de obtener información de quienes puede aportar datos relevantes para el trabajo parlamentario.

Así las cosas y aun con esos inconvenientes que aquejan a todas las comisiones de investigación de los Parlamentos autonómicos, el Dictamen elaborado por la que investigaba el accidente aéreo ocurrido en 2011 en el término municipal de Villastar (Teruel) (64), no pudo derivar responsabilidad política alguna habida cuenta que la causa del siniestro tuvo que ver con un fallo de calidad de una pieza que afectaba a dos empresas, una estadounidense y otra canadiense. Pese a todo, la Comisión recomendó «al Gobierno de Aragón

(64) Aprobado por el Pleno de las Cortes de Aragón, en su sesión de 29 de marzo de 2019, y publicado en BOCA 334, de 5 de abril.

que se revisen periódicamente los criterios de valoración en las comisiones de coordinación entre el Gobierno, SARGA y quien preste en cada momento los servicios aéreos para la extinción de incendios forestales en nuestra Comunidad, de cara a garantizar un seguimiento permanente».

El segundo mecanismo de control parlamentario que ha caracterizado el día a día de la IX Legislatura fue el de la necesaria autorización de la comisión competente en materia de hacienda de las Cortes para determinados expedientes de modificación presupuestaria tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma. Introducido por primera vez en la Ley de presupuestos para el ejercicio 2016 (arts. 4 y 5) y mantenido con ligeros cambios en las sucesivas, su novedad radicaba en exceder del tradicional deber informativo a la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de la ejecución de los presupuestos para pasar a requerirse una autorización previa del Parlamento sin la cual determinados expedientes no podían ser aprobados por el Gobierno de Aragón. Básicamente, las operaciones sujetas al nuevo mecanismo de control han sido las modificaciones de créditos (65) por importe superior a 100.000 euros en los años 2016 y 2017, aunque elevado a 300.000 en la Ley de presupuestos para el ejercicio 2018 (66), así como los gastos de carácter plurianual o de ejercicios futuros por importes superiores a 500.000 euros (67). En la práctica, ello se ha traducido en la deliberación y votación en el seno de la citada Comisión de la necesaria autorización en casi ochocientos expedientes de gestión presupuestaria, concediéndose siempre salvo en cuatro ocasiones (68).

VI. ELECCIÓN DE AUTORIDADES

En el ecuador de la IX Legislatura, tuvo lugar el «desbloqueo de la renovación institucional pendiente en Aragón» (69), con la de los siguientes órganos:

(65) Por ampliación, generación, incorporación o transferencia de créditos.

(66) Arts. 4 y 5 de las Leyes 1/2016, de 28 de enero y 4/2017, de 10 de mayo, así como arts. 47 y 48 de la Ley 2/2018, de 28 de febrero.

(67) Sobre el detalle de los expedientes sujetos, las dudas interpretativas surgidas en la aplicación del mecanismo de control y el modo en que se han resuelto, así como sobre su procedimiento de activación, véase sobre LATORRE VILA (2016: pp. 129 y ss).

(68) Fueron 444 las autorizaciones concedidas en 2016 por un expediente en que se denegó la aprobación; 297 en 2017 y 3 denegaciones, mientras en 2018 se concedieron 54 autorizaciones, no rechazándose la aprobación de ninguno de los expedientes que pasó por la Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública de las Cortes de Aragón.

(69) Así lo califica BERMEJO LATRE (2018: pp. 133 y 134), que cita también la renovación del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (Decreto 146/2017, de 3 de octubre) aunque, a los efectos del presente trabajo, no existe intervención de las Cortes de Aragón.

Consejo Consultivo de Aragón (Decreto 50/2017, de 11 de abril, previa apreciación por la Comisión Institucional de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 10 de abril, del cumplimiento por los propuestos de los requisitos exigidos); Consejo de Administración de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión (Decreto del Presidente Gobierno de 2 de noviembre de 2017, que recoge los nombramientos efectuados en el Pleno de las Cortes de 19 de octubre) y Cámara de Cuentas (sus tres miembros fueron nombrados por sendas Resoluciones de 15 de diciembre de 2017, de la Presidencia de las Cortes de Aragón). La renovación de El Justicia de Aragón, tras estar Fernando García Vicente diecinueve años en el cargo, los últimos cuatro en funciones ante la incapacidad de los partidos de alcanzar un acuerdo, tuvo lugar casi al final de la legislatura (abril de 2018) y con polémica de por medio.

En efecto, a la presentación del candidato al Justiciazgo (el magistrado Ángel Dolado Pérez) por parte de Chunta Aragonesista, le sucedieron los posicionamientos de los partidos y, con ellos, las dudas de algunos acerca de si bastaban los 40 votos anunciados a favor de todas las fuerzas de la izquierda y de Ciudadanos para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida en el artículo 8 de la ley reguladora de aquella institución. Pese a que el informe de la Letrada Mayor de las Cortes de Aragón, elaborado a solicitud del Grupo Popular, defendió con rotundidad que, al conformar la Cámara 67 parlamentarios y suponer los tres quintos 40,2 votos, bastaban 40 apoyos, aquel siguió apelando a que otros expertos sostenían que se necesitarían realmente 41 votos. No obstante, tras anunciar el Grupo Popular que descartaban finalmente judicializar la elección de Ángel Dolado como Justicia de Aragón y que optarían por votar en blanco, el G.P. del Partido Aragonés, que había condicionado inicialmente su respaldo a que los partidos mayoritarios apoyaran al único candidato, optó por el voto afirmativo. En consecuencia, en sesión plenaria convocada el 19 de abril de 2018 con ese único punto del orden del día, el Sr. Dolado Pérez quedó elegido Justicia de Aragón con el voto a favor de todos los Grupos presentes en la Cámara (46 votos), a excepción del Grupo Popular, que votó en blanco (70).

VII. LA CONFLICTIVIDAD CON EL ESTADO A PROPÓSITO DE LA LEGISLACIÓN APROBADA POR LAS CORTES

Habiendo anunciado más arriba la existencia de un recurso de inconstitucionalidad pendiente contra la Ley 8/2018, de 28 de junio, *de actualización de los derechos históricos de Aragón* (al haberse resuelto el otro mediante la STC 159/2019, de 12 de diciembre), nos limitaremos ahora a enumerar los

(70) Vid. BOCA 253, de 5 de junio.

fallos del Tribunal Constitucional que, publicados durante la IX Legislatura, tuvieron como objeto leyes aragonesas y el sentido de los mismos, sin entrar a analizar los fundamentos jurídicos que llevaron a ellos.

En primer lugar, la STC 82/2017, de 22 de junio, estimó el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la Ley 12/2016, de 15 de diciembre, de modificación de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. Señala el Tribunal que una oferta de empleo excepcional y extraordinaria para la estabilización del personal sanitario como la que aquel habilitaba no se ajusta al modelo diseñado por la legislación básica estatal, centrado en la reposición de la totalidad de las bajas y no en la promoción de convocatorias tendentes a la incorporación definitiva de nuevo personal, mediante procesos de consolidación de empleo. En conclusión, la Ley 12/2016 vulneraba las competencias estatales del artículo 149.1.13.º CE, en relación con su artículo 156.1, siendo, por ello, inconstitucional y nulo.

En materia de aguas, se conocieron dos sentencias capitales. Por medio de la STC 116/2017, de 19 de octubre, el Alto Tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón, declarando inconstitucionales los artículos relativos a la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para la gestión de la denominada reserva hídrica de 6.550 hm³ y aquellos que pretendían recoger competencias que afectarían a las cuencas intercomunitarias por contravenir los artículos 149.1.22.º CE y 72 EAAr (71).

Por su parte, en una Sentencia clave dentro del debate político suscitado por la aplicación del ICA en la Comunidad Autónoma en general y, en especial, por su extensión al municipio de Zaragoza (STC 98/2018, de 19 de septiembre), el TC desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su día por 50 diputados del Grupo Parlamentario Podemos-En Comú Podem-En Marea y del Grupo Mixto del Congreso contra la redacción dada a la regulación del citado tributo por la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón. En efecto, el TC «desestima en su totalidad las pretensiones de los recurrentes, declarando la conformidad de todos los preceptos legales impugnados en relación al texto constitucional, sin entrar a valorar la adecuación de la regulación sobre el impuesto a la luz de los principios de derecho ambiental que informan la Directiva Marco del Agua, en tanto dichos principios no suponen parámetro de constitucionalidad y, por tanto, dichas posibles infracciones del Derecho de la Unión Europea resultan ajenas al ámbito de enjuiciamiento del TC. Por lo esencial, se declara la compatibilidad del impuesto sobre la contaminación

(71) Comentan *in extenso* dicha STC CARO-PATÓN CARMONA y ESCARTÍN ESCUDÉ (2018: pp. 626-628).

de las aguas y la tasa municipal por servicios de saneamiento y depuración de aguas, afirmando que entre ambos existen diferencias tanto respecto a su naturaleza tributaria como al hecho imponible que gravan», según ya había declarado en la STC 85/2013, sobre el impuesto vasco de aguas (72).

Siguiendo un orden estrictamente cronológico, el siguiente pronunciamiento a destacar es la STC 104/2018, de 4 de octubre, recaída en este caso en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el artículo 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón. El órgano judicial promotor de la cuestión consideraba que la previsión normativa contenida en el precepto citado de la ley aragonesa podía contradecir lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y, a su través, las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.18.ª CE, dado que la primera norma establecía el silencio positivo respecto de las solicitudes no contestadas de acceso a la información pública, y la ley estatal sienta la regla de la desestimación por silencio. La respuesta del TC, estimativa de la cuestión de inconstitucionalidad, era previsible a la vista de su jurisprudencia anterior sobre la identificación del silencio como una norma integrante del procedimiento administrativo común, pero es reseñable el voto particular del magistrado Conde-Pumpido que afirma debe haber ciertos límites a la capacidad del legislador estatal de establecer el sentido del silencio en cualesquiera procedimientos administrativos, pues dicha determinación del sentido del silencio puede invadir la competencia autonómica para regular los procedimientos *ratione materiae* (73).

Poco después conocimos la STC 137/2018, de 13 de diciembre, que estima el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 14.1 u) de la Ley de las Cortes de Aragón 10/2017, de 30 de noviembre, de régimen especial del municipio de Zaragoza como capital de Aragón, que atribuía al Gobierno de Zaragoza (en lugar de al Pleno) las funciones propias de la junta general de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal. Para el Alto Tribunal, aunque dicha mención no entraba en colisión con la enumeración de las competencias del Pleno de los municipios de gran población que contiene el art. 123 LBRL, lo hace con la atribución a aquel de la aprobación de los estatutos sociales de las

(72) Las frases entrecomilladas corresponden a CARO-PATÓN CARMONA y ESCARTÍN ESCUDÉ (2019: pp. 698 y 699). Reseña asimismo la citada STC FUENTES I GASÓ (2019: pp. 599-602).

(73) Vid. el comentario de la STC que realiza VALENCIA MARTÍN (2019: pp. 375-379) y su apreciación del voto particular por cuanto podría avalar regulaciones del sentido del silencio más garantistas para los ciudadanos en algunas materias, como la que dio pie a dicha cuestión de inconstitucionalidad.

sociedades mercantiles locales ex art. 85 ter.3 de la misma ley. Y es que, zanja el TC, impediría que el Pleno pudiera decidir, al aprobar los estatutos, la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración.

En materia de servicios sociales y vivienda, fueron dos las sentencias del Tribunal Constitucional que tuvieron por objeto normas aragonesas: respectivamente, el Decreto-ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda (STC 5/2019, de 17 de enero) y la Ley resultante de la tramitación parlamentaria de aquél, 10/2016, de 1 de diciembre, *de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón* (STC 21/2019, de 14 de febrero). En dichos pronunciamientos, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la negación de la naturaleza de subvenciones públicas a las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales de Aragón; de la extensión del privilegio de la inembargabilidad de las ayudas y prestaciones públicas al total de estas, así como de la imposición por la ley aragonesa de la mediación obligatoria en la aplicación del código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. El Tribunal Constitucional razonó en ambos pronunciamientos la vulneración que tales previsiones suponían de las competencias estatales sobre la hacienda general, sobre las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica y sobre la legislación procesal, según los casos.

Por último, la STC 74/2019, de 22 de mayo, declaró la inconstitucionalidad del apartado uno del art. 49 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, *de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón*, que añadió un inciso final al art. 5.1 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, *de ordenación del sistema universitario de Aragón*. El añadido condicionaba la implantación de nuevas titulaciones en centros de educación superior privados (Universidad San Jorge) a que no duplicaran las enseñanzas existentes en los centros universitarios de Huesca, Teruel y La Almunia de Doña Godina, en un intento de potenciar estos últimos. Tras recordar el TC su amplia doctrina sobre la autonomía universitaria, no duda en afirmar que forma parte de ella la implantación de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial por lo que, ni aún invocando las competencias autonómicas para asegurar el equilibrio territorial en materia de enseñanza superior, puede restringirse dicha manifestación de la autonomía universitaria constitucionalmente protegida.

VIII. CONCLUSIÓN

El nuevo sistema de partidos políticos en España tuvo su secuela parlamentaria en las Cortes de Aragón en la IX Legislatura en lo que, con la perspectiva del paso del tiempo y habiéndose iniciado ya la X en el momento de escribir estas líneas, no fue sino el anticipo de una mayor complejidad que estaba por venir. El pasar de cinco a siete fuerzas políticas con representación parlamentaria, pero sobre todo la existencia de un gobierno en situación de minoría parlamentaria (20 de 67 diputados) marcaron el día a día de la Cámara entre junio de 2015 y marzo de 2019. Las relaciones entre los Grupos Parlamentarios Socialista y Podemos Aragón se pusieron a prueba en multitud de ocasiones, en las que este último, socio a la postre preferente para el primero, no dudó en reivindicarse como grupo de la oposición. A título ejemplificativo, las tres, que no cuatro por imposibilidad, leyes de presupuestos de la legislatura se fraguaron tras complejas y arduas negociaciones, siendo solo una muestra de la dificultad general para alcanzar acuerdos significativos.

Aunque se haya resentido la gobernabilidad, el escenario descrito propició un mayor protagonismo del Parlamento frente a legislaturas anteriores al no convertirse en una mera correa de transmisión de la voluntad gubernamental, como quedó de manifiesto sin ir más lejos con la introducción de la necesaria autorización parlamentaria de ciertos expedientes de modificación presupuestaria. Si a ello le unimos que las Cortes se dotaron por fin de un nuevo Reglamento, que sustituía al anterior de 1997 y que ha introducido variadas herramientas de participación ciudadana y medidas para hacer más transparente el funcionamiento de la institución, la conclusión ha de ser necesariamente la de la reivindicación de una nueva forma de hacer política. La dialéctica entre dos grandes partidos, matizada históricamente en Aragón por la presencia de una tercera fuerza que daba el gobierno a uno de los dos, se encuentra ampliamente superada. El nuevo escenario querido por los ciudadanos hace precisos los acuerdos a varias bandas, pero, sobre todo, reclama una «nueva» forma de entender la política, que prime los puntos de encuentro sobre los de disenso, en que se había basado la extrema polarización de los últimos años. Nos hallamos ante una nueva transición aunque el reto no es ahora el de asentar la democracia, sino el de regenerarla. Nuevos actores, nuevas reglas, nuevos retos, pero con el mismo propósito de mejorar la vida de los ciudadanos representados.

IX. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARCE JANÁRIZ, Alberto (1999): «Disolución parlamentaria y convocatoria de elecciones autonómicas», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, 1999, pp. 1697-1710 (BIB 1999\2018, pp. 1-8).

- BAR CENDÓN, Antonio (1989): *La disolución de las Cámaras Legislativas en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 405 pp.
- BERMEJO LATRE, José Luis (2016): «Aragón», en VV.AA., *Informe Comunidades Autónomas 2015*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 97-106.
- (2017): «Aragón», en VV.AA., *Informe Comunidades Autónomas 2016*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 145-154.
- (2018): «Aragón», en VV.AA., *Informe Comunidades Autónomas 2017*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 131-146.
- CALAFELL FERRÁ, Vicente Juan (2012): «El nuevo reglamento del Parlamento de las Illes Balears: comentario a la reforma de 15 de marzo de 2011», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 14, pp. 1-18, accesible en el sitio web www.iustel.com
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel y ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor (2018): «Aguas: año de sequía», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2018*, Ciemat, Madrid, pp. 613-632.
- (2019): «Aguas: la precaria política del agua como bien público esencial», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, Ciemat, Madrid, pp. 680-700.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramón (2019): «Administración local: normación reglamentaria y planificación estratégica en materia de medio ambiente», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, Ciemat, Madrid, pp. 598-623.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga (2015): «A vueltas, de nuevo, con el Decreto de convocatoria de elecciones a las Cortes de Aragón: la mal llamada disolución «anticipada» a menos de dos meses de la expiración del mandato y el consiguiente error en invocar el artículo 42.1 LOREG», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 9, pp. 76-98.
- (2016): «La reforma *non nata* de 2013 como base de los actuales trabajos de revisión del Reglamento de las Cortes de Aragón», en *Cuadernos Giménez Abad* núm. 12, pp. 72-120.
- (2019) «El Parlamento abierto como respuesta a la desafección ciudadana en el nuevo Reglamento de las Cortes de Aragón» en VV.AA., *Una vida dedicada al Parlamento. Estudios en homenaje a Lluís Aguiló i Lúcia*, Corts Valencianes, Valencia, pp. 251-263.
- LATORRE VILA, Luis (2016): «El control por las Cortes de Aragón de la ejecución de los presupuestos de la Comunidad Autónoma: su preceptiva autorización para la tramitación de expedientes de gestión presupuestaria», en *Cuadernos Giménez Abad*, núm. 12, pp. 121-144.

- RIDAURA MARTÍNEZ, María Josefa (2006): «El funcionamiento de los parlamentos autonómicos», en Pablo OÑATE RUBALCABA (Coord.), *Organización y funcionamiento de los parlamentos autonómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 85-133.
- RUBIO NUÑEZ, Rafael y VELA NAVARRO-RUBIO, Ricardo (2017): *El Parlamento abierto en el mundo, evolución y buenas prácticas. 125 instrumentos de apertura parlamentaria*, Monografías Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique (2007): «Notas sobre la reforma del Estatuto de Autonomía en la reforma del Reglamento de Corts Valencianes», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18, pp. 235-247.
- TUDELA ARANDA, José (1998): «La reforma del Reglamento de las Cortes de Aragón en el contexto del parlamentarismo autonómico», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, pp. 23-59.
- VALENCIA MARTÍN, Germán (2019): «Jurisprudencia constitucional: fracking, punto y final», en Fernando LÓPEZ RAMÓN (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, Ciemat, Madrid, pp. 306-407.

BIBLIOGRAFÍA

Mercedes FUERTES: *Las desventuras del dinero público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

La obra que aquí se recensiona, tiene por objeto explicar el destino y finalidad que se ha dado al dinero público, provocando en determinadas ocasiones unas deudas que se han arrastrado durante décadas. En el propio título del libro, se encuentran las principales hipótesis de lo que va a ser objeto de desarrollo a lo largo del mismo. La primera de ellas consiste en describir distintos casos donde el dinero público ha sufrido una serie de desventuras, un quizá mal uso del dinero público que ha provocado auténticos problemas en las arcas de la hacienda pública. La segunda hipótesis relacionada con la primera, alude al principio de riesgo y ventura. Por ello, la investigación se divide en una serie de bloques diferenciados, centrándose la autora en el primero de ellos en tres casos concretos, todos ellos a día de hoy en los Tribunales, y caracterizados por provocar ingentes cantidades de deuda pública.

En el primero de los casos que aborda en el primer bloque, la autora resume los problemas ocasionados con el proyecto Castor, un proyecto que consistía en la construcción de un depósito estratégico artificial de gas natural situado frente a las costas de Castellón y Tarragona, remontando la explicación desde sus inicios en 1996. Por desgracia este desastre tanto de forma de gestión de dinero público, como las consecuencias de carácter medioambiental que provoca, no se quedan en una experiencia aislada, sino que la autora aborda y resume un segundo caso muy cercano en el tiempo, que fue el que ocasionó la creación de nuevas autopistas en el área metropolitana de Madrid, retro trayéndonos a 1997 donde el Ministro de Fomento de la época declaró de excepcional interés público y de urgente necesidad la ejecución de nuevas autopistas peaje. Pero parece que no aprendemos puesto que la autora aún puede sacar un tercer supuesto de desventura del dinero público, explicando con detalle el proyecto hispano-francés, el cual tenía por objeto ligar Barcelona con las ciudades francesas mediante un tren de alta velocidad.

Una vez finalizado el primer bloque explicando los casos de mala gestión del dinero público en nuestro país, en el segundo bloque aborda la problemática que subyace en la forma de entender el principio de riesgo y ventura, y en cómo en muchas ocasiones, predicándose la existencia del mismo, las concesiones se convertían en contratos donde la actividad a «riesgo y ventura» del contratista, brillaba por su ausencia. Y es que tras analizar toda la problemática que las distintas concesiones han provocado, señala como causa principal de ese problema la propia normativa, el propio texto legislativo, ya

que éste ha producido un debilitamiento del principio de riesgo y ventura del contratista puesto que frente a la prédica tradicional de que el concesionario asumía tanto la ventura como los riesgos, los textos normativos posteriormente esparcen a lo largo del articulado muy diversos mecanismos de asistencia y compensación a favor del concesionario «desventurado».

La autora casi de forma inconsciente termina por establecer el patrón común de los tres casos analizados, siendo este patrón el que ha provocado las grandes cantidades de deuda que ha terminado soportando la Hacienda Pública y por consiguiente, los consumidores. Un problema común a las tres concesiones a pesar de que cada una de ellas respondan a necesidades tan distintas —almacén de gas natural, un proyecto de autopistas y un proyecto hispano francés para unir los países por vía ferrea—. Y es que la propia autora, tras la realización de un excelente y minucioso examen en cada uno de los casos partiendo del inicio de la concesión, termina por indicar como causas principales de los fracasos, entre otros, las estadísticas en el consumo, dado que observa que en todos los casos, se partía de auténticos porcentajes crecientes de consumo, perspectivas de crecimiento lejos de la realidad, que provocaban que cuando se ponía en funcionamiento la concesión, casi desde el primer momento empezará a generarse una deuda cada vez mayor.

Otro de los problemas en los que centra la autora el fracaso de estos proyectos ha sido la falta de control por parte del Gobierno de los costes, de un correcto control de costes en los proyectos. Si bien no obstante, a pesar de estos vaivenes en la investigación se explica el esfuerzo por parte del Gobierno de establecer normativa que permita tener un control mayor sobre estas concesiones, así como tratar de desarrollar el principio de riesgo y ventura de forma correcta, evitando que sea la propia normativa la que cargue de deudas a la Hacienda Pública y que los concesionarios asuman realmente el riesgo que les corresponde. Se indica que el propio Consejo de Estado, ha recordado los trazos básicos de los principios económicos de las concesiones, que pueden generar una asistencia por parte del Estado para tratar de paliar algún riesgo pero que eso no puede suponer el aseguramiento de un beneficio en la explotación.

La parte final de la obra establece los mecanismos y mejoras que se han llevado a cabo en la nueva Ley de contratos del sector público, partiendo la autora de la existencia de dos circunstancias que han motivado un cambio en lo que es ahora la normativa vigente, derivando la primera de ellas de los problemas vividos con las autopistas radiales o el almacén subterráneo, y la segunda del derecho europeo, el cual porfía en evitar una compensación íntegra de las inversiones y los costes en la ejecución de la obra porque, de existir, se rechaza el carácter de concesión. Con esto se termina llegando a la conclusión de que en cierto sentido se ha vuelto a la regulación del siglo XIX,

con más precisiones y complejidad, puesto que por un lado se han mantenido las previsiones cuando se señala a la Administración como causante de la resolución del contrato, debiendo abonar el valor no amortizado de las inversiones (Art. 280 LCSP), pero cuando la administración no sea responsable de la resolución del contrato, el concesionario recibirá el valor que el mercado dé a las instalaciones.

Finalmente, a pesar de las desventuras la autora trata de plasmar instrumentos que han aparecido con la nueva ley, con objeto de evitar situaciones como las analizadas anteriormente. Instrumentos como por ejemplo la ambiciosa «Estrategia Nacional de Contratación», recogida en el art. 334 LCSP, o la introducción, siguiendo exigencias del Derecho de la Unión Europea, de la posible realización de «consultas preliminares al mercado», recogido en el art. 115 LCSP, también se ha creado una Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la contratación y en su seno se ha establecido una unidad administrativa con el nombre de «Oficina Nacional de Evaluación», arts. 332 y siguientes LCSP.

Para terminar, se abordan las distintas formas de financiación de las obras públicas, los distintos mecanismos existentes en la ley para atraer financiación privada, señalando que estos a pesar de la aprobación de sucesivas reformas legales, perviven hoy con muy leves cambios en la normativa vigente. Enumera y explica entre otros, la emisión de obligaciones u otros títulos de deuda, la hipoteca de las concesiones, la existencia de créditos participativos, incluso también señalaba que en la posibilidad de apoyo público también se podían incluir subvenciones, anticipos reintegrables, diversas modalidades de préstamos, etc., si bien, no obstante hay que señalar que en la primera parte del estudio, cuando se desarrollaban los tres casos que provocaron deudas a la Hacienda pública, se establecía como una de las causas que habían generado tales conflictos las cesiones de créditos y pignoración de algunos derechos, dado que esos derechos pasaban de ser derechos económicos a ser auténticos valores negociables, donde pasaban de las manos que demandaban liquidez a otras que los adquirirían como una forma de inversión. De ahí que se subraye por la autora que con el fin de reducir tales riesgos, se introdujeran ya en 2015 relevantes cautelas, como que tales derechos solo podrían pignorararse en garantía de deudas que estuvieran relacionadas, vinculadas con la concesión, y además debían autorizarse de manera previa por el órgano de contratación y publicarse en el Boletín Oficial correspondiente (actualmente contenido en el párrafo 3º del art. 273 LCSP)

En mi opinión, el hecho de que se centre y explique las desventuras del dinero público con ejemplos reales y «recientes», porque a pesar de haber pasado años, algunos siguen abiertos en los tribunales, nos ayuda a comprender la importancia de una buena gestión del dinero público y las graves

consecuencias no solo de carácter medioambiental, sino de carácter social que se pueden generar, al arrastrar deudas tan cuantiosas, que finalmente termina asumiendo el Estado, y por ende, todos los ciudadanos. Creo que cada vez más la ciudadanía va siendo consciente de la NECESIDAD de una buena gobernanza y correcta gestión del erario público, ya no solo por evitar deudas que podrían sortearse con una buena gestión, sino que dependiendo de cómo se administre el dinero, y del correcto control que ejerza la Administración Pública, ahí está la clave, se puede conseguir un nivel de bienestar y de servicios mucho más eficiente con el mismo presupuesto.

Si bien, a mi modo de ver, este objetivo no puede conseguirse por la administración pública de forma independiente, dado que el hecho de vivir en una sociedad y en una economía de mercado, crea la necesidad de que existan relaciones entre los diversos operadores que actúan en el mismo. La administración tendría que aprender y fijarse en la formación que otorga la empresa privada de forma continua a sus empleados para conseguir que estén actualizados y sean eficientes. Y es que, el ámbito de la contratación pública no es un «cajón estático», sino que está en continua actualización, y lo podemos ver con la nueva LCSP de 2017, que traspone directivas de la UE. Es decir, es un derecho conectado, en constante evolución, de ahí la necesidad de que la Administración prepare de forma eficiente y continuada a sus empleados a efectos de poder llevar a cabo una correcta contratación pública, que permita una mayor eficiencia con los recursos públicos y que garantice un mayor control a efectos de evitar las situaciones descritas en el libro.

Hay que aprender de los errores cometidos para tratar de evitar que situaciones como las analizadas por la autora vuelvan a repetirse, y eso pasa también por un cambio legislativo, como hemos visto recientemente con la nueva ley. El principio de riesgo y ventura tiene que ser claro, y tiene que suponer la existencia de un equilibrio, no solo para el concesionario, sino también para la propia Administración Pública, ya que con esto no se protege solo a la administración como tal, sino a los erarios públicos, garantizando que cada parte asuma lo que le toque. Y con todo esto se observa la necesidad de un cambio, puesto que al final el problema se repite con independencia del tipo de concesión que se trate, porque se trata de un problema de fondo, en la forma de actuar y en la normativa existente que provoca situaciones como estas, siendo lo de menos el tipo de concesión administrativa a realizar, de ahí la necesidad de establecer una normativa correcta que evite y se anticipe a este tipo de situaciones.

En mi opinión la autora, a pesar de explicar con detalle cada uno de los tres problemas que provocaron una gran deuda en la Hacienda pública, los cuales, si se hubieran realizado los contratos con mayor rigor y seriedad podrían haberse evitado, o por lo menos haber limitado las indemnizaciones

BIBLIOGRAFÍA

si se hubiera aplicado de forma correcta el principio de riesgo y ventura, trata de demostrar en cierta manera una tendencia al cambio, quizá no suficiente.

Habrá que esperar a que se desarrolle la Ley en su totalidad y los nuevos instrumentos comiencen a desenvolverse en la vida económica para ver si ha habido una evolución en el buen sentido.

Paula MATEOS BARRIL

Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Conservar el patrimonio natural*, Madrid, Editorial Reus, 2019, 195 pp.

I. El patrimonio natural constituye uno de los instrumentos dispuestos por el ordenamiento jurídico para preservar la conservación de la naturaleza. A la idoneidad de este término para vertebrar las políticas contemporáneas de conservación y su importancia como concepto expresivo de los valores de la biodiversidad dedica el profesor Fernando López Ramón, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, la presentación de su obra. Tal es así en la medida en que este concepto comprende la protección de la biodiversidad en todas sus manifestaciones («biológica, genética, de poblaciones y de especies» y «los ecosistemas naturales, la diversidad geológica y el paisaje»), además de ser un concepto útil desde el plano social y económico, de tal suerte que, el patrimonio natural se configura como cosa común de la humanidad en el que se incluyen bienes de titularidad pública y privada a los que se aplican, con el objetivo de garantizar las características ecológicas de los elementos que lo integran, las medidas necesarias para un adecuado mantenimiento de la biodiversidad.

El patrimonio natural, su conservación, constituye el hilo conductor de los doce trabajos que componen este libro en el que se cuenta la vieja y nueva historia del conservacionismo en España. Se trata de estudios publicados entre los años 2010 y 2018 como capítulos de libros en obras colectivas y artículos en las principales revistas iusadministrativistas de nuestro país (*Revista Aragonesa de Administración Pública*, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, *Revista Ambiental*, *Revista Española de Derecho Administrativo* y *Revista de Administración Pública*), que se reúnen ahora bajo un mismo *leitmotiv*, y que, como el propio autor explica, han sido modificados convenientemente «intentado homogeneizar formas y contenidos» para acoplarlos al «sistema nuevo que se ofrece en este libro». El resultado final es una obra bien trabada que da un nuevo valor y refuerza el contenido de los trabajos seleccionados al quedar todos ensamblados en torno al patrimonio natural como protagonista y pieza clave de las políticas ambientales de conservación.

II. En cuanto a la estructura de la obra, los doce trabajos que la componen se distribuyen en tres grandes bloques temáticos. El primero, sobre la evolución conceptual de la conservación, en el que se realiza una valoración crítica de la trayectoria experimentada en el régimen legal de protección de la biodiversidad y se analizan las diversas perspectivas y técnicas de actuación, acometiendo el estudio del paisaje en particular como elemento ambiental y

forma del territorio. El segundo bloque se refiere a los parques nacionales como figura más emblemática de los espacios naturales protegidos, y en él se aborda el régimen competencial en cuanto a la declaración, planificación y regulación de este símbolo de la conservación, presentándonos, en concreto, el nacimiento de dos parques nacionales, el de Guadarrama y el de Ordesa. El tercer bloque está dedicado a los problemas modernos de los sistemas de conservación que el autor concreta en: la declaración y desclasificación de los espacios naturales que se analiza desde la perspectiva de las leyes singulares y del principio de no regresión; el grado de compromiso del ordenamiento español con el objetivo de conectividad de los hábitats; el proceso de institucionalización de los bancos de conservación; y, por último, los supuestos susceptibles de indemnización como consecuencia de las privaciones singulares del régimen de los espacios naturales protegidos.

En el examen de todas estas temáticas es destacable el extraordinario manejo de las fuentes doctrinales, jurisprudenciales y normativas más significativas a fin de determinar y, en su caso, esclarecer las cuestiones más controvertidas o problemáticas de la materia objeto de estudio. En efecto, el tratamiento que el profesor LÓPEZ RAMÓN acomete de cada uno de los temas que plantea trasciende la exposición analítica desde el Derecho internacional, europeo, constitucional y administrativo, estatal y autonómico, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional y la doctrina más cualificada, llegando a extraer conclusiones y a formular propuestas que ofrecen soluciones o constituyen reflexiones en torno al estado actual del régimen de tutela y conservación del patrimonio natural.

III. En el recorrido histórico que del régimen de protección de la biodiversidad profiere el autor en los capítulos iniciales se evidencian los cambios experimentados tanto de las perspectivas como de las técnicas de intervención. El compromiso constitucional en materia de medio ambiente, el desarrollo y la actividad de las comunidades autónomas y las exigencias del Derecho europeo marcan el curso de esta evolución que el autor inicia en la Ley de Parque Nacionales de 1916. Arranca aquí una historia de protección de la naturaleza que centra la atención en «el bosque como objeto de explotación controlada», que se mantiene con la Ley de Montes de 1957 y se consolida con la creación del Instituto Nacional de Conservación de la Naturaleza (ICONA) en 1971, organismo autónomo que centrará su intervención en el ámbito forestal hasta su supresión en 1995. Esta preponderancia de la «forestación» respecto de la conservación de otros recursos (aguas, costas, marismas) no se altera con la aprobación de la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 1975, ley que se revela «escasamente innovadora» en palabras del autor. A la «débil» y «decepcionante» intervención proteccionista del Estado hasta entonces, se suman, en la década de los años ochenta del siglo pasado, la actuación de las comunidades autónomas que pronto comienzan a aprobar leyes generales

mediante las que impulsar la conservación de la naturaleza en sus respectivos territorios. Con la aprobación en 1989 de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna, legislación estatal de carácter básico, se generalizan y amplían las técnicas modernas de gestión de los espacios y los recursos naturales. El último hito en la evolución de la normativa conservacionista lo constituye la Ley de Patrimonio Natural de 2007 (considerablemente reformada en 2015) que presenta tanta continuidad con la anterior que lleva al autor a cuestionarse sobre la conveniencia de su aprobación.

En este contexto de gestión descentralizada de las políticas de conservación de la biodiversidad, los postulados medioambientales europeos suponen un avance hacia la coordinación de la gestión, fundamentalmente mediante la puesta en marcha de la Red Natura 2000. En esta red deposita el autor una gran confianza al considerarla un adecuado sistema de conservación de la biodiversidad integrado en el territorio «de manera que los espacios naturales protegidos no se presentan como figuras aisladas sino, junto con otras medidas conservacionistas, como elementos de la ordenación territorial». Y, quizás por ello, se muestra especialmente crítico en cuanto a los problemas e incertidumbres que rodean el pleno desenvolvimiento de esta red ecológica debido, fundamentalmente, a la carencia de un adecuado régimen jurídico y a la ausencia de una necesaria articulación jurídica de las redes autonómicas de espacios protegidos.

IV. Los parques nacionales son los protagonistas destacados en la evolución del conservacionismo. El segundo bloque temático de la obra refiere la línea evolutiva de su regulación que transcurre a lo largo de siete leyes, orientadas las cuatro primeras (1916, 1957, 1975 y 1989) a definir el modelo de intervención pública en la materia, y la tres últimas (1997, 2007 y 2014) a delimitar el alcance competencial, estatal y autonómico, sobre los parques nacionales. En particular, el autor narra, de manera fluida y bien documentada, la trayectoria administrativa de dos simbólicos espacios naturales como son los parques nacionales de Ordesa y Guadarrama en sendos capítulos en los que se trasluce el paso de un modelo sustentado en la conservación de unos pocos espacios forestales considerados de gran belleza paisajística hacia una protección efectiva de los parques nacionales mediante el establecimiento de amplios objetivos generales de tutela del ambiente natural a través de la incorporación de técnicas de planificación de los recursos naturales.

Pero el verdadero problema asociado a esta «figura emblemática» es el relativo al régimen competencial, como se desprende de las sucesivas reformas de la legislación estatal y de la abundante jurisprudencia constitucional recaída al respecto. De las incidencias producidas desde uno y otro lado da buena cuenta el autor, con rigor y precisión analítica, ponderando los aciertos y deméritos en el proceso de delimitación de las competencias para la decla-

ración, la planificación y regulación, y la gestión de los parques nacionales. El punto de partida de este disputado proceso de determinación de las competencias en relación con los espacios naturales protegidos, incluidos los parques nacionales, se sitúa en el alcance de la legislación básica estatal recogida en la Ley de Conservación de los Espacios Naturales de 1989 y sobre el que se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia 102/1995. Sobre la base de la distinción entre declaración y gestión, se reconoce la competencia estatal para declarar los parques nacionales («su mera existencia reúne todos los rasgos de lo básico por su carácter selectivo y primario en la materia», FJ 21), rechazando, sin embargo, la competencia estatal para establecer su régimen de gestión. En relación con este pronunciamiento, el autor subraya las dificultades de amparar en el marco constitucional que la legislación básica estableciera una directa competencia estatal de declaración de los parques naturales atribuyendo a las comunidades autónomas una simple facultad de propuesta no vinculante, y que, a la postre, llevaron al legislador estatal a configurar la declaración de los parques nacionales como competencia compartida que necesita del acuerdo entre el Estado y las comunidades autónomas afectadas por la declaración de cada parque nacional.

Con respecto a la gestión, también se han sucedido los pronunciamientos del Alto Tribunal, no sin polémica, admitiendo que la legislación básica asegure un régimen de especial intensidad que no puede comprender la totalidad del régimen jurídico del parque nacional ni su gestión, cuya competencia corresponde de forma plena a las comunidades autónomas. En concreto, se analizan con detenimiento tres sentencias cuyos argumentos van a ser aplicados para resolver otros conflictos planteados: la STC 306/2000, en relación con las competencias estatales sobre planificación de los recursos naturales, referidas en este asunto a los contenidos del plan de ordenación de recurso natural (PORN) de Picos de Europa; la STC 194/2004, sobre el sistema de cogestión de los parques nacionales previsto en la Ley de Conservación de los Espacios Naturales; y la STC 331/2005, relativa a las competencias estatal y autonómica para el establecimiento del régimen jurídico especial de protección del espacio natural de Doñana. Tras su minucioso examen, concluye el autor que más que contradicciones lo que en verdad se ha producido en la jurisprudencia constitucional ha sido una evolución al hilo de las pretensiones estatales de asumir funciones directivas de regulación y gestión de los parques nacionales.

V. La tutela del patrimonio natural se ha articulado a través de la aprobación de complejos sistemas legales. La proliferación de leyes estatales y autonómicas referidas a la conservación de los espacios naturales refleja una variada tipología cuyo estudio acomete el autor desde la teoría de la ley singular con el objeto de comprobar su impacto en el ámbito de la conservación de la biodiversidad, esto es, su incidencia sobre la protección o desprotección de los espacios naturales, al incluirlos en un régimen jurídico especial o excluir el

espacio natural de ese sistema de tutela, de manera que la ley que la ordena tiene el carácter de singular. Del análisis de la jurisprudencia constitucional, el autor constata una evolución desde las primeras sentencias (caso Rumasa II, STC 166/1986; caso Manzanares 170/1989; caso Itoiz STC 73/200), que consideraban salvaguardado el derecho a la tutela judicial por la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, hacia una nueva postura que establece el criterio de la garantía equivalente a la judicial contra la ley singular expropiatoria (caso Parlamento de Canaria, STC 48/2005; caso Ciudad del Medio Ambiente 203/2013; caso Fuentes Carrionas, STC 50/2015); doctrina que se ve reforzada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Boxus, STJUE de 18 de noviembre de 2011; caso Solvay, STJUE de 16 de febrero de 2012).

El proceso de incorporación del principio de no regresión al régimen de desclasificación de los espacios naturales protegidos en el ordenamiento español constituye otra de las perspectivas desde las que el autor aborda la tutela de la biodiversidad. También en este punto el examen riguroso de la legislación europea, estatal y autonómica, y de la jurisprudencia constitucional y europea, conforman la opinión del autor llegando a considerar el principio de no regresión ambiental «un arma formidable» para oponerse a las desclasificaciones legales o administrativas de espacios naturales protegidos determinadas por la realización de obras públicas o proyectos privados, hasta llegar a la conclusión de que, en último término, únicamente la degradación natural irreversible del espacio natural protegido científicamente demostrada podría justificar su desclasificación.

En la misma línea de poner de manifiesto la problemática asociada a los sistemas modernos de conservación, se examinan en particular los diversos instrumentos relativos a la conectividad ecológica, el régimen legal de los bancos de conservación y los requisitos para la indemnización a los afectados por el régimen de los espacios naturales protegidos. En el primer caso, el autor afirma que, si bien están disponibles las herramientas jurídicas necesarias para la conectividad de los hábitats, el reto está ahora en aplicar todas estas técnicas, especialmente: los PORN, los procedimientos de evaluación del impacto ambiental, las grandes infraestructuras como carreteras y ferrocarriles, la función ambiental de la legislación demanial sobre el régimen de las riberas y las vías pecuarias, así como los planes territoriales y urbanísticos como potenciadores de los corredores ecológico. En relación con la segunda cuestión planteada como problemática, el autor refiere las discrepancias políticas y las críticas doctrinales generadas como contexto en el que se ha gestado la regulación legal de los bancos de conservación que califica de incompleto y que ha llevado a la parálisis de la institución, y propone al respecto un «amplio y sosegado proceso de reflexión especializada» dirigido a establecer *ex novo* un completo régimen legal de la materia. En cuanto al tercer y último problema

BIBLIOGRAFÍA

identificado, sobre la base del análisis de la casuística legal y jurisprudencial, el autor señala la posibilidad de diseñar un «retrato típico» de las privaciones singulares derivadas del régimen de los espacios naturales protegidos que vendrían determinadas por la concurrencia de dos requisitos: afectar a usos y actividades permitidos en suelo no urbanizable y encontrarse efectivamente en ejercicio por los particulares. Tal cláusula indemnizatoria no exime, en todo caso, el resarcimiento de otras situaciones ablatorias de los derechos e intereses patrimoniales para los que sería aplicable la general responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

VI. La publicación de este libro viene a incrementar, en definitiva, las aportaciones doctrinales que el profesor Fernando LÓPEZ RAMÓN lleva realizando desde muy temprano y de forma muy significativa en el marco del Derecho ambiental, con obras que constituyen un referente en la materia, tales como *La protección de la fauna en el Derecho español* (1980), *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos* (1980), *Principios de Derecho Forestal* (2002), o *Política ecológica y pluralismo territorial* (2009). Este libro que reseñamos constituye un testimonio más de una larga trayectoria investigadora coherente y comprometida con el cuidado y la preservación del patrimonio natural desde su más profundo conocimiento.

Flor ARIAS APARICIO