

Revista Aragonesa
de
Administración Pública

53
Junio 2019

REVISTA ARAGONESA
DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

53

Junio 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

Dépósito Legal: Z 730-1993

Realización: Talleres Editoriales COMETA, S.A.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Sergio PÉREZ PUEYO
Director General de Administración Local, Gobierno de Aragón

Julio EMBID LÓPEZ
Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario

Manuel GALOCHINO MORENO
Director General de Presupuestos, Financiación y Tesorería, Gobierno de Aragón

Agustín GARNICA CRUZ
Director del Instituto Aragonés de Administración Pública

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

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

María Arántzazu MILLO IBÁÑEZ
Directora General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, Gobierno de Aragón

José BERMEJO VERA
Presidente del Consejo Consultivo 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

JOSÉ BERMEJO VERA *IN MEMORIAM*

En recuerdo del prof. José Bermejo Vera (1946-2019), catedrático emérito de Derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza, presidente del Consejo Consultivo de Aragón, miembro del consejo de redacción de esta REVISTA.

SUMARIO

RArAP núm. 53 (junio 2019)

	Páginas
José Bermejo Vera <i>in memoriam</i>	5
<i>Lista de evaluadores de la Revista Aragonesa de Administración Pública</i>	8
<i>Lista de colaboradores</i>	12
ESTUDIOS	
G. VALENCIA MARTÍN: <i>Silencio administrativo común y especial</i>	14
L. CASADO CASADO: <i>El acceso a la información ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro</i>	90
I. PÉREZ-SOBA Y C. JIMÉNEZ SHAW: <i>Interfaz urbano-forestal e incendios forestales: regulación legal en España</i>	158
A. PALLARÈS SERRANO: <i>Análisis de la regulación estatal en materia de mitigación del cambio climático en el ámbito de los sectores difusos</i>	220
DEBATES	
M. CAMPINS ERITJA: <i>La regulación de la biotecnología moderna en la Unión Europea</i>	273
C. AYMERICH CANO: <i>Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017</i>	306
C.E. FALCÓN PÉREZ: <i>Valorando políticas públicas de renovación en áreas turísticas maduras</i>	344
JURISPRUDENCIA	
J.M. BELTRÁN CASTELLANOS: <i>Últimos avances en la aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental</i>	385
C. HERNÁNDEZ LÓPEZ: <i>El Fondo Nacional de Eficiencia Energética. A propósito de la STJUE de 7 de agosto de 2018</i>	413
J. PÉREZ SANCHO: <i>La controversia competencial sobre las concesiones de almacenamiento geológico de dióxido de carbono</i>	437
DERECHO COMPARADO	
V.R. HERNÁNDEZ MENDIBLE: <i>Régimen jurídico del patrimonio natural en Venezuela</i> ..	481
BIBLIOGRAFÍA	
J.M. BELTRÁN CASTELLANOS, <i>Fauna exótica invasora</i> , 2019 (S.M. ÁLVAREZ CARREÑO)...	531
F. LÓPEZ MENUDO, <i>La Administración consultiva y su desconfiguración como sistema</i> , 2019 (F. LÓPEZ RAMÓN).....	534
J.M. SANTOS, <i>La batalla por la paz</i> , 2019 (F. LÓPEZ RAMÓN).....	536

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
Contratado Doctor, 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

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago: profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

AYMERICH CANO, Carlos: profesor titular de Derecho Administrativo, Universidade de A Coruña.

BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel: profesor ayudante de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

CAMPINS ERITJA, Mar: catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Barcelona.

CASADO CASADO, Lucía: profesora titular de Derecho Administrativo, Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

FALCÓN PÉREZ, Carmen-Esther: profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia: profesora contratada doctora de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.

HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor-Rafael: director del Centro de Estudios de Regulación Económica, Universidad Monteávila (Venezuela).

JIMÉNEZ SHAW, Concepción: doctora en Derecho, abogada, Madrid.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.

PALLARÈS SERRANO, Anna: profesora contratada doctora, Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

PÉREZ SANCHO, Jorge: graduado en Derecho, Universidad de Zaragoza.

PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio: doctor ingeniero de Montes, jefe de la sección de Defensa de la Propiedad, Gobierno de Aragón, Zaragoza.

VALENCIA MARTÍN, Germán: profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.

ESTUDIOS

SILENCIO ADMINISTRATIVO COMÚN Y ESPECIAL

COMMON AND SPECIAL ADMINISTRATIVE SILENCE

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES: 1. Los tres momentos clave en la formación de la doctrina constitucional al respecto. 2. La distinción entre procedimiento administrativo común y especiales por razón de la materia: A) El origen de la distinción: la STC 227/1988. B) Precisiones adicionales sobre la STC 227/1988. C) Consolidación y matizaciones posteriores. 3. La limitada admisión de reglas del procedimiento administrativo común especiales por razón de la materia: A) Introducción: cláusula de estilo. B) El origen remoto de la categoría (STC 61/1997). C) Conclusiones: una excepción de escaso (aunque relevante) recorrido. 4. La introducción del concepto de procedimiento administrativo común «singular»: A) Planteamiento. B) La STC 130/2013. C) El voto particular. D) Aplicaciones posteriores. 5. Balance: dos excepciones potentes, pero de alcance limitado.– III. LA INCARDINACIÓN DEL SILENCIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN: 1. Los dos momentos de la jurisprudencia constitucional. 2. La visión global del silencio como parte integrante del procedimiento administrativo común (STC 23/1993). 3. La discriminación de elementos (SSTC 166/2014 y 155/2016). 4. La tarea pendiente: el sentido del silencio.– IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO COMÚN Y ESPECIAL: 1. Actuaciones urbanísticas en suelo rural (STC 143/2017): A) Antecedentes. B) La sentencia. C) Valoración personal. 2. Licencia de actividad (STC 70/2018): A) Antecedentes. B) La sentencia. C) Reflexión final. 3. Acceso a la información (STC 104/2018): A) Antecedentes. B) La sentencia. C) El voto particular. D) Implicaciones en la esfera ambiental.– V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: 1. Balance de la doctrina establecida por las SSTC 143/2017, 70 y 104/2018. 2. Una doctrina plausible en términos de coherencia mínima con el modelo actual de regulación del silencio: A) El modelo actual de regulación del sentido del silencio. B) Niveles de coherencia. C) Mínimo de coherencia. 3. Una posible propuesta alternativa.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la reciente jurisprudencia constitucional sobre la competencia para determinar el sentido del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (SSTC 143/2017, 70/2018 y 104/2018), de la que resultan tres tipos de silencio, que en el trabajo se denominan común general y especial y privativo o doblemente especial, solo este último ajeno a la esfera del procedimiento administrativo común, intentando indagar las razones de esta curiosa tipología, en principio desfavorable para los intereses de las Comunidades Autónomas. El examen de esta jurisprudencia a la luz conjunta de la doctrina constitucional sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, y

sobre el grado de pertenencia del régimen del silencio al ámbito del procedimiento administrativo común, lleva al autor a hacer una valoración final esencialmente positiva de la misma, entendida en términos de exigencia constitucional de al menos un mínimo de coherencia con el actual modelo de regulación del silencio libremente escogido por el legislador estatal competente en materia de procedimiento administrativo común.

Palabras clave: silencio administrativo; distribución de competencias; procedimiento administrativo común; procedimientos especiales.

ABSTRACT: This paper analyzes the recent constitutional jurisprudence on competence to determine the sense of administrative silence in the procedures initiated at the request of the interested party (SSTC 143/2017, 70/2018 and 104/2018), resulting in three types of silence, that in the paper are called common general and special and exclusive or doubly special, only the last one outside the sphere of the common administrative procedure, trying to investigate the reasons of this curious typology, in principle to the interests of the Autonomous Communities. The examination of this jurisprudence in the joint light of the constitutional doctrine on the distinction between common administrative procedure and special procedures, and on the degree of belonging of the silence regime to the scope of the common administrative procedure, leads the author to make an essentially positive final assessment of it, understood in terms of constitutional requirement of at least a minimum of coherence with the current model of regulation of silence freely chosen by the state legislator competent in matters of common administrative procedure.

Key words: administrative silence; distribution of powers; common administrative procedure; special procedures.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los capítulos más llamativos de la jurisprudencia constitucional sobre temas competenciales es, en mi opinión, el relativo a la distinción a estos efectos entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, es decir, sobre la interpretación del inciso del art. 149.1.18 CE que atribuye al Estado competencia para regular «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas».

De entrada las cosas parecen sencillas, y la propia jurisprudencia constitucional las plantea de forma clara y convincente. Dicho simplificadoamente, el procedimiento administrativo común, y con ello el alcance de esta competencia estatal, vendría integrado por las reglas de común aplicación a la generalidad de los procedimientos administrativos, de innecesaria reiteración al desarrollar la tramitación de concretos procedimientos especiales por razón de la materia, sin incluir obviamente estos últimos, cuya regulación correspondería al legislador provisto de la correspondiente competencia sustantiva (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32).

Las dudas comienzan a la hora de concretar la sede capaz de albergar las normas integrantes del procedimiento administrativo común. Las cosas resultarían más simples si la jurisprudencia constitucional, con un enfoque de tipo formal, exigiera que este tipo de normas se emplazaran necesariamente en la ley de esta denominación [hoy, la Ley 39/2015 (1)], calificando automáticamente como reglas especiales de procedimiento las dispersas a lo largo de la legislación sectorial de cualquier procedencia, entrando a valorar únicamente en estos casos la disponibilidad o no de la pertinente competencia sustantiva (2).

Pero obviamente un enfoque de estas características no puede tener más que un valor indiciario, y la jurisprudencia constitucional (sin duda con razón) apuesta por un tratamiento más sustancial de la cuestión, tratando de discernir entre lo «común» y lo «especial» con independencia del lugar en el que se alojen las normas (3). Puede haber, pues, eventualmente normas especiales dentro de la propia ley reguladora del procedimiento administrativo común, como sobre todo normas comunes de procedimiento en leyes sectoriales de procedencia estatal. Pero ahí es justamente donde empiezan los problemas, porque «común» y «especial» son conceptos relativos, y cualquier intento de delimitación precisa entre ambos difícilmente será inapenable.

Un buen ejemplo de las complicaciones que provoca la distinción a efectos competenciales entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales lo proporciona la jurisprudencia recaída en los últimos años sobre el tema del silencio administrativo en distintos ámbitos materiales (urbanismo, medio ambiente y derecho de acceso a la información pública).

La STC 143/2017, que inicia la serie, sienta la doctrina básica al respecto, a la que luego recurrirán las demás, distinguiendo, desde la perspectiva que aquí nos ocupa y con ese planteamiento sustancial al que nos referíamos, tres clases de normas relativas al sentido del silencio, que me voy a permitir denominar (en analogía con las modalidades de uso de los bienes de dominio público) «comunes generales», «comunes especiales» y «privativas» (o

(1) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(2) La inicial concordancia entre la competencia sobre el procedimiento administrativo común y las leyes de este nombre siempre ha estado en la mente de todos, por el empleo por la Constitución en el art. 149.1.18 de expresiones similares a las utilizadas por la legislación anterior [J.J. Díez Sánchez (1992: 58); y S. Martín-Retortillo Baquer (1993: 13-14)].

(3) Expresamente en este sentido, la STC 166/2014, de 22 de octubre (FJ 4): «por este camino bastaría con que el Estado incluyese cualquier norma de procedimiento administrativo en esa concreta ley [la Ley 30/1992] para que este Tribunal debiera entender automáticamente que la misma está amparada por la competencia prevista en el art. 149.1.18 CE, haciendo supuesto de la cuestión».

doblemente especiales). Las dos primeras formarían parte del procedimiento administrativo común de competencia estatal, y solo la tercera clase de normas sería ya materia propia de los procedimientos especiales de competencia del legislador sectorial correspondiente.

La STC 143/2017 sitúa las normas que estaba juzgando (urbanísticas) en el tercer escalón, con el matizado desenlace que luego veremos. La STC 70/2018 (licencia de actividad) se inclina, sin embargo, por el segundo. Y, finalmente, la STC 104/2018 (acceso a la información) opta implícitamente por el primero. El fallo de estas dos últimas, no hace falta decirlo, aun sin conocer todavía los detalles de los respectivos conflictos, es favorable al Estado, porque además la competencia sobre el procedimiento administrativo común, a diferencia de aquellas otras que se mueven en el terreno de lo básico (como el régimen jurídico de las Administraciones públicas) es una competencia normativa plena, que demanda un respeto escrupuloso (4).

Estas sentencias, en particular la segunda, han merecido ya algunos comentarios doctrinales valiosos, críticos con la jurisprudencia del Tribunal o que intentan deducir todas sus implicaciones sobre la legislación vigente en las materias concernidas (5).

El propósito de este trabajo no es en principio crítico (aunque, como se verá, incluye también al final una propuesta alternativa), sino el de intentar esclarecer las razones que han llevado a la formulación de esta original y llamativa doctrina. Por ello me ha parecido aconsejable comenzar con un repaso de la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la distinción a efectos competenciales entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, identificando sus hitos y componentes esenciales, que obviamente sirven y se utilizarán como fundamento de aquella. Y continuar con el examen de otros precedentes más específicos sobre el silencio administrativo y el alcance de su incardinación dentro de las reglas del procedimiento adminis-

(4) La relación entre ambas competencias ha sido siempre una cuestión doctrinalmente debatida, con destacadas voces partidarias del tratamiento del procedimiento administrativo común como un aspecto más del régimen jurídico de las Administraciones públicas [entre otros, F. GONZÁLEZ NAVARRO (1999: 106) y F. LÓPEZ RAMÓN (1993: 106 y ss.)]. Un resumen muy completo de los pareceres más relevantes puede verse en J.A. TARDÍO PATO (2004-2005: 170 y ss.). De todos modos, la jurisprudencia constitucional siempre se ha atenido a una consideración diferenciada de las dos y de sus respectivos alcances (expresamente, a partir de la STC 23/1993, de 21 de enero).

(5) Me refiero a los trabajos de I. GONZÁLEZ RÍOS (2018), J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA (2019) e I. SANZ RUBIALES (2019). El primero es abiertamente crítico con una jurisprudencia que califica, incluyendo otros extremos que aquí no son objeto de consideración, como «confusa y enrevesada» (2018: 172). Los dos segundos llevan a cabo un extraordinario esfuerzo de clarificación de las implicaciones de estas sentencias en los ámbitos normativos urbanístico y ambiental, especialmente.

trativo común, también tenidos en cuenta por las sentencias aquí analizadas. De ahí que el trabajo conste de tres partes bien diferenciadas, que el lector puede revisar en uno u otro orden.

Por cuanto se lleva dicho, resulta obvio que el presente es esencialmente un trabajo de exposición y análisis personal de un concreto apartado de la jurisprudencia constitucional, que no pretende abarcar toda la bibliografía existente sobre la dimensión constitucional del procedimiento administrativo, de la que solo se dará cuenta en pequeña medida, por lo que de antemano pido disculpas (6).

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

1. Los tres momentos clave en la formación de la doctrina constitucional al respecto

Como ya se indicó, la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.18), y en consecuencia las Comunidades Autónomas han asumido en sus Estatutos, también como competencia exclusiva, las normas de procedimiento administrativo derivadas de las especialidades de su organización (7).

Sin embargo, no son estas especialidades conectadas con el ejercicio de su potestad de autoorganización, que tienen un alcance limitado (8), la fuente principal de procedencia de las competencias normativas con que también cuentan las Comunidades Autónomas en materia de procedimiento administrativo, sino la distinción, implícita en la propia formulación constitucional de la competencia estatal, entre procedimiento administrativo «común» y procedimientos «especiales» (9).

(6) En los trabajos de J.A. TARDÍO PATO (2005), E. GAMERO CASADO (2017) e I. GONZÁLEZ RÍOS (2018), entre otros, puede encontrar el lector referencias bibliográficas mucho más completas.

(7) Sobre el tratamiento de esta materia competencial en los Estatutos de última generación, *vid.*, entre otros, J.J. DÍEZ SÁNCHEZ (2014: 227 y ss.).

(8) Así, por ejemplo, la sustitución del dictamen del Consejo de Estado por el de un órgano consultivo propio en los procedimientos administrativos pertinentes (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5).

(9) La terminología más apropiada en este contexto siempre ha sido objeto de discusión doctrinal. *Vid.*, al respecto, el excelente trabajo de J.A. TARDÍO PATO (2004-2005: 164 y ss.), que, con otros autores, singularmente L. PAREJO ALFONSO (1993: 29), prefiere distinguir entre procedimiento general y procedimientos especiales, por un lado, y procedimiento común y procedimientos propios o peculiares de las Comunidades Autónomas.

La doctrina constitucional sobre la distinción, a efectos competenciales, entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales se gestó, en mi opinión, en tres momentos sucesivos, de los que provienen los tres componentes clave que la conforman y que vienen siendo repetidos de manera habitual por la jurisprudencia más reciente en la materia (10).

Esos tres ingredientes básicos de esta doctrina, que desarrollaremos con algún detalle seguidamente, son los siguientes. En primer lugar, la distinción fundamental entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales «por razón de la materia» (o *ratione materiae*), que procede de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas, con las precisas y lógicas consecuencias de orden competencial que se derivan de ella y que luego concretaremos. En segundo lugar, la admisión de la posible existencia de normas integrantes del procedimiento administrativo común «especiales por razón de la materia», presentes incluso en la legislación sectorial de procedencia estatal, que proviene de la STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre el Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, que constituye posiblemente el elemento más frágil de la construcción, pero con importantes implicaciones en la jurisprudencia reciente sobre las competencias para la regulación del silencio administrativo, como habremos de ver. Y, finalmente, la construcción de la categoría de las normas de procedimiento administrativo común «singulares» o referentes a ciertas modalidades o formas de la actividad administrativa, llevada a cabo por la STC 130/2013, de 4 de junio, sobre la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones; una doctrina, en mi opinión, razonable, aunque, como se verá, vivamente controvertida.

2. La distinción entre procedimiento administrativo común y especiales por razón de la materia

A) El origen de la distinción: la STC 227/1988

Antes de la STC 227/1988 las referencias a la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común en la jurisprudencia constitucional habían sido escasas y no especialmente relevantes (11).

Como es sabido, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sin duda una de las que merecen estar en cualquier repertorio de las sentencias más

(10) Así, por ejemplo, las SSTC 141/2014, de 11 de septiembre [FJ 5 D)], 45/2015, de 5 de marzo [FJ 6 c)], 54/2017, de 11 de mayo [FJ 7 b)], 91/2017, de 6 de julio [FJ 5), y 55/2018 [FJ 4).

(11) SSTC 76/1983, de 5 de agosto (FJ 23), 82/1986, de 26 de junio (FJ 5), 83/1986, de 26 de junio (FJ 3) y 123/1988, de 23 de junio (FJ 2).

importantes del Tribunal Constitucional, resolvió de manera acumulada varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, así como tres conflictos positivos de competencia planteados por el Gobierno Vasco frente a otras tantas disposiciones reglamentarias en la materia, entre ellas, por lo que aquí importa, el Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

Este Reglamento, que en ningún momento hacía salvedad de las competencias reconocidas por la Ley a las Comunidades Autónomas sobre las cuencas intracomunitarias ni de ninguna otra manera acotaba la aplicación de sus disposiciones al dominio público hidráulico de competencia estatal, fue ampliamente impugnado, en efecto, por el Gobierno vasco por razones siempre competenciales, poniendo en duda la presencia de títulos competenciales suficientes en manos del Estado para imponer íntegramente y de manera indiscriminada su extensa y detallada regulación.

En lo que ahora importa, el Gobierno vasco cuestionó toda una larga lista de preceptos del Reglamento que regulaban las distintas clases de procedimientos administrativos «en materia de utilización de las aguas, policía demanial u otras materias conexas» (12), por entender que dicha regulación pomenorizada de «los aspectos procedimentales de la gestión administrativa en materia de aguas» excedía claramente de los «principios o reglas procedimentales básicas» propios de la competencia estatal sobre el «procedimiento administrativo común» ex art. 149.1.18 CE, título este en el que, sin embargo, el Abogado del Estado pretendía hallar cobijo a dicha regulación, por hacer salvedad únicamente de «las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas», que aquella no vendría a comprometer.

Planteadas así crudamente, por vez primera, la cuestión relativa al alcance de la competencia estatal sobre el «procedimiento administrativo común», la STC 227/1988 (FJ 32) la aborda con determinación, fijando un criterio que a partir de ese momento se va a convertir en el pilar fundamental de la doctrina en la materia, y a través de unas palabras que, por su claridad y rigor, van a ser objeto desde entonces de continua reiteración:

«La resolución de esta controversia exige determinar ante todo lo que debe entenderse por “procedimiento administrativo común”, a los efectos prevenidos en el citado art. 149.1.18.º de la Constitución. El adjetivo “común” que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión

(12) Arts. 104 a 188 del Reglamento del dominio público hidráulico.

y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del “procedimiento administrativo común”, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia —lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.º—, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias».

La sentencia sienta, así, la conocida distinción entre el procedimiento administrativo común, de competencia lógicamente estatal ex art. 149.1.18 CE, y los procedimientos especiales por razón de la materia o *ratione materiae* (como, por eje., en este caso, los relativos al otorgamiento de autorizaciones y concesiones en materia de aguas), cuya regulación corresponde al legislador sectorial competente en cada caso, como actividad conexas o subsidiaria de la propia regulación sustantiva de cada materia, dentro por supuesto del respeto (si el legislador competente es el autonómico) de las normas integrantes del procedimiento administrativo común.

Una doctrina esta, la de la accesividad o conexidad del procedimiento con la regulación sustantiva de cada uno de los ámbitos de intervención sectorial pública, que, aunque la sentencia no lo mencione a título comparativo o analógico, había sido ya afirmada por el Tribunal en relación con otros aspectos de tales regulaciones sectoriales, como el aparato sancionador [tipificación de las infracciones y sanciones administrativas (13)] o la determinación de

(13) Desde la STC 87/1985, de 16 de julio (FJ 8).

las posibles causas de utilidad pública o interés social a efectos expropiatorios (14). Y una conexidad que en todos estos casos se fundamenta siempre en las mismas razones, magníficamente expresadas en el que nos ocupa por la STC 227/1988: el inaceptable condicionamiento que, en caso contrario, sufrirían las comunidades autónomas a la hora de llevar a cabo la propia regulación sustantiva de las materias de su competencia.

De acuerdo con esta doctrina, la sentencia va a declarar lógicamente la inaplicabilidad (directa) de los preceptos impugnados a las cuencas (intracomunitarias) de competencia de la comunidad autónoma del País Vasco (y por extensión, obviamente, de las demás), por contener «reglas sobre los procedimientos administrativos especiales en materia de utilización de las aguas, policía demanial u otras materias conexas, que corresponde regular al País Vasco en el ámbito de sus competencias, respetando las normas del procedimiento administrativo común» (FJ 33); concediendo, no obstante, su aplicabilidad en estos casos con carácter supletorio [apartado 2º b) del fallo], pues todavía no estaba a punto la conocida doctrina del Tribunal sobre la supletoriedad del Derecho estatal (15).

B) Precisiones adicionales sobre la STC 227/1988

Aunque de menor relevancia a los fines de este trabajo, conviene reparar en dos extremos adicionales de la doctrina establecida por la STC 227/1988: el primero relativo al contenido o alcance de la competencia estatal, y el segundo, sobre la sede apropiada para albergar las normas resultantes de su ejercicio.

a) Concepto de procedimiento administrativo común

En cuanto a lo primero, como es lógico, la sentencia tenía que comenzar, como así hace, procediendo a una cierta caracterización de la competencia sobre el procedimiento administrativo común, pero no siendo este tal vez su principal objetivo, sino el de introducir (y contraponer) el concepto de procedimientos especiales por razón de la materia, para lo que no era necesario llevar a cabo una delimitación precisa de aquella, su definición se mueve en un terreno genérico, empleando unos términos a través de los cuales lo que parece primar es la intención de dar cuenta de los principales contenidos de la por entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a la que se hace una referencia indirecta, esto es, las normas generales de proce-

(14) Desde la STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 6).

(15) SSTC 118/1996, de 27 de junio (FFJJ 3 a 8) y 61/1997, de 20 de marzo (FJ 12).

dimiento y el régimen de los actos administrativos. En efecto, en palabras de la STC 227/1988 (FJ 32), dicha competencia comprende «la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (16).

Aunque esta delimitación inicial del alcance de la competencia sobre el procedimiento administrativo común también ha sido repetida hasta la saciedad, dentro y fuera de su contexto completo, la jurisprudencia posterior se ha visto obligada a introducir en ella algunas precisiones o acotaciones ulteriores, al verse confrontada con problemas más específicos, como el deslinde con la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, cuestión en la que no vamos a detenernos aquí (17), o la aceptación de normas del procedimiento administrativo común especiales por razón de la materia, como veremos más adelante.

b) Sede de las normas del procedimiento administrativo común

Una primera lectura de la doctrina establecida en el FJ 32 de la STC 227/1988 podría sugerir que se estaba introduciendo una exigencia de carácter formal para la formulación de las reglas y principios integrantes del procedimiento administrativo común, la que de que estas reglas y principios, además de tener el contenido antes señalado (requisito material), se incluyan en leyes administrativas «generales» (como la por entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), excluyéndose así la presencia de normas del procedimiento administrativo común en leyes sectoriales de procedencia estatal («...sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del

(16) Probablemente con más razón, F. LÓPEZ MENUDO (2016: 30 y 31) señala, en cambio, que dichas palabras y caracterización tuvieron en su momento un sentido audaz y comprometido, al hacer trascender la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común por encima de las reglas estrictamente procedimentales a la esfera del régimen de los actos administrativos, descartando así la inclusión de este último en la materia régimen jurídico de las Administraciones públicas, y reforzando en consecuencia el papel del Estado en su regulación.

(17) Así, a partir ya de la STC 50/1999, de 6 de abril (sobre la Ley 30/1992), que sentó la doctrina siempre luego reiterada de que «de ello [de la amplia caracterización llevada a cabo por la STC 227/1988] no puede deducirse que forme parte de esta materia competencial [el procedimiento administrativo común] toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto».

“procedimiento administrativo común”, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia —lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.^o—...» (la cursiva es nuestra).

Se trataría, no obstante, de una impresión equivocada, no solo porque la sentencia no formula una exigencia de este tipo en términos concluyentes, como sería necesario para admitir su presencia, sino porque la propia STC 227/1988 se encarga de desmentir la existencia de un requisito de estas características en otro pasaje de su fundamentación, menos citado y recordado.

En efecto, en su recurso frente a la Ley de Aguas, el Gobierno Vasco incluyó la impugnación del art. 111 de la Ley (inserto en el Título VII, sobre infracciones y sanciones), que fijaba el importe de las multas coercitivas (18), por entender que «la autorización concreta de la multa coercitiva, su forma y su cuantía [eran] aspectos propios de la legislación sectorial, que [habían de seguir] el esquema de distribución de competencias en cada materia» (antecedente 4 de la sentencia).

Aunque el Gobierno Vasco parecía tener razón, la sentencia (FJ 29) va a declarar constitucional este precepto, incardinándolo sin problemas (pese a su naturaleza obviamente sectorial y su presencia en una ley de estas características) en el ámbito de las normas del procedimiento administrativo común de competencia estatal, porque «el precepto impugnado no hace otra cosa que especificar la aplicación de tales medios de ejecución forzosa previstos en la legislación general sobre el procedimiento administrativo, y fijar un límite máximo a la cuantía de las multas coercitivas, para garantizar un tratamiento sustancialmente igual de los interesados».

Con este pronunciamiento, que introducía consideraciones más propias de la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, la sentencia estaba abriendo paso al reconocimiento de la posible existencia de normas del procedimiento administrativo común «especiales por razón de la materia», que se producirá más cumplidamente, como veremos después, con la STC 61/1997, sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

(18) En relación lógicamente con las obligaciones accesorias, derivadas de la comisión de una infracción, de reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico y reponer las cosas a su estado anterior, previstas en el artículo anterior: «Los órganos sancionadores podrán imponer multas coercitivas en los supuestos considerados en la Ley de Procedimiento Administrativo. La cuantía de cada multa no superará, en ningún caso, el 10 por 100 de la sanción máxima fijada para la infracción cometida».

C) Consolidación y matizaciones posteriores

Al margen de este último matiz, la doctrina establecida por la STC 227/1988 (FJ 32) sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales *ratione materiae* se ha convertido con el paso del tiempo en el quicio sobre el que gira la jurisprudencia constitucional relativa a controversias competenciales en temas de procedimiento administrativo, remitiendo la resolución de las disputas, cuando la conclusión primera es la presencia de un procedimiento especial *ratione materiae*, al examen de las reglas de distribución competencial existentes en la materia correspondiente (por ejemplo, ya tempranamente, en materia de procedimiento administrativo sancionador (19)).

Pero junto a esta vertiente de consolidación y simple aplicación de sus postulados, la doctrina básica de la STC 227/1988 también ha experimentado con el transcurso del tiempo ciertas matizaciones, al menos en un triple sentido. En primer lugar, por la admisión de la posible existencia de normas del procedimiento administrativo común de carácter no precisamente «general», sino «especial por razón de la materia», presentes en leyes sectoriales de procedencia estatal (matización esta, como vimos, ya anticipada indirectamente por la propia STC 227/1988). En segundo lugar, por la admisión de la posible existencia de normas de procedimiento administrativo común «singulares» o, dicho de otro modo, especiales no en razón a la materia, sino por su referencia a modalidades concretas de la actividad administrativa, de posible presencia también en leyes sectoriales. Y, en tercer lugar, mediante la realización de una delimitación más precisa del contenido de la competencia sobre el procedimiento administrativo común, puesta en relación con otros títulos de competencia estatal, principalmente el relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. De las dos primeras clases de matizaciones nos ocuparemos en los siguientes apartados.

3. La limitada admisión de reglas del procedimiento administrativo común especiales por razón de la materia

A) Introducción: cláusula de estilo

Desde la STC 130/2013, de 4 de junio, sobre la Ley general de subvenciones, que acuñó la fórmula más frecuentemente reiterada, se ha convertido en un tópico la inclusión en los resúmenes de la doctrina constitucional pertinente

(19) STC 17/1990, de 7 de febrero (FJ 11), sobre la Ley canaria de aguas; y STC 198/1991, de 17 de octubre (FJ 6), sobre el Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de Costas.

de una cautela en virtud de la cual resultaría admisible, en ciertos casos, la existencia de normas del procedimiento administrativo común «especiales por razón de la materia», citando siempre como precedente o argumento de autoridad un determinado pronunciamiento de la STC 61/1997 (FJ 25). Las palabras al respecto de la STC 130/2013 (FJ 8), repetidas, como digo, por otras muchas sentencias (20), eran las siguientes:

«... Ante todo, es preciso aclarar que, en principio y como regla general, los procedimientos administrativos especiales *ratione materiae* siguen, efectivamente, el régimen de distribución competencial existente en cada materia o sector, de tal forma que si las Comunidades Autónomas cuentan con competencias normativas en la materia podrán abordar su regulación en el marco de la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común. *Ello, no obstante, cabe señalar que este Tribunal ha admitido que, en virtud del art. 149.1.18 CE, el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*, como, por ejemplo, el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25 c)], lo que indica que la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales» (la cursiva es nuestra).*

Pero más allá de su inclusión, como decimos tópica, en los resúmenes relativos a la doctrina constitucional sobre el procedimiento administrativo común, lo bien cierto es que esta salvedad solo ha tenido hasta el momento relevancia (en el sentido de legitimar en calidad de normas del procedimiento administrativo común regulaciones estatales insertar en procedimientos especiales *ratione materiae* de competencia autonómica) en los dos tipos de casos decididos en el mismo sentido (no aventuremos todavía si por las mismas razones) por la STC 61/1997, pertenecientes ambos como es lógico al campo del urbanismo, a saber: el trámite de información pública en el procedimiento

(20) Entre otras, SSTC 91/2017, de 6 de julio (FJ 5) y 143/2017, de 14 de diciembre (FJ 19), relativa, entre otras cosas, al silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas. Esta última contiene una variante tal vez más afinada de esta misma idea, por subrayar el carácter excepcional de dicha posibilidad: «*Excepcionalmente*, este título [el procedimiento administrativo común] ha amparado la regulación de concretos trámites administrativos en procedimientos sectoriales de competencia autonómica que suponen la aplicación de las garantías establecidas con carácter general, o su modulación para ese concreto procedimiento o garantiza[n] la audiencia de las Administraciones públicas que se ven afectadas. Tal es el caso de la exigencia de información pública y audiencia de la Administración del Estado y entidades locales para la aprobación de los planes urbanísticos, que la STC 61/1997, FJ 25 c) consideró dictadas al amparo del artículo 149.1.18 CE, o la regulación del resumen ejecutivo de los planes urbanísticos que debe someterse a información pública [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8 a)]» (la cursiva es nuestra).

de elaboración de planes (21), y el silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas (22), este último muy destacado y al que concederemos una atención especial en un apartado posterior del trabajo.

Parece, pues, justificado que dediquemos un momento a analizar con algún detalle los pronunciamientos y argumentos empleados por la sentencia que se señala como precedente de la excepción que ahora nos ocupa.

B) El origen remoto de la categoría (STC 61/1997)

Como es bien sabido, la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada en una serie de recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos por los Parlamentos o los Ejecutivos de varias Comunidades Autónomas frente a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, y al posterior Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, sentó las bases del reparto de competencias, muy discutido en su día pero luego plenamente consolidado, entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de urbanismo (23).

Esta sentencia, que también por derecho propio merece estar entre las más importantes de la historia de la jurisprudencia constitucional, llevó a cabo, como igualmente es sabido, una poda sustancial de las posibilidades de intervención normativa estatal en el campo del urbanismo mediante un doble expediente: la exclusión de las normas dictadas con simple vocación de supletoriedad, en aplicación consecuente de la doctrina sentada a estos efectos un año antes, pero con la vista puesta en estos recursos por la STC 118/1996, de 27 de junio (en materia de transportes), y la delimitación rigurosa de las posibilidades de intervención en la esfera del urbanismo a partir de la competencia estatal para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (ex art. 149.1.1 CE), que no permitiría, entre otras cosas, regular ni prefigurar siquiera simples «técnicas urbanísticas».

La sentencia admitió, no obstante, la existencia de toda una serie de títulos competenciales que, junto con el ya mencionado del art. 149.1.1 CE, permitirían al Estado una cierta intervención normativa, siempre de forma parcial y limitada, en el campo del urbanismo, destacadamente, la legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de todas las Adminis-

(21) SSTC 164/2001, de 11 de julio (FJ 28) y 141/2014, de 11 de septiembre [FJ 12 C)] y 28/2017, de 16 de febrero (FJ 5).

(22) STC 143/2017, de 14 de diciembre (FJ 23).

(23) *Vid.*, al respecto, entre otros, J.M. ALEGRE ÁVILA y G. VALENCIA MARTÍN (1997).

traciones públicas, pero también, en principio y por lo que aquí importa, las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (FJ 11).

No fueron, sin embargo, muchos los preceptos que, viniendo calificados por el Texto Refundido de 1992 como básicos o de aplicación plena, y habiendo sido impugnados en los recursos, la sentencia llegó a examinar, *motu proprio* o en virtud de las alegaciones de la Abogacía del Estado, bajo la óptica de su posible amparo en la competencia relativa a la regulación del procedimiento administrativo común (24). Y en relación con los examinados bajo esta perspectiva, lo que puede decirse con carácter general es que la STC 61/1997 se atuvo estrictamente a la doctrina establecida por la STC 227/1988, calificando en su mayoría las reglas enjuiciadas como pertenecientes al ámbito de los procedimientos especiales por razón de la materia (en este caso, el urbanismo) y negando en consecuencia al Estado competencia para dictarlas a falta de un título sustantivo o principal, que en este caso correspondía a las Comunidades Autónomas.

Especialmente significativo, aunque no único, era el caso del art. 254.1 del Texto Refundido (calificado como de aplicación plena y presumiblemente dictado, por tanto, como norma del procedimiento administrativo común) que contenía una regla especial respecto de las facultades y procedimientos de revisión de oficio previstos con carácter general en la Ley de Procedimiento administrativo en relación con las licencias urbanísticas u órdenes de ejecución ilegales, consistente en imponer su ejercicio en ciertos casos (25). Para resolver la impugnación de este precepto, la sentencia (FJ 35) recuerda primero la doctrina general establecida por la STC 227/1988, constata después que nos hallamos ante una especialidad por razón de la materia (fundamentalmente, por el carácter imperativo de la previsión), no incardinable, pues, dentro de las normas del procedimiento administrativo común, y rechaza finalmente la existencia de cualquier otro título competencial distinto en manos del Estado, en particular del art. 149.1.1 CE, el cual, conforme a su previa delimitación por parte de la sentencia, no autoriza la imposición de obligaciones a las Administraciones públicas intervinientes en el campo del urbanismo (26).

(24) La Disposición final única del Texto Refundido no justificaba por separado la fundamentación competencial de cada uno de sus preceptos, pero no era difícil deducirla en la mayor parte de los casos.

(25) «Las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en esta Ley deberán ser revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de su expedición por la Corporación municipal que las otorgó a través de alguno de los procedimientos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo».

(26) «Como ya hemos declarado, más allá de las normas de procedimiento administrativo "común", la regulación de los procedimientos administrativos "especiales" ha de seguir a

Con similares razonamientos, la sentencia va a descartar igualmente la cobertura bajo el paraguas del «procedimiento administrativo común» de otras especialidades procedimentales (impugnadas) que contenía el Texto Refundido (27).

Tan solo en dos casos la STC 61/1997 va a apartarse de este planteamiento o, más bien, de las consecuencias a que llevaría su aplicación, pero sin construir abiertamente ninguna suerte de excepción al modo como hará, según vimos, la jurisprudencia posterior basada en ella, sino mediante afirmaciones de carácter más bien apodíctico, tras de las cuales no resulta sencillo descubrir un hilo conductor.

El primero se refería a los Planes Directores Territoriales de Coordinación, dentro de cuya regulación (por lo demás lógicamente supletoria, como en general toda esta parte de la ley) se incluía un precepto relativo a su procedimiento de elaboración (el art. 113.2), calificado por el Texto Refundido como básico (y no como de aplicación plena), en cuya virtud se imponían los trámites de información pública y de consulta a otras Administraciones implicadas (28).

En lo relativo al trámite de información pública, la sentencia [FJ 25 c)] acepta en este caso la calificación del precepto como norma integrante del «procedimiento administrativo común» propuesta por la Abogacía del Estado, pese a reconocerse, como era lógico, la especialidad del procedimiento de

la competencia principal. Es evidente que el art. 254.1 T.R.L.S. establece una norma de procedimiento accesorio o adjetiva a la cuestión sustantiva cual es la relativa a los deberes urbanísticos. Ello no empece, claro está, a la vigencia y aplicabilidad generales, y también en el ámbito urbanístico, de las normas básicas reguladoras del procedimiento administrativo común (hoy recogidas en el Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, arts. 102 a 106). *De ahí se infieren dos consecuencias interpretativas, por lo que ahora importa: de un lado, que el Estado sólo puede añadir en el ámbito urbanístico nuevas normas de procedimiento cuando ostente alguna competencia material; de otro, que en este caso la "materia" de que se trata son las condiciones básicas a que se refiere el art. 149.1.1º C.E. que, en ningún caso, como hemos insistido, autorizan a imponer conductas a la Administración, prohibición que abiertamente sobrepasa el precepto ahora enjuiciado cuya razón de ser no es, conforme a su propio tenor literal, el establecimiento de alguna norma de procedimiento —antes al contrario, se remite a la legislación de procedimiento común—, sino precisamente obligar a la revisión de las licencias u órdenes de ejecución, cuando además tal institución ha sido configurada con carácter potestativo en la legislación de procedimiento administrativo común (art. 103 de la Ley 30/1992)» (las cursivas son nuestras).*

(27) Así, por ejemplo, el art. 135.2 del Texto Refundido, sobre la notificación a la Administración del Estado de la iniciación del procedimiento de modificación y revisión del planeamiento «en el plazo de un mes desde la adopción del correspondiente acuerdo por el Ayuntamiento» [STC 61/1997, FJ 26 a)].

(28) «En todo caso, deberá asegurarse el trámite de información pública y de audiencia a la Administración del Estado en aquellos aspectos que sean de su competencia, y a las Entidades locales afectadas».

elaboración y aprobación de los planes urbanísticos, y a contarse ya por entonces con el precedente (que no se menciona) del tratamiento del procedimiento de aprobación de disposiciones generales (naturaleza que igualmente se reconoce a los planes urbanísticos) como procedimientos especiales por razón de la materia (29).

«En punto a la información pública de los ciudadanos el art. 113.2 T.R.L.S. constituye una reproducción expresa de lo que ya dispone el art. 105 a) C.E., aunque éste no determina en modo alguno cómo ha de satisfacerse tal garantía ni cuál sea la Administración que haya de asegurarla. En todo caso, y ello es lo relevante, el Estado ostenta competencias exclusivas para dictar normas de procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.), *entre las que se incluyen aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos*. Aunque el legislador estatal podría haber dispuesto con carácter general y respecto de toda forma de planeamiento urbanístico la obligatoriedad de la garantía de la información pública al amparo del art. 149.1.18 C.E., y no en relación con un concreto instrumento (el Plan Director) —cuya misma existencia depende de cada Comunidad Autónoma—, parece claro que la regulación que lleva a cabo el art. 113.2 T.R.L.S. se enmarca en la competencia estatal ex art. 149.1.18 C.E. y es respetuosa con la materia urbanística, cuando no hace sino asegurar la existencia del trámite de información pública» (la cursiva es nuestra).

Tal vez lo único que quería decir la sentencia era que el precepto no constituía una auténtica «especialidad», al reflejar una exigencia constitucional [art. 105 a)], por lo que no merecería reproche alguno al margen de su encuadramiento en unos u otros títulos. Algo similar a lo que hará en relación con los trámites de audiencia o consulta a las Administraciones afectadas, que no se detiene siquiera esta vez a calificar como normas del procedimiento administrativo común (30).

El segundo caso se refería a la regulación del silencio administrativo en el campo de las licencias urbanísticas como un silencio positivo dentro de la legalidad o *secundum legem*, tradicional en nuestro Derecho y que por entonces venía recogida en el art. 242.6 del Texto Refundido («En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico»), con la calificación, según el propio Texto Refundido (disposición final única), de legislación básica (31).

(29) STC 15/1989, de 26 de enero [FJ 7 c)].

(30) STC 61/1997 [FJ 25 c)].

(31) Sobre los orígenes y evolución de esta clase de silencio, *vid.*, entre otros, con detalle: R. MARTÍN MATEO (1965), E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ (1982: 503 y ss.), I. SANZ RUBIALES (2006) y V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 1229 y ss.).

La argumentación en este punto de la sentencia [FJ 34 a)] es todavía más lacónica (32). Se limita a calificar como un hecho indudable la pertenencia de dicha regla al ámbito de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y/o del procedimiento administrativo común, ambos de competencia estatal, como acreditaría la regulación del silencio administrativo en la por entonces vigente LRJPAC (Ley 30/1992).

«Es otro, sin embargo, el título competencial en juego respecto del apartado ó del art. 242 T.R.L.S. Este precepto, en atención a su contenido, se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 T.R.L.S. *Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*» (la cursiva es nuestra).

Es obvio que ni la LRJPAC, antes o después de su reforma en 1999, ni la nueva Ley 39/2015 contemplaban expresamente este *tertium genus* tradicional en el ámbito de las licencias urbanísticas del silencio positivo dentro de la legalidad, que realmente podía verse como una especialidad característica de este ámbito. No se sabe muy bien por ello que es lo que realmente quería decir la sentencia con esas palabras: que esta modalidad de silencio no constituía en verdad ninguna especialidad, o que la regulación del silencio, incluidas todas sus posibles especialidades, constituye materia propia del procedimiento administrativo común.

Ninguna de estas dos interpretaciones será acogida más adelante, como veremos, por la STC 143/2017, sobre la regulación posterior del silencio administrativo en el campo de las licencias urbanísticas, que sin embargo, y esto es lo más importante en este momento, va a tomar como punto de partida, con todas sus consecuencias, la decisión tomada a este respecto por la STC 61/1997, sin llevar a cabo ninguna rectificación de la misma.

C) Conclusiones: una excepción de escaso (aunque relevante) recorrido

Como hemos visto, la admisión de la posible existencia, siquiera sea a título de excepción, de normas del procedimiento administrativo común (de procedencia, por tanto, estatal) «específicas», enmarcadas dentro de la regulación de procedimientos especiales por razón de la materia de competencia

(32) Lo reconocerá luego, como veremos, la STC 143/2017 (FJ 23): «sin otra indicación argumental que afirmar que dicha regulación “ha venido a recogerse en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”».

autonómica, constituye, al menos desde la STC 130/2013, parte integrante de la doctrina constitucional sobre el alcance de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común (ex art. 149.1.18 CE). Así permite afirmar su constante reiteración a partir de ese momento en los resúmenes de dicha doctrina que llevan a cabo las sentencias correspondientes.

Es este, sin embargo, un componente de la doctrina constitucional en la materia que, pese a haber tenido una aplicación ciertamente relevante en relación con la temática del silencio administrativo, que estudiaremos después, no puede contar con carácter general, en mi opinión, con un amplio recorrido, por una serie de razones:

En primer lugar, porque carece de una justificación teórica sólida, que no se la da, como hemos visto, la STC 61/1997, que se toma como punto de referencia, pero tampoco las sentencias posteriores que, con base en ella, lo formulan en términos más generales.

En segundo lugar, porque las únicas aplicaciones que ha tenido hasta la fecha esta doctrina coinciden, como también dijimos, con las dos temáticas resueltas en este sentido por la STC 61/1997. Es evidente, pues, la importancia que la fidelidad con el precedente ha tenido en la construcción de una doctrina de formulación obviamente más general, pero cuyos otros potenciales campos de aplicación no resultan fáciles de adivinar.

Y, finalmente, y tal vez sobre todo, porque la aplicación de esta doctrina tiene un presupuesto de difícil o escasa concurrencia. En efecto, la aplicación de esta doctrina presupone necesariamente que la materia en la cual el legislador estatal se disponga a establecer una norma «específica» de procedimiento (como norma del procedimiento administrativo común) sea una materia respecto de la cual carezca de competencia plena o al menos básica (por eje., precisamente el urbanismo). Pues si la materia, como es mucho más frecuente, es una materia en la cual el Estado cuenta con la entera competencia legislativa o al menos con competencia para establecer las bases o la legislación básica, el Estado no va a precisar recurrir a esa extensión (excepcional) de su competencia sobre el procedimiento administrativo común, sino que para crear normas «específicas» de procedimiento *ratione materiae* le bastará con acudir a estos otros títulos competenciales «sustantivos», dentro de sus respectivos límites, sin apartarse así un ápice de la doctrina básica fijada por la STC 227/1988 (33).

(33) No nos vamos a detener ahora en esta cuestión, que constituye igualmente doctrina constitucional reiterada. Así, por ejemplo, la STC 55/2018, de 24 de mayo (sobre la Ley 39/2015): «Se sitúan extramuros del título “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18 CE) las regulaciones que, aun aplicables a clases enteras de procedimientos, se han adoptado en ejercicio de una competencia estatal más específica» [FJ 4 b) *in fine*].

4. La introducción del concepto de procedimiento administrativo común «singular»

A) Planteamiento

El tercer pilar de la doctrina constitucional sobre las relaciones entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales a efectos competenciales, el que señala que la competencia exclusiva del Estado sobre el primero puede incluir también la aprobación de reglas «singulares» para determinadas formas o modalidades de la actividad administrativa, fue establecido tiempo después por la STC 130/2013, de 4 de junio, sobre la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

En cierto modo, puede decirse que la introducción de esta precisión respecto de la doctrina básica sentada por la STC 227/1988 se produjo un poco por casualidad, por no ser algo inevitable a la luz de la ley impugnada y examinada por dicha sentencia.

En efecto, la Ley general de subvenciones, aunque lo mencionaba en su exposición de motivos, no utilizaba ese título competencial (el procedimiento administrativo común) para justificar su aplicabilidad (parcial) al conjunto de las Administraciones públicas, limitándose a declarar «básicos», al amparo lógicamente de otros títulos competenciales, una parte de sus preceptos (Disposición final primera), entre los que por cierto no se encontraban la mayoría de los incluidos en el Título I, que regulaban con detalle los «procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones», y que por tanto, en principio, solo eran de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado.

Ocurre, sin embargo, que el Gobierno de Aragón, la institución que promovió el recurso de inconstitucionalidad frente a dicha ley, introdujo justamente en su argumentación, como un elemento esencial de la misma, la doctrina constitucional que ya conocemos sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales por razón de la materia, calificación esta última que sería la que, a su juicio, le correspondería al procedimiento de otorgamiento de subvenciones, y que prácticamente impediría al Estado la aprobación de una regulación general en la materia, dada la falta además de un título competencial «sustantivo» de estas características como los que tiene, por ejemplo, en materia de contratos y concesiones administrativas o respecto del sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE).

La introducción por parte del recurrente de esta interpretación de la doctrina constitucional sobre las relaciones entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, que hubo de ser replicada por la Abo-

gacía del Estado (34), obligó como es lógico al Tribunal a tomar partido al respecto, cualquiera que fuera la trascendencia real del título competencial en cuestión para el enjuiciamiento de los preceptos concretamente impugnados (que, como veremos, fue menor), y lo hizo creando la matización que ya nos es conocida y cuyos detalles desarrollaremos después.

La sentencia cuenta con un interesante voto particular, firmado por el Magistrado Ortega Álvarez (y al que se adhirieron otros cuatro Magistrados), que hace justamente blanco especial de sus críticas a esta doctrina sobre el procedimiento administrativo común «singular», que considera su novedad fundamental.

Pese a estas críticas, la doctrina de la STC 130/2013 se ha consolidado en el campo de las subvenciones, y en relación con temáticas análogas como el procedimiento sancionador.

Como puede verse, todo un conjunto de cuestiones muy sugestivas, que pasamos a desarrollar solo sucintamente a continuación, en la medida este tercer componente de la doctrina del Tribunal va a tener menos relevancia en las sentencias sobre el silencio administrativos que examinaremos después y que constituyen el centro principal de atención del trabajo.

B) La STC 130/2013

Para colmar una relativa laguna en nuestro ordenamiento jurídico, en 2003 se aprobó por primera vez una Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre), que abordaba el tratamiento completo de la institución desde su doble vertiente administrativa y financiera, esto es, como técnica de fomento y como modalidad de gasto público, buena parte de cuyo articulado recibía, de acuerdo con la Disposición final primera, la consideración de legislación básica, esto es, de común aplicación a todas las Administraciones públicas, al amparo de los títulos competenciales del Estado previstos en los apartados 13, 14 y 18 del art. 149.1 CE. Como ya dijimos anteriormente, el procedimiento administrativo común, aunque mencionado en la Exposición de Motivos, no aparecía expresamente aludido dentro de ese grupo de fundamentos competenciales indistintamente invocados por la Disposición final primera, dada su exclusiva referencia al carácter (parcialmente) «básico» de la Ley («Esta ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13.º, 14.º y 18.º de la Constitución, *constituyendo legislación básica del Estado*, los siguientes preceptos:...» —la cursiva es nuestra).

(34) En su contestación a la impugnación de un determinado precepto de la Ley (el art. 13.7): «el procedimiento común puede ser un procedimiento especial por razón de la materia, pero común para todo el territorio nacional» [antecedente 5 b) de la STC 10/2013].

Frente a una treintena larga de esos preceptos de la Ley declarados básicos, el Gobierno de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad por motivos competenciales, al entender que ninguno de los títulos competenciales indicados en la Disposición final primera permitiría al Estado acometer una regulación básica del instituto subvencional tan ambiciosa como la pretendida. Como también dijimos, el Gobierno de Aragón extendió en su recurso el reproche de insuficiencia al «procedimiento administrativo común», dando por supuesta, eso sí, su inclusión dentro de los títulos competenciales invocados por la Ley como fundamento del carácter «básico» de una parte (importante) de su articulado (35).

En su defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, el Abogado del Estado puso especialmente el acento en el art. 149.1.18 CE, en su doble vertiente de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, que conjuntamente permitirían al Estado establecer un «régimen jurídico común sobre la relación subvencional», justificando la invocación añadida de los títulos competenciales de los apartados 13 y 14 del art. 149.1 CE por la naturaleza adicional de la subvención como modalidad de gasto público.

Al proceder, como resulta obligado, al encuadramiento competencial de la disputa, lo que lleva a cabo de manera detallada, la STC 130/2013, de 4 de junio (FFJJ 3 a 8), no a va a seleccionar ninguno de los indicados como título competencial prevalente (lo que será reprochado por el voto particular), admitiendo en principio la relevancia de todos ellos (incluido el relativo al procedimiento administrativo común) como posible fundamento de unos u otros de los preceptos impugnados. No obstante, y en base a la delimitación del respectivo alcance de cada uno de ellos, la sentencia (FFJJ 3 y 5) sí va a considerar nucleares para la resolución de las impugnaciones (en consonancia, por lo demás, con el parecer de las dos partes enfrentadas) los dos incluidos en el enunciado del art. 149.1.18 CE, esto es, las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, relegando los otros dos (art. 149.1.13 y 14 CE) a un papel secundario.

La delimitación del alcance de las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», que a la postre será con diferencia el título con arreglo al cual la sentencia examine (y confirme) la constitucionalidad de la mayor parte de los preceptos impugnados (una sentencia que, importa des-

(35) Cuando se aprobó la Ley, también en la doctrina se habían expresado reproches similares desde el punto de vista competencial (no centrados tanto en el procedimiento administrativo común, cuya relevancia entonces era difícil de precisar, como en el posible desmedido alcance de lo considerado «básico» por el legislador estatal). *Vid.*, en este sentido, destacadamente, F. LÓPEZ RAMÓN (2004: 35 y ss.), J. LACRUZ MANTECÓN (2005: 41 y ss.) y L. POMED SÁNCHEZ (2005: 65 y ss.).

tacarlo, desestima en su integridad el recurso, limitándose a someter algunos preceptos a una interpretación conforme llevada al fallo), se produce en unos términos generosos (FJ 6), que, pese a apoyarse en la doctrina constitucional previa, admiten la toma en consideración por el legislador estatal, a la hora de llevar a cabo una regulación básica del instituto subvencional, de todo un amplio conjunto de fines, adicionales al de garantizar un tratamiento común de los ciudadanos, muchos de ellos constitucionalmente reconocidos y relacionados todos con su vertiente de gasto público; regulación que, no obstante, y como ocurre siempre en el marco de las competencias básicas, no podrá alcanzar un grado tal de detalle que ahogue las posibilidades de desarrollo legislativo autonómico (FJ 6 *in fine*).

Tan amplia delimitación de lo potencialmente básico en el campo del régimen jurídico de las subvenciones será objeto de crítica por el voto particular, como igualmente lo será la delimitación que lleva a cabo la sentencia (FJ 5) del título competencial relativo a la «Hacienda general» (art. 149.1.14 CE), que también será utilizado ocasionalmente por la sentencia para justificar la constitucionalidad de alguno de los preceptos impugnados, al extenderlo por primera vez a la vertiente del gasto, y no solo de los ingresos públicos. Pero no es necesario detenernos más en todas estas cuestiones, que nos apartan del centro principal de nuestras preocupaciones que no es otro que el procedimiento administrativo común.

Aunque a la postre, como veremos luego, el procedimiento administrativo común será utilizado por la sentencia en muy pocas ocasiones (en comparación con las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas) como potencial (y cierto) soporte competencial de alguno de los preceptos impugnados, la sentencia, como ya nos consta, incluyó ese título dentro de los posibles fundamentos competenciales de la Ley, con lo que inevitablemente se vio obligada a delimitar su alcance en relación con la temática aquí considerada (subvenciones) y a responder a la cuestión (plantada y resuelta de forma negativa por la parte recurrente) de la admisibilidad o no, dentro del procedimiento administrativo común, de reglas especiales o específicas en materia de subvenciones.

En efecto, para el Gobierno de Aragón la respuesta a esta pregunta era claramente negativa, en base a un conjunto de razones concatenadas entre sí. La primera y fundamental, la consideración del procedimiento administrativo de otorgamiento de subvenciones como un procedimiento especial por razón de la materia (*ratione materiae*), tal y como, a su juicio, se desprendería de la abundante jurisprudencia constitucional ya existente en este campo, que, como es sabido, niega que la potestad de gasto (incluido el subvencional) constituya un título competencial autónomo, reconduciendo el reparto de competencias (normativas y ejecutivas) para el otorgamiento de subvenciones al existente en

cada uno de los sectores o materias implicadas (36). La segunda, partiendo de la calificación anterior, la doctrina básica del Tribunal que ya nos es conocida sobre el procedimiento administrativo (STC 227/1988), que considera la regulación de los procedimientos especiales *ratione materiae* como una competencia adjetiva o conexas a la titularidad de la competencia sustantiva correspondiente. Y, finalmente, la ausencia en este caso, a diferencia de otros (contratos y concesiones, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial), de un título competencial «sustantivo» que habilite al Estado para regular (por entero o al menos con carácter básico) el procedimiento «especial» en materia de subvenciones. El único título que, concedía el Gobierno de Aragón, podría invocar el Estado con estos fines sería justamente el de las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», pero con un alcance limitado (muy inferior, por supuesto, al que se derivaría de la invocación del título «procedimiento administrativo común»).

La respuesta, en cambio, de la STC 130/2013 (FFJJ 7 y 8) es afirmativa. Aunque la sentencia (FJ 8) cita también, como es lógico, el precedente desarrollado en el apartado anterior referente a la posible existencia de normas del procedimiento administrativo común relativas a procedimientos especiales por razón de la materia (37), su argumentación no se limita a abundar en esta línea, sino que va dirigida a construir un nuevo tipo de normas «especiales» integrantes del procedimiento administrativo común, relativas no a procedimientos especiales *ratione materiae*, sino a procedimientos generales para ciertas modalidades de la actuación administrativa (como, en este caso, las subvenciones), lo que la sentencia va a denominar normas del procedimiento administrativo común «singulares» o normas de procedimiento «singulares» comunes.

En efecto, la construcción de este concepto comienza rebatiendo, a mi juicio con razón, el argumento principal que servía de base para la tesis contraria defendida por el Gobierno de Aragón, a saber, que el procedimiento subvencional sea un procedimiento especial por razón de la materia. Con toda lógica entiende la sentencia (FJ 8) que no cabe aplicar ese calificativo a una regulación general y abstracta del procedimiento de otorgamiento de subvenciones, desvinculada precisamente de su aplicación a sectores o materias concretas,

(36) A partir de la famosa STC 13/1992, de 6 de febrero (FFJJ 7 y 8).

(37) «Ello, no obstante, cabe señalar que este Tribunal ha admitido que, en virtud del art. 149.1.18 CE, el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*, como, por ejemplo, el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25 c)], lo que indica que la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene, única y exclusivamente, en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales».

como la que pretende establecer la Ley General de Subvenciones. Por tal motivo, tampoco sería determinante para resolver la cuestión aquí planteada (la posible existencia de una regulación común de estas características de procedencia estatal) la doctrina constitucional previa y bien asentada sobre el reparto de competencias en materia de subvenciones, antes ya sumariamente expuesta, que se refiere a las subvenciones sectorialmente consideradas, dejando al margen (entre otras) las normas integrantes del procedimiento administrativo común, que en todo caso habrá de respetar el legislador (sectorial) competente (38).

Apartada la idea de los procedimientos especiales por razón de la materia, el siguiente paso representa una novedad en relación con la doctrina constitucional previa (y a mi juicio el tercer hito fundamental en la construcción del concepto de procedimiento administrativo común desde la óptica competencial). Lo que la sentencia (FJ 8) propone a este respecto, a mi juicio de manera razonable, es que la regulación del procedimiento administrativo común (por parte obviamente del legislador estatal) no ha de ser siempre y en todo caso neutral en relación con las distintas modalidades de la actuación administrativa (y de sus correspondientes procedimientos), de modo que solo pueda albergar normas de aplicación universal e indistinta para todas ellas, sino que puede incluir también normas específicamente dirigidas a ciertas modalidades características de dicha actividad, como por descontado lo son, en el marco de las técnicas de fomento, las subvenciones (39).

Al faltar todavía, en el marco de la Ley reguladora del procedimiento administrativo común (por entonces, la Ley 30/1992, y hoy la Ley 39/2015), una consideración especial de esas posibles singularidades de la actividad

(38) «[...] es evidente que, de acuerdo con nuestra doctrina, las subvenciones no constituyen una “materia” a efectos de la distribución constitucional de competencias, sino que cada subvención concreta se inserta en la materia a que la misma se destina (...) la subvención, considerada en abstracto y desligada de cualquier campo específico, no se incardina en ninguna materia o sector determinado, sino que es una técnica administrativa de fomento, esto es, una forma de actividad a la que puede acudir cualquier Administración pública (...) El procedimiento subvencional regulado desde una perspectiva general o abstracta no es, pues, un procedimiento especial *ratione materiae*, porque prescinde de toda previsión específica que atienda a las características de un determinado sector o materia (...) y responde única y exclusivamente a las singularidades de un determinado tipo de actividad de las Administraciones públicas» (FJ 8)

(39) En similar sentido, entre otros, J.A. TARDÍO PATO (2004-2005: 165 y 182) había defendido también razonablemente la existencia dentro de las normas del procedimiento administrativo común (de competencia por tanto estatal) de normas procedimentales «generales» y de otras relativas a procedimientos «especiales», entre los que incluía (simplemente por referencia a los contenidos en la propia Ley 30/1992) los relativos a recursos administrativos, reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil o laboral, revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho, ejecución forzosa de los actos administrativos, ejercicio de la potestad sancionadora y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

subvencional, resultaría legítimo, a juicio de la sentencia, que el legislador estatal (con el mismo fundamento competencial) les preste atención en el marco de una Ley General de Subvenciones. Ahora bien, y con eso cierra también razonablemente la sentencia su argumentación, dado que en efecto el Estado no tiene constitucionalmente reservada una competencia «sustantiva» de carácter normativo en la materia (a diferencia de lo que ocurre con otras modalidades igualmente características de la actividad administrativa), la regulación con el carácter de «normas del procedimiento administrativo común» de ciertas singularidades de la actividad subvencional tendrá que ser especialmente comedida (limitarse a lo auténticamente «común»), dejando suficiente espacio para la regulación de los procedimientos especiales de otorgamiento de subvenciones en las materias de competencia autonómica.

«Esta forma de actividad propia de cualquier Administración pública puede requerir, por sus peculiaridades —que derivan fundamentalmente del hecho de que es también una importante forma de gasto público—, una *regulación singular común* tanto de su *iter* procedimental como de otros aspectos (requisitos de validez, de eficacia...) que, de acuerdo con la doctrina constitucional, se incardinan en el concepto de procedimiento administrativo común; regulación singular que no ofrece la actual configuración normativa del procedimiento administrativo recogida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (...). La Ley 38/2003 aborda la regulación de un *procedimiento administrativo común singular en función de la forma de actividad administrativa*; no regula un procedimiento administrativo especial *ratione materiae* y es, por tanto, en principio, y siempre que el Estado, en su regulación, se mueva dentro de los límites de su esfera competencial, compatible con la existencia de regulaciones especiales *ratione materiae* de los procedimientos de otorgamiento de subvenciones en determinados campos de actividad (...), que corresponderá establecer bien al Estado, bien a las Comunidades Autónomas, en función de la distribución de competencias prevista para cada sector concreto en la Constitución (...). Ahora bien, la concurrencia competencial que se produce (...) determina también la importancia de que en la regulación del *procedimiento subvencional común* el Estado se circunscriba a aquellos elementos que pueden efectivamente considerarse comunes, de tal forma que respete un margen suficiente y adecuado para la introducción por parte de las Comunidades Autónomas de las necesarias especialidades en los procedimientos administrativos *ratione materiae*» (FJ 8) (las cursivas son nuestras).

Una doctrina, pues, en conclusión, en mi opinión, plausible, pues en efecto siempre han existido en las leyes de procedimiento administrativo reglas con una referencia específica a ciertas modalidades características de la actividad administrativa. Podría la sentencia haber invocado como ejemplo y modelo (no lo hace en su argumentación general, aunque sí más tarde al resolver la impugnación de un precepto específico) la actividad sancionadora, materia que se rige por los mismos esquemas de distribución competencial que la actividad

subvencional (se trata igualmente de una materia adjetiva o conexas con la competencia sustantiva correspondiente) y respecto de la cual nunca han faltado en las leyes de procedimiento administrativo algunas reglas específicas comunes.

Para terminar este apartado conviene señalar los preceptos de la Ley General de Subvenciones para los cuales, habiendo sido impugnados, la STC 130/2013 encuentra amparo en el competencia estatal relativa al procedimiento administrativo común [pese a su incorrecta, aunque intrascendente, calificación como «básicos» por la Disposición final primera, sobre la que la sentencia llamará expresamente la atención en el FJ 14 (40)], y que, como ya advertimos, en realidad son pocos (apenas tres o cuatro), en comparación con los respaldados por la competencia sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, que con mucho supone para la sentencia el soporte principal de la Ley (en todo lo que resulta de aplicación al conjunto de las Administraciones públicas) (41).

El primero de esos preceptos es el art. 13.7 de la Ley, que regulaba (regula) la forma de acreditar la ausencia de prohibiciones para obtener la condición de beneficiario o de entidad colaboradora en la gestión de las subvenciones, que se declara norma de procedimiento administrativo común sin excesivos razonamientos [FJ 9 g) (42)].

El segundo era (es) el art. 14.1 e), que señalaba (señala) el límite temporal (antes de redactarse la «propuesta de resolución») para proceder a la justificación de la ausencia de algunas de esas prohibiciones (concretamente, para justificar hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social), que se califica como norma integrante del procedimiento administrativo común por su conexión con la regla general de otorgamiento de subvenciones mediante procedimientos de concurrencia competitiva (art. 22.1), que supone lógicamente la intervención de órganos

(40) La STC 130/2013 (FJ 14) calificará la impugnación (también efectuada) de esta Disposición final como una impugnación de carácter «sistemático», «llamada a seguir la misma suerte que los preceptos concretos que han sido objeto de impugnación», restando lógicamente relevancia a los eventuales errores cometidos por el legislador en la elección y caracterización de los títulos competenciales mencionados en ella.

(41) Aparte de ellos, tampoco cabe colegir fácilmente qué otros preceptos de la Ley (no impugnados y por lo tanto no examinados por la sentencia) podrían merecer igual calificación competencial, ya que, como ya nos consta, la Disposición final primera procede a la justificación competencial de manera indiferenciada.

(42) «Por su parte, el art. 13.7 es, tal y como afirma el Abogado del Estado, una norma procedimental, sobre el valor probatorio de los documentos y las formas que estos pueden revestir en el procedimiento subvencional, y encuentra amparo en la competencia estatal sobre procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), pues resulta respetuoso con el margen que corresponde a las Comunidades Autónomas para regular tanto las especialidades derivadas de su organización como los procedimientos subvencionales especiales o *ratione materiae*» [FJ 9 g)].

colegiados con facultad de propuesta [FJ 9 h]] (43). Lo paradójico del caso, pese al énfasis en situar este precepto en el marco del procedimiento administrativo común, es que el precepto con el que se conecta y del que supuestamente derivaría dicha calificación (el central art. 22.1), la sentencia lo legitima íntegramente un poco más tarde (por lo demás, de manera razonable) como base del régimen jurídico de las Administraciones públicas y no como regla procedimental común [FJ 10 a]] (44).

Finalmente, los dos supuestos más interesantes son dos preceptos relativos a los procedimientos sancionadores en materia de subvenciones: el art. 67.2, que concreta las actuaciones conducentes a la iniciación de oficio de tales procedimientos (45), y el art. 67.3, que como excepción o aplicación, según se mire, de las reglas generales (arts. 109 y 138.3 de la Ley 30/1992), atribuye en todo caso a los actos definitivos (de contenido sancionador) dictados en estos procedimientos el carácter de actos que ponen fin a la vía administrativa (46).

Antes de pronunciarse sobre la pertenencia o no al procedimiento administrativo común de estas dos singularidades, la sentencia (FJ 13) hace unas importantes reflexiones sobre el procedimiento administrativo sancionador en general, que al igual que el procedimiento de otorgamiento de subvenciones y por las mismas razones (esto es, por tratarse de otra modalidad típica de la actuación administrativa), puede ser objeto también de atención por el legislador estatal en el marco de su competencia para regular el «procedimiento administrativo común», con el fin de establecer algunas reglas «singulares» adecuadas a sus especiales características, dando lugar así al segundo ejemplo de la categoría construida por la sentencia de las normas de procedimiento administrativo común singulares o de las normas singulares comunes (47).

(43) «Por otra parte, hay que entender que el precepto —que ha de interpretarse conjuntamente con el art. 22.1— se refiere a la propuesta de resolución que debe existir en los procedimientos de concurrencia competitiva y, estando esta regulación amparada en la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE para la regulación del procedimiento administrativo común, que no se circunscribe a lo básico, sino a la completa regulación de la materia, la impugnación del art. 14.1 e) debe desestimarse (...)» [FJ 9 h]]

(44) «En respuesta a esta impugnación debemos señalar que el primer párrafo del art. 22.1, que dispone la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, aun estableciendo un criterio que se inscribe y determina la totalidad del procedimiento concesional es, sobre todo, un principio básico del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) (...)» [FJ 10 a]]

(45) Art. 67.2 de la Ley 38/2003: «El procedimiento se iniciará de oficio, como consecuencia de la actuación de comprobación desarrollada por el órgano concedente o por la entidad colaboradora, así como de las actuaciones de control financiero previstas en esta ley».

(46) Art. 67.3 de la Ley 38/2003: «Los acuerdos de imposición de sanciones pondrán fin a la vía administrativa».

(47) «En cuanto al procedimiento sancionador, cabe aplicar aquí la argumentación desarrollada en el fundamento jurídico 9 de la presente Sentencia respecto al alcance de

Sentado lo anterior, la sentencia [FJ 13 d)] no ve inconveniente alguno en incluir dentro del procedimiento administrativo común las dos reglas antes indicadas, que podríamos denominar «doblemente singulares», por su simultánea pertenencia a los procedimientos (ambos singulares) sancionador y subvencional.

C) El voto particular

Como ya adelantamos, la STC 130/2013 cuenta con un interesante voto particular firmado por el Magistrado Ortega Álvarez, al que se adhieren otros cuatro Magistrados, que comparte en buena medida el razonamiento de la parte recurrente y como ella entiende que el Estado carecía de competencia suficiente para dictar una legislación básica en materia de subvenciones de tanta amplitud y contenido.

El voto se extiende sobre diversos extremos del planteamiento de la sentencia. Critica que al proceder al encuadramiento competencial de la controversia no se llevara a cabo una selección del título competencial prevalente, que en su opinión no era otro que el de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), pero sin otorgarle el alcance a su juicio desmesurado que le atribuye la sentencia. Y censura también la interpretación novedosa y extensiva que se efectúa del título relativo a la Hacienda general (art. 149.1.14 CE).

Pero en lo que aquí más importa, y que constituye a la vez el blanco principal de sus críticas, el voto reprueba duramente la construcción por la sentencia de un nuevo título competencial del Estado sobre el «procedimiento administrativo común singular» o sobre el «procedimiento subvencional común», carente a su juicio de justificación a la luz de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad, incluidas las del nuevo Estatuto de Autonomía aragonés, cuya falta de consideración también lamenta.

Para el Magistrado discrepante este nuevo concepto viene a enturbiar la clara distinción, trazada por la STC 227/1988, entre procedimiento administrativo común, de competencia estatal, y procedimientos administrativos especiales *ratione materiae*, de competencia del legislador sectorial correspondiente (no desmentida, a su juicio, por la STC 61/1997, que la sentencia también trae

la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), de acuerdo con la cual esta competencia habilita al Estado para regular procedimientos administrativos singulares en función del tipo de actividad administrativa desplegada (actividad de subvención, actividad sancionadora...) cuando por las peculiaridades de la misma sea preciso una regulación modulada tanto del *iter* procedimental como de otros aspectos (requisitos de validez, de eficacia...) que, de acuerdo con la doctrina constitucional, se incardinan en el concepto de procedimiento administrativo común» (FJ 13).

a colación). El procedimiento para el otorgamiento de subvenciones pertenecería, en su opinión, claramente a este segundo grupo, y la ausencia de una competencia genérica del Estado en materia de subvenciones es justamente lo que le incapacitaría para llevar a cabo una regulación general o abstracta de dicho procedimiento. Alerta, finalmente, del riesgo que supone la admisión de esta nueva categoría de las normas de procedimiento administrativo común «singulares» para las distintas formas o modalidades típicas de la actividad administrativa, por el inaceptable condicionamiento que puede traer consigo en el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias sectoriales, que inevitablemente han de valerse de unas u otras de ellas (48).

Tiene razón, a mi juicio, el voto particular al observar que la categoría de las normas de procedimiento administrativo común «singulares», introducida por la STC 130/2013, constituye una novedad (afortunada o no) en la doctrina constitucional sobre el procedimiento administrativo común (STC 227/1988), y que esa novedad no es una simple consecuencia de la previa admisión (que, sin embargo, el voto particular parece poner en duda) del supuesto de normas de procedimiento administrativo común «especiales por razón de la materia» (STC 61/1997). Tendría razón también el voto particular al alertar sobre los peligros de esa nueva categoría si en base a la misma la Ley General de Subvenciones hubiera procedido a una regulación detallada del procedimiento subvencional de aplicación plena a todas las Administraciones públicas (cosa que no hace) o si la STC 130/2013 hubiera hecho un amplio uso de esa competencia como fuente de legitimación de los preceptos de la Ley enjuiciados por ella (lo que, como vimos, tampoco ocurre).

Es justamente ahí donde, en mi opinión, empiezan a perder fuerza los razonamientos, por lo demás brillantes, del voto particular, puesto que nos encontramos ante una nueva construcción (por lo demás, en mi opinión, tampoco desprovista de fundamento) de radio de acción limitado, como evidencia, por encima de cualquier otra cosa, el comedido uso que la propia STC 130/2013 hace de la misma. Falta también, en mi opinión, en el voto particular una reflexión acerca del procedimiento sancionador, que, como ya vimos, se encuentra exactamente en las mismas circunstancias desde el punto de vista competencial, y respecto del cual nunca se ha puesto en tela de juicio la posible (y real) existencia de normas comunes «singulares».

Por lo demás, la discrepancia expresada en el voto, al menos a este respecto, viene a ser, en mi opinión, esencialmente metodológica. El voto (como también el Gobierno de Aragón) considera que el único título habilitante que asiste al Estado en esta materia son las bases del régimen jurídico de las Admi-

(48) F. LÓPEZ RAMÓN (2004: 36) se había expresado también, en su momento, en parecidos términos.

nistraciones públicas, en cuya virtud puede «establecer una regulación general del ejercicio de esta potestad [la subvencional], fijando reglas y principios procedimentales comunes» (apartado 4 del voto). El más importante de los principios procedimentales comunes que establece la Ley General de Subvenciones es el de la concurrencia competitiva (art. 22.1), que, como vimos, la propia STC 130/2013 califica precisamente como base del régimen jurídico de las Administraciones públicas, por lo que ni siquiera existe discrepancia a este respecto (49).

D) Aplicaciones posteriores

La doctrina sobre la admisibilidad de normas de procedimiento administrativo común «singulares» por referencia a ciertas modalidades características de la actividad administrativa (en principio, subvenciones y sanciones), instaurada por la STC 130/2013, se ha asentado con toda normalidad como un componente más de la doctrina constitucional sobre el alcance de la competencia estatal relativa al procedimiento administrativo común, pasando a formar parte del «canon» en la materia (50), que incluye en ocasiones formulaciones originales de carácter explicativo (grado intermedio de abstracción) (51).

Lo que no puede decirse, sin embargo, es que esta «excepción» al carácter habitualmente indistinto que han de tener las normas integrantes del procedimiento administrativo común, como «normas establecidas con carácter general y abstracto, para toda suerte de procedimientos» [STC 45/2015, FJ 6 c)], haya tenido hasta la fecha una aplicación expansiva en la jurisprudencia constitucional, sino más bien todo lo contrario, limitada y prudente. En efecto,

(49) Una prueba más, sin duda, de las dificultades que plantea en ocasiones el encuadramiento de una determinada regulación en el ámbito del procedimiento administrativo común o de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, necesario, no obstante, por el diferente alcance de ambas competencias, al que, como sabemos, se atiene la doctrina constitucional. Dificultades que, por otro lado, explican que en la doctrina se sigan expresando dudas sobre la pertinencia de dicha distinción [así, entre otros, J.J. Díez SÁNCHEZ (2014: 228) y J.M. BAÑO LEÓN (2018: 1380)].

(50) SSTC 45/2015, de 5 de marzo [FJ 6 c)]; 87/2016, de 28 de abril [FJ 7 a)]; 54/2017, de 11 de mayo [FJ 7 b)]; 143/2017, de 14 de diciembre (FFJJ 7 y 19); 55/2018, de 24 de mayo [FJ 4 b)]; 33/2018, de 12 de abril [FJ 7]; y 21/2019, de 14 de febrero [FJ 4 a)].

(51) «La competencia en materia de procedimiento administrativo común incluye asimismo la aprobación de principios y reglas sobre cualquiera de aquellas cuestiones, pero establecidas con un *grado intermedio de abstracción* para alguna modalidad de actividad administrativa. Se trata de principios y reglas de “procedimiento administrativo común singular”, entendido como el establecido también en la órbita del artículo 149.1.18 CE y de manera abstracta, pero para una forma específica de potestad o actividad de la administración» [STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 4 b)].

apenas cabe contabilizar dos nuevas aplicaciones de esta doctrina, las dos (cómo no) en el ámbito de las subvenciones, y de escasa entidad.

Así, en primer lugar, la STC 87/2016, de 28 de abril [FJ 7 a)] incidentalmente calificó como norma de procedimiento administrativo común, obviamente «singular», la definición de «beneficiario» llevada a cabo por la Ley General de Subvenciones (art. 11.1), que no había sido impugnada en su momento ni por tanto analizada y caracterizada por la STC 130/2013.

Y, en segundo lugar, la STC 33/2018, de 12 abril (sobre la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa) también incluyó en la órbita del procedimiento administrativo (no del régimen jurídico de las Administraciones públicas) el nuevo papel asignado a la «Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS)» por la reforma de la Ley 38/2003 (en otros, del art. 20) llevada a cabo por aquella, convirtiendo a la BDNS en cauce obligado para la publicación de las convocatorias, pero para efectuar justamente una valoración diferenciada de esta novedad (52).

5. Balance: dos excepciones potentes, pero de alcance limitado

Como hemos visto, de la STC 227/1988 parte la clara distinción a efectos competenciales entre el «procedimiento administrativo común» de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE), comprensivo de las reglas y principios de general aplicación a todas las ramas de la actividad administrativa en materia de procedimiento administrativo en sentido estricto y de régimen jurídico (eficacia y validez) de los actos administrativos, contenidas (en principio) en la ley de ese nombre, y los «procedimientos administrativos especiales», comprensivos de reglas (también de procedimiento o de régimen jurídico de los actos administrativos) más detalladas o específicas en ciertas materias,

(52) En efecto, la sentencia considera, en primer lugar, no amparable como norma «singular» del procedimiento administrativo común la necesaria intermediación de la BDNS en la publicación de las convocatorias, por suponer una perturbación innecesaria de la actuación autonómica a los fines perseguidos de publicidad y transparencia de las subvenciones (FJ 11). Restando, pues, solo el deber de comunicación (ya presente en la redacción original), la sentencia también valora de manera diferenciada las novedosas consecuencias del incumplimiento de dicha obligación introducidas por la reforma. Valdría como norma (singular) del procedimiento administrativo común la curiosa «sanción» de «anulabilidad» de la convocatoria, teniendo en cuenta que «la competencia para establecer las normas de procedimiento administrativo común del artículo 149.1.18 CE comprende la de señalar “los requisitos de validez y eficacia” de los actos administrativos» [FJ 12 a)]; pero no así el medio de ejecución forzosa también previsto en este caso de modo «singular» de las multas coercitivas, por exceder de los medios habituales de supervisión del cumplimiento por las Comunidades Autónomas de la legislación estatal [FJ 12 b)].

siempre en el marco de las reglas comunes, y de competencia del legislador sectorial o sustantivo en cada caso competente.

Pero esa delimitación inicial del alcance de ambos términos, que por lo demás sigue siendo básica y fundamental, ha conocido con el paso del tiempo dos ampliaciones del primero de ellos en detrimento del segundo, cuyo respectivo origen hemos rastreado en las páginas anteriores y que constituyen hoy doctrina constitucional consolidada. Por un lado, las normas del procedimiento administrativo común especiales por razón de la materia (*ratione materiae*), categoría excepcional y nunca del todo bien justificada (STC 61/1997). Y, por otro, las normas procedimiento administrativo común «singulares» para ciertas modalidades características de la actividad administrativa, en principio, subvenciones y sanciones (STC 130/2013), en mi opinión mejor argumentada, aunque si cabe más polémica (53).

También he querido mostrar que, pese a lo llamativo de estas ampliaciones o excepciones a la regla general, su radio efectivo de acción se ha mantenido siempre en la jurisprudencia constitucional dentro de unos límites prudentes y moderados. Pero justamente el silencio administrativo constituye uno de los temas en los que la aplicación de dichas excepciones (fundamentalmente, de la primera) ha resultado ser a la postre más trascendente, como acreditan las sentencias que analizaremos después y que han motivado la entera realización de este trabajo.

III. LA INCARDINACIÓN DEL SILENCIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

1. Los dos momentos de la jurisprudencia constitucional

Antes de pasar al estudio de esas sentencias, conviene hacer, creo, referencia a otras específicamente relativas al silencio administrativo, y en las que se plantea el problema del alcance de su incardinación dentro de la materia competencial procedimiento administrativo común.

Pocas dudas puede haber, ciertamente, sobre la pertenencia inicial del régimen del silencio administrativo, como remedio específico y tradicional de la legislación española (aunque siempre cuestionado) a la tardanza de la Administración en resolver, al campo de las normas integrantes del procedimiento administrativo común, aunque sí sobre la magnitud de dicha pertenencia, es

(53) Tras la STC 130/2013, se han seguido expresando opiniones doctrinales críticas con su construcción, como la de C. AYMERICH CANO (2013); y la de I. GONZÁLEZ RÍOS (2018: 148), que califica de artificiosa la distinción trazada por la jurisprudencia constitucional entre procedimiento común general y singular, aunque para demandar finalmente su reflejo en la Ley 39/2015 en aras de la clarificación del reparto de competencias y del sistema de fuentes.

decir, sobre los concretos extremos de su regulación que pueden merecer con propiedad ese calificativo.

A este respecto, creo que cabe distinguir dos momentos en la jurisprudencia constitucional. Uno primero en el que parece imperar una concepción global del régimen del silencio administrativo como parte integrante del procedimiento administrativo común, que tiene como principal exponente la STC 23/1993 (junto con la propia STC 61/1997). Y otro segundo en el que, en aplicación de la distinción ya conocida entre procedimiento administrativo común y especiales por razón de la materia, se procede a una asignación diferenciada de los distintos aspectos del régimen del silencio administrativo a una u otra clase de procedimientos, que tiene como pieza más elaborada la STC 166/2014 (junto con las SSTC 149/2011, 233/2012 y 155/2016). Ni que decir tiene que las tres sentencias que motivan este trabajo (SSTC 143/2017, 70 y 104/2018) se inscriben en este segundo momento, pero aportando (de ahí su originalidad) desarrollos adicionales a la construcción.

2. La visión global del silencio como parte integrante del procedimiento administrativo común (STC 23/1993)

Aunque la STC 61/1997, al tratar como aspecto integrante del procedimiento administrativo común el silencio administrativo *secundum legem* en materia de licencias urbanísticas, parecía en efecto partir, como vimos, de una concepción según la cual el entero régimen del silencio era materia propia de aquella competencia, el ejemplo más destacado de esta corriente lo constituye una sentencia anterior, curiosamente no citada por la STC 61/1997, la STC 23/1993, también significativamente posterior a la STC 227/1988, lo que evidencia que en este punto (silencio administrativo), todavía por entonces no parecía concederse relevancia a la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales (54).

La STC 23/1993, de 21 de enero, resolvió (y desestimó) un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno vasco frente a determinados preceptos del famoso Real Decreto-ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales, que entre otras cosas estableció, como es sabido, un régimen general de silencio positivo (en el plazo de dos meses y sin necesidad de denuncia de mora) para las «licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas o centros de trabajo», como medida liberalizadora de adaptación a nuestro ingreso en las

(54) Sentencia (la STC 23/1993) traída justamente a la memoria por J. TORNOS MÁS (2015: 236 y 237), aunque para destacar más bien otro extremo, el relativo a la neta distinción que establece entre procedimiento administrativo común y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, por el diferente alcance de ambas competencias.

Comunidades Europeas, fundamentada expresamente desde el punto de vista competencial en la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común ex art. 149.1.18 CE (art. 5 del Real Decreto-ley) (55). En el Preámbulo de la disposición se añadía que «estas normas se dictan como ensayo previo a la revisión del procedimiento administrativo general y tienen el carácter de legislación *básica* de procedimiento administrativo común, conforme al artículo 149.1.18 de la Constitución» (la cursiva es nuestra).

El recurso del Gobierno vasco se basó en razones (comprensibles en aquel momento) que ponían en cuestión la aptitud del Real Decreto-ley para regular esta materia, tanto por afectar supuestamente «al régimen de las Comunidades Autónomas» (art. 86.1 CE) como por no respetar la reserva de ley ya por entonces establecida con carácter general por la jurisprudencia constitucional para el dictado de normas «básicas», así como la existencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE).

En relación con el segundo argumento (el que aquí importa), la sentencia (FJ 3) comienza despejando las posibles dudas (provocadas como hemos visto por la propia disposición y aprovechadas por el recurrente) sobre el encuadramiento competencial de la controversia y/o sobre el alcance del título competencial estatal de referencia. En efecto, la sentencia sitúa decididamente la materia regulada (de conformidad con el art. 5 del Real Decreto-ley) en el marco del «procedimiento administrativo común», subrayando (lo que, como sabemos es, al menos desde entonces, doctrina reiterada) su diferente alcance (competencia plena) al de las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (competencia solo básica) (56), lo que bastaría ya para echar por tierra el argumento (57).

Pero por lo que refiere, que es lo que aquí más importa, al encuadramiento de la materia regulada, es decir, del silencio en cuestión en el marco del «pro-

(55) «Se consideran normas de procedimiento administrativo común, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, aplicables por todas las Administraciones públicas, los artículos 1, 2 y 4 del capítulo 1 y la disposición transitoria primera del presente Real Decreto-ley».

(56) «Resulta necesaria una precisión previa. La Constitución, en su art. 149.1.18, emplea diversas técnicas de distribución competencial, y de reserva de competencias al Estado. El precepto reserva al Estado las “bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios”. Pero no emplea el mismo criterio (distinción entre bases y desarrollo) al reservar *in toto* al Estado la competencia sobre “procedimiento administrativo común”. Es ésta, pues, una competencia exclusiva del Estado, y no reducida al establecimiento de bases o normas básicas» (STC 23/1993, FJ 3) (la cursiva es nuestra).

(57) No obstante, la sentencia, como es lógico, lo rebatirá también en sí mismo por su equivocada interpretación de la jurisprudencia sobre la dimensión formal de la legislación básica, que se refiere al uso excepcional del reglamento, no de otras normas con rango de ley (FJ 3).

cedimiento administrativo común» (un silencio que desde la perspectiva actual calificaríamos sin duda como «sectorial», con el desenlace que luego veremos le proporcionaría la doctrina establecida por la STC 143/2017 (58)), lo interesante es que ese encuadramiento se produce sin mención ni reserva alguna de la posible contribución autonómica en la regulación del silencio administrativo, pese a existir ya la doctrina relativa a la distinción entre procedimiento común y especiales *ratione materiae* (STC 227/1988), dando a entender de algún modo (ciertamente, no de forma expresa) que la regulación del silencio en todos sus aspectos (incluidos plazos y sentido del silencio) era una temática propia y exclusiva del procedimiento administrativo común.

En efecto, la sentencia subraya tres cosas: (1) la naturaleza eminentemente «procedimental» de la regulación del silencio; (2) el carácter novedoso de este supuesto de silencio positivo frente a la regla general por entonces vigente del silencio negativo (art. 94 LPA), anticipo, como decía el Preámbulo de la disposición, de la regla general inversa luego implantada por la Ley 30/1992, y todo ello sin detenerse a considerar su carácter sectorial o no (especial o no *ratione materiae*); y (3) la necesidad de un tratamiento común de los ciudadanos en la regulación del silencio (sin mayores distinguos), lo que avalaría su inclusión en el marco precisamente del «procedimiento administrativo común».

«(...) Esta innovación, con distintos matices y supuestos, ha sido en la actualidad adoptada con carácter general por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus arts. 42 y 43.

Tal técnica [el novedoso silencio positivo en cuestión] se integra en el procedimiento administrativo encaminado a la producción de actos, en lo que aquí atañe, al modo de una autorización concedida por la Administración. *Que este extremo del procedimiento administrativo deba resultar "común" en todo el Estado, en el sentido querido por el art. 149.1.18 de la Constitución, se justifica en la necesidad de que esa garantía mínima que redunde en un beneficio de los administrados juegue por igual para todos los españoles que dirigen sus peticiones para la instalación de empresas a la Administración»* (STC 23/1993, FJ 3) (la cursiva es nuestra)

3. La discriminación de elementos (SSTC 166/2014 y 155/2016)

El segundo momento, el del reconocimiento de ciertos aspectos de la regulación del silencio como parte integrante de la competencia (autonómica) sobre los procedimientos especiales por razón de la materia o, dicho de otra manera, el de la delimitación del alcance de la «reserva» al campo del procedimiento administrativo común de la disciplina del silencio administrativo,

(58) Encajaría, como veremos, siguiendo la terminología aquí utilizada en el supuesto de «silencio común especial».

se inicia con cierta diferencia temporal (tal vez porque tardó en volverse a plantear abiertamente la cuestión), y aunque cuenta con algunos precedentes que también luego abordaremos (SSTC 149/2011 y 233/2012), tiene un claro pronunciamiento de referencia, la sentencia 166/2014, de 22 de octubre, que lógicamente las que aquí nos ocupan tomarán también como punto de partida, y a la que conviene, pues, hacer una mención especial.

La STC 166/2014 resolvió de forma transparente y difícilmente discutible una muy concreta cuestión de inconstitucionalidad que posiblemente hoy, con la nueva doctrina sobre la inaplicabilidad de la ley autonómica contradictoria con la estatal posterior, en base a la prevalencia del Derecho estatal (art. 149.3 CE), ni siquiera hubiera podido llegar a plantearse, pero que por entonces y con arreglo a la doctrina anterior (inconstitucionalidad sobrevenida de la ley autonómica) había de resolverse de esa manera (59).

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con un precepto del Texto Refundido de la Ley catalana de finanzas públicas que establecía como *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo para resolver los procedimientos de revocación de subvenciones (cifrado en seis meses) la fecha de notificación al interesado del acuerdo de incoación, en clara contradicción con el señalado por el art. 42.3 de la Ley 30/1992 a la sazón vigente (en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999), que era la propia fecha del acuerdo de incoación (como sigue siendo así en la vigente Ley 39/2015, art. 21.3), lo que en el proceso *a quo* tenía relevancia porque según resultara aplicable uno u otro se habría producido o no la caducidad (consecuencia prevista, como es sabido, por la Ley 30/1992 y hoy por la Ley 39/2015, en caso de superación del plazo máximo para resolver en los procedimientos iniciados de oficio con posibles consecuencias desfavorables para el interesado).

En un supuesto como este de posible inconstitucionalidad mediata o indirecta del precepto cuestionado, y siendo evidente la existencia de una contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa, la única cuestión que quedaba por resolver era la pertenencia del segundo, el estatal de contraste, no solo desde una perspectiva formal, lo que era obvio, sino sustantiva, como

(59) Doctrina establecida por las SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 204/2016, de 1 de diciembre, y 1/2017, de 16 de enero, que exigen ahora, en virtud del principio de prevalencia del Derecho estatal (art. 149.3 CE), la inaplicación por los tribunales ordinarios de las leyes autonómicas sobrevenidamente inconstitucionales por entrar en contradicción con legislación básica posterior, sin que quepa ya en estos casos el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad; pero manteniendo la exigencia de promover la pertinente cuestión de inconstitucionalidad en el caso de leyes autonómicas posteriores a la legislación básica con la que pretendidamente entran en contradicción. *Vid.* sobre esta jurisprudencia, ambos con algún matiz crítico, G. FERNÁNDEZ FARRERES (2017) y M.J. ALONSO MÁS (2018).

se encarga de advertir la sentencia (FJ 4), al ámbito de las normas integrantes del procedimiento administrativo común de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE). Y es aquí donde la sentencia (FFJJ 5 y 6) hace una serie de importantes puntualizaciones sobre el alcance de esta competencia en el campo de la regulación del silencio, que cabe sintetizar como sigue:

(1) En primer término, la sentencia destaca, con un énfasis posiblemente inédito hasta entonces, que el Estado, a la hora de regular el procedimiento administrativo común (de escoger un «modelo» de procedimiento administrativo común), cuenta con una amplia libertad de configuración («goza de libertad»), con tal de respetar obviamente ciertos principios constitucionales relevantes (como las garantías del art. 24.2 en el procedimiento sancionador) y las competencias que en materia de procedimiento asisten a las Comunidades Autónomas (citándose ciertos límites derivados de pronunciamientos anteriores, como el de no interferir en el organización interna de las mismas).

(2) En segundo lugar, la sentencia subraya que el régimen del silencio administrativo (el establecimiento de la obligación de resolver en un determinado plazo y la previsión de las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación) forma parte, como era de suponer, de ese «modelo» de procedimiento administrativo común que el Estado puede legítimamente establecer en el marco de su competencia.

«Pues bien, como primera aproximación a esa concreta cuestión que nos ocupa podemos indicar que, sin duda, forma parte del modelo general de procedimiento administrativo que el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia —con el margen de apreciación y oportunidad política que ello siempre trae consigo (...)— el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado (art. 42 LPC), así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de esa obligación (en este caso, por tratarse de un procedimiento susceptible de causar efectos desfavorables al interesado, la caducidad del expediente: art. 44.2 LPC), pues de lo contrario aquella previsión inicial no pasaría de ser una mera declaración de principios. Desde luego, sin esas dos previsiones —la una impuesta para la efectividad de la otra— no habría procedimiento administrativo “común”, o, en todo caso, el modelo sería otro distinto (...)» (STC 166/2014, FJ 6)

Y (3), finalmente, la sentencia discrimina entre la fijación del plazo máximo de duración de cada procedimiento, que (como prevé ciertamente el propio modelo actual, pero que, más allá de ello, la sentencia parece considerar un imperativo derivado del respeto a la competencia autonómica para la regulación de los procedimientos especiales *ratione materiae* de su competencia) debe corresponder al legislador sectorial competente en cada caso, y la fijación del *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo, que legítimamente puede ser una norma invariable del procedimiento administrativo común.

«Avanzando un poco más, y esta vez desde la otra perspectiva, no puede dudarse tampoco de que *el respeto antes comentado a las competencias de las Comunidades Autónomas que incluyen, según lo dicho, la competencia para regular los procedimientos administrativos necesarios para ejercerlas*, sí debe impedir que con amparo en el art. 149.1.18 CE el Estado pueda imponer a las Comunidades Autónomas un plazo inalterable para cumplir esa obligación de resolver, pues con ello podría fácilmente cercenar, dificultar o incluso impedir el funcionamiento de estas, o lo que es lo mismo, menoscabar su autonomía. Asumido entonces que conforme con nuestra doctrina la competencia normativa para regular el procedimiento administrativo específico necesario para intervenir en cada sector concreto de la actividad administrativa ha de corresponder, lógicamente, al ente competente para esa intervención (por todas, STC 227/1988, antes citada), de ello se sigue sin dificultad que *ese ente territorial ha de tener autonomía para poder ponderar, entre otras circunstancias, la dificultad o complejidad de la materia, los informes o trámites necesarios o convenientes para ordenar adecuadamente la intervención de su Administración en ese concreto ámbito, o la capacidad de su propia organización administrativa para asumir ese trabajo*; cuestiones todas ellas que inciden forzosamente en la duración previsible de ese procedimiento y, con ello, en la decisión de cuál ha de ser el plazo máximo en que esa Administración debe resolver para cumplir así con la garantía general establecida en este sentido por el legislador competente, que es el estatal de acuerdo con art. 149.1.18 CE (...).

Son estas mismas razones las que impiden compartir la apelación que hacen el Parlamento y la Generalitat de Cataluña a su propia autonomía o libertad de criterio para alterar el *dies a quo* previsto por el legislador estatal para el cómputo de ese plazo para resolver. Para ellos, esa supuesta autonomía o competencia se asienta en su propio interés en que ese día inicial del cómputo sea otro distinto; pero con ello se están adentrando en criterios sobre la estructura general del procedimiento administrativo que, como hemos dicho más arriba, corresponde valorar exclusivamente al legislador estatal, ex art. 149.1.18 CE (...)» (STC 166/2014, FJ 6) (las cursivas son nuestras).

Ni que decir tiene, a la vista de lo expuesto, que la cuestión fue estimada y el precepto divergente catalán declarado inconstitucional.

Poco más tarde, en otra cuestión de inconstitucionalidad (no afectada esta vez por la nueva doctrina sobre la prevalencia del Derecho estatal), el Tribunal Constitucional (por STC 155/2016, de 22 de septiembre, FJ 3) concedió el mismo tratamiento de norma integrante del procedimiento administrativo común a la regla general del silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado salva previsión legal en contrario justificada por «razones imperiosas de interés general», que conforme a la legislación a la sazón vigente y por tanto relevante para decidir la cuestión [art. 43.1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada al mismo por la Ley 25/2009 (60)] no

(60) Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

venían limitadas (como sí ocurre hoy, a tenor del art. 24.1 de la Ley 39/2015) a los procedimientos relativos al «acceso a actividades o su ejercicio».

«Desde la perspectiva material, también consideramos [ahora] que el art. 43.1 LPC, que tras la Ley 25/2009 establece la regla general del silencio positivo, salvo excepción legal basada en razones imperiosas de interés general, es norma integrante del procedimiento administrativo común que corresponde regular al Estado conforme al art. 149.1.18 CE. Cabe aquí remitirnos a la ya citada STC 166/2014 (...)

En la misma línea de razonamiento, hemos de afirmar ahora que forma parte del procedimiento administrativo común una disposición como la que aquí nos ocupa, que establece que las excepciones legales a la regla general del silencio positivo se han de basar en razones imperiosas de interés general» (STC 155/2016, FJ 3).

La cuestión se refería a una ley gallega (de 2010) que establecía un silencio negativo para las solicitudes en materia de personal con contenido retributivo planteadas por los profesionales del Servicio Gallego de Salud. Con buen criterio, la STC 155/2016, desestima la cuestión por entender, con razón, que, pese a no existir por entonces la limitación referida, la ley gallega sí explicitaba (en su exposición de motivos) las «razones imperiosas de interés general» conducentes a la previsión en este caso (y no en otros) de un silencio negativo, «que no es otra que la necesidad de contención del gasto de personal en un escenario de severas restricciones presupuestarias» (FJ 6).

4. La tarea pendiente: el sentido del silencio

No se pronunciaron estas dos sentencias (no era necesario para la resolución de los casos) sobre los posibles límites para el legislador (estatal) competente en materia de procedimiento administrativo común a la hora de determinar el sentido del silencio (en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado), es decir, sobre si la determinación del sentido del silencio por el legislador sectorial competente, de la que parte en principio el modelo actual, constituye también o no (o hasta qué punto) una exigencia derivada del respeto hacia la competencia autonómica para la regulación de los procedimientos especiales *ratione materiae* conectados con sus competencias sustantivas.

Una sentencia anterior (que también citará la STC 143/2017), la STC 233/2012, de 13 de diciembre (FJ 4), había tratado el silencio (en lo relativo conjuntamente al plazo y al sentido del silencio) como parte integrante de las normas de procedimiento propias de la esfera competencial del legislador sectorial competente por razón de la materia («como una especialidad procedimental *ratione materiae*, vinculada al concreto régimen sustantivo de la

materia de que se trate»), pero sin profundizar en el tema ni realizar ninguna construcción de carácter general (61). Y, aun antes, otra, la STC 149/2011, de 28 de septiembre (FJ 5), había hecho lo propio en relación con una materia de indiscutible (e indiscutida) competencia estatal (regulación de los mercados del agua) (62).

Así pues, aquella era la tarea pendiente que va a afrontar la STC 143/2017 (actuaciones urbanísticas en suelo rural), con los elementos de juicio proporcionados por toda la jurisprudencia hasta ahora analizada (la general sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales, y los pronunciamientos específicos en materia de silencio que acabamos de repasar), creando una doctrina novedosa al respecto, que será luego reiterada y aplicada por las otras sentencias que componen la serie: las SSTC 70/2018 (licencia de actividad) y 104/2018 (acceso a la información). Pasemos, pues, a estudiarlas ya sin más dilación.

(61) Sentencia dictada en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. En lo que aquí importa, se impugnaba el apartado b) de la Disposición transitoria primera, que establecía, para las licencias municipales de construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos en grandes establecimientos comerciales, un plazo máximo para resolver de 45 días con silencio positivo. La STC 233/2012 (FJ 4) considera el régimen del silencio para este tipo de licencias como «una especialidad procedimental *ratione materiae*», para la que el Estado se encontraría habilitado en base a los títulos de los apartados 13 y 25 del art. 149.1 CE, por no tratarse de licencias «exclusivamente» urbanísticas.

(62) Sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad (acumulados) interpuestos por el Gobierno de Aragón en relación con ciertos extremos de la regulación del «contrato de cesión de derechos de uso de agua» (introducido por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y regulado después en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio). En lo que aquí importa, el Gobierno de Aragón discutía la compatibilidad del silencio positivo previsto en la autorización de dichos contratos por los Organismos de Cuenca con las reglas generales de la Ley 30/1992 (silencio negativo en caso de transferencia de facultades sobre el dominio público). La STC 19/2011 (FJ 5), sobre señalar que, como es obvio, dicha ley no constituye parámetro de constitucionalidad, se limita a constatar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, caben «previsiones procedimentales específicas *ratione materiae*, vinculadas al concreto régimen sustantivo de la materia de que se trate (...), de forma que el legislador estatal puede establecer la regla de silencio administrativo que considere más adecuada a la regulación sustantiva que pretende establecer».

IV. SILENCIO ADMINISTRATIVO COMÚN Y ESPECIAL

1. Actuaciones urbanísticas en suelo rural (STC 143/2017)

A) Antecedentes

Como vimos en un apartado anterior (63), la famosa STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, incardinó la regulación del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas contenida en el art. 242.6 de dicho Texto Refundido, que seguía la línea tradicional en nuestro Derecho urbanístico de silencio positivo dentro de la legalidad o *secundum legem* («En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico»), en el marco de la competencia estatal sobre el «procedimiento administrativo común» del art. 149.1.18 CE, salvando así su constitucionalidad, que había sido puesta en duda por motivos competenciales.

Lo hizo (como también advertimos entonces) sin grandes razonamientos, de forma tal vez comprensible en una sentencia que hubo de ocuparse de tantas y tan graves cuestiones [«Este precepto, *en atención a su contenido* se encuadra en la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 C.E.) por lo que debe rechazarse la impugnación esgrimida en punto al art. 242.6 T.R.L.S.» (FJ 34) —la cursiva es nuestra], pero de algún modo inconsecuente con otras afirmaciones de principio que contenía la sentencia en torno a las relaciones entre procedimiento común y procedimientos especiales [«Como ya hemos declarado, *más allá de las normas de procedimiento administrativo “común”, la regulación de los procedimientos administrativos “especiales” ha de seguir a la competencia principal (...)*. De ahí se infieren dos consecuencias interpretativas, por lo que ahora importa: de un lado, que *el Estado sólo puede añadir en el ámbito urbanístico nuevas normas de procedimiento cuando ostente alguna competencia material...*» (FJ 35) —las cursivas son nuestras] (64).

Como es bien sabido, esta forma tradicional de entender el silencio administrativo en la materia (ese *tertium genus* entre el silencio positivo puro y el

(63) *Supra*, apartado II.3 B).

(64) La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo refrendaría esta posición por Sentencia de 28 de enero de 2009 (núm. de recurso 45/2007). *Vid.*, al respecto, M.T. CANTÓ LÓPEZ (2009). Y, sobre todo, la dura crítica de J.M. BAÑO LEÓN (2009: 358 y ss.) tanto a la técnica del silencio positivo *secundum legem*, que considera una *contradictio in terminis*, como a su previsión en el ámbito de las licencias urbanísticas por el legislador estatal, por carecer de competencia normativa en la materia.

negativo) fue matizada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio (65), cuyo art. 23 estableció un silencio negativo puro para las licencias urbanísticas relativas a cierto tipo de actuaciones (las «más relevantes»), con el fin (como se indica en el título del capítulo V y en el Preámbulo de la disposición, apartado VI) de aumentar la seguridad jurídica en materia inmobiliaria [concretamente, conviene ya indicárlas, las siguientes: «a) movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación; b) las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta; c) la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes; d) la tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que, por sus características, puedan afectar al paisaje; y e) la primera ocupación de las edificaciones de nueva planta y de las casas a que se refiere la letra c) anterior»]; invocando, dicho sea de paso, como fundamento competencial de ese precepto los títulos previstos en los apartados 1 y 18 del art. 149.1 CE [Disposición final primera, apartado 1 d)].

Aunque el referido art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011 fue declarado inconstitucional por STC 29/2015, de 19 de febrero, por falta del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el art. 86.1 CE (66), su contenido había sido ya incorporado por aquel entonces, con algunas variantes, al art. 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en virtud de la redacción dada al mismo por la Disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas [nuevo art. 9.8, que no incluye la letra e), y da una nueva redacción a la letra d): «La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público»]; manteniéndose por lo demás el criterio clásico (*secundum legem*) en relación con los supuestos en los que siguiera operando el silencio positivo (art. 9.7: «En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística» (67)). Por supuesto, la misma regulación sigue (seguía) estando presente en el art. 11 del vigente

(65) Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

(66) En una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife, en relación exclusivamente con ese precepto del Real Decreto-ley 8/2011.

(67) Art. 8.1 b) en la redacción inicial del Texto Refundido de 2008, antes de la reforma de 2013.

Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (apartados 3 y 4).

Pues bien, frente a un buen número de preceptos de la mencionada Ley 8/2013, entre ellos el que daba nueva redacción al art. 9.8 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, la Generalitat de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la STC 143/2017, de 14 de diciembre, con unos pronunciamientos que hará extensivos a los correspondientes del vigente Texto Refundido de 2015 (FJ 1). De esta sentencia, en el único extremo que aquí importa (FJ 23), vamos a ocuparnos a continuación.

B) La sentencia

Quizá para no contradecir abiertamente lo decidido en su día por la STC 61/1997 en relación con el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (68), pero sin traicionar tampoco en exceso el principio expuesto en esa misma sentencia y otras de la accesoriadad de la competencia para el establecimiento de reglas especiales de procedimiento respecto de la competencia sectorial correspondiente, la STC 143/2017, al resolver la cuestión que nos ocupa (FJ 23), se inclinó por la construcción de una nueva doctrina, sin duda ingeniosa, conforme a la cual dentro de las reglas de procedimiento de procedencia estatal aplicables a sectores determinados de intervención pública (y por ello calificables en principio como especiales) cabría distinguir dos clases: por un lado, las que, dentro de esos sectores, tienen todavía un ámbito de aplicación lo suficientemente general como para reclamar su pertenencia al procedimiento administrativo común (pueden considerarse como «reglas generales») y, por otro, las que, por su referencia a situaciones específicas, constituyen auténticas especialidades procedimentales que el legislador estatal solo podrá aprobar si cuenta para ello con la pertinente competencia sectorial. La cita que sigue es larga, pero necesaria:

«La previsión aquí analizada en nuestra STC 61/1997 puede considerarse como una *regla general en la regulación del silencio administrativo* que tiene su encaje natural en el título competencial del procedimiento administrativo común ex artículo 149.1.18 CE. Como indica la STC 166/2014, de 22 de octubre, FJ 6, “forma parte del modelo general de procedimiento administrativo que el Estado puede imponer en ejercicio de su competencia (...) el establecimiento de la obligación de dictar resolución expresa en un plazo determinado (art. 42 LPC), así como la regulación de las consecuencias que ha de generar el incumplimiento de

(68) Cuya escasa argumentación en este punto también se señalaba: «sin otra indicación argumental que afirmar que dicha regulación “ha venido a recogerse en la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”» (STC 143/2017, FJ 23).

esa obligación". Es, por ello, que tiene cabida en el procedimiento administrativo común el establecimiento de reglas que regulan el sentido del silencio administrativo tanto cuando se hace sin referencia a sectores materiales concretos (como lo hacen, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones), como cuando, aun afectando a una materia o sector concreto —ordenación del territorio y urbanismo—, se establece *una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa* (como, por ejemplo, en relación con el trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25.c]), o el régimen del silencio en los procedimientos bifásicos de aprobación de los planes urbanísticos [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8 B) c]).

Sin embargo, el apartado octavo del artículo 9 del texto refundido de la Ley de suelo 2008 contempla un supuesto diferente, ya que no viene a sustituir a la regla general de silencio administrativo en materia de ordenación del territorio y urbanismo del artículo 9.7 del texto refundido de la Ley de suelo 2008, que no ha sido objeto de impugnación en este proceso, sino que introduce *una regla especial*: impone el silencio negativo para *concretos procedimientos administrativos en el ámbito del urbanismo*. Y es, en estos casos, donde el deslinde entre la competencia del Estado sobre el procedimiento administrativo común y la competencia sustantiva de la Comunidad Autónoma, resulta más complejo...» (STC 143/2017, FJ 23) [las cursivas son nuestras].

Con esta doctrina de nuevo cuño, la sentencia confirmó para empezar (incidentalmente, puesto que no había sido impugnada) la regla del silencio positivo dentro de la legalidad del inciso final del art. 9.7 del Texto Refundido de 2008 y del art. 11.3 del Texto Refundido de 2015, por tratarse de una regulación especial del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas, pero constitutiva a su vez de la «regla general» en la materia, encuadrable por tanto, según lo dicho, en el ámbito del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).

Pero negó ese encuadramiento (procedimiento administrativo común) a los distintos supuestos de silencio negativo puro previstos (por conducto de la Ley 8/2013) en el art. 9.8 del Texto Refundido de 2008 y ahora en el art. 11.4 del Texto Refundido de 2015, constitutivos, por así decirlo, de «especialidades dentro de la especialidad», solo al alcance, pues, del legislador sectorial correspondiente, procediendo en consecuencia a discernir, respecto de cada uno de ellos, la existencia o no de un título competencial sectorial en manos del Estado que legitimara su adopción [pues, en principio, como es lógico, por la índole de la materia (urbanismo y ordenación del territorio), la competencia sectorial era autonómica].

Tras descartar implícitamente la toma en consideración a estos efectos del art. 149.1.1 CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la

igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales), que era invocado (junto con el procedimiento administrativo común) por la Ley 8/2013, la sentencia encuentra, no obstante, otro título que le permite salvar la constitucionalidad de algunos de ellos: la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE).

«Desde la perspectiva competencial, la situación del suelo rural es claramente diferente del urbanizado (suelo urbano) o del que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a urbanizado (suelo urbanizable), por la componente medioambiental, presente de forma más intensa, si cabe, en el suelo del medio rural» (STC 143/2017, FJ 23).

Así pues, los supuestos de silencio negativo previstos en la legislación estatal relativos a actuaciones urbanísticas sometidas a licencia en «suelo rural» podrían merecer, a juicio del Tribunal, la consideración de legislación básica ambiental, sin presentar en consecuencia vicio competencial alguno; mientras que los restantes, es decir, los relativos a actuaciones en «suelo urbanizado» o urbanizable carecerían de esa apoyatura competencial y habrían de ser declarados inconstitucionales.

Concretamente, la sentencia considera constitucional la previsión de un silencio negativo en los supuestos de: (1) «movimientos de tierras y explanaciones», (2) «construcción e implantación de instalaciones de nueva planta» y «ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares», siempre que estas actuaciones se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida (interpretación conforme que se lleva al fallo), y (3) «tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva que se derive de la legislación de protección del dominio público»; reputando, en cambio, inconstitucional esa misma previsión en los supuestos siguientes: (1) «parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas», (2) «tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística», y por supuesto, (3) las actuaciones antes mencionadas sometidas a interpretación conforme cuando no se den las referidas condiciones.

Un trato especial recibe, por último, el supuesto relativo a «obras de edificación de nueva planta», que pese a no guardar relación obviamente con el suelo rural o al menos no de manera primordial, también se considera constitucional por contar con un apoyo competencial plural, el mismo de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación.

«En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para deter-

minar, como especialidad *ratione materiae*, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo» (STC 143/2017, FJ 23)

C) Valoración personal

Como puede verse, se planteaban en este caso dos tipos de problemas, cuya resolución por la STC 143/2017 merece, en mi opinión, una valoración diferenciada: el primero, sin duda el más importante y de alcance más general, el relativo al deslinde entre lo común y lo especial en la regulación del sentido del silencio, y el segundo, más particular del caso planteado, relativo al deslinde en esta misma temática entre lo urbanístico y lo ambiental. Vayamos brevemente a cada uno de ellos.

a) Lo común y lo especial en la regulación del sentido del silencio

El primero de los asuntos se refiere, en efecto, al modo como la sentencia resuelve la cuestión, central en este trabajo y que como dijimos en un apartado anterior (apartado III.4) de algún modo quedaba todavía pendiente, de la delimitación entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales *ratione materiae* en lo relativo a la regulación del sentido del silencio administrativo (en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado) o, dicho de otra forma, de los límites que, en su caso, asistan al legislador estatal competente sobre el procedimiento administrativo común al regular el sentido del silencio derivados del respeto a la competencia (autonómica) sobre los procedimientos especiales por razón de la materia.

Lo que no cabe duda, en primer lugar, es que la STC 143/2017 afronta decididamente la cuestión, no limitándose a proporcionar una respuesta válida para el caso planteado, sino intentando elaborar una doctrina de alcance general (que de hecho va a ser reiterada, como veremos, en los otros casos de la serie), consistente en la distinción entre tres tipos de reglas sobre el sentido del silencio, que, según la terminología aquí utilizada, vendrían a ser las *comunes generales* («sin referencia a sectores materiales concretos»), las *comunes especiales* (las que, «aun afectando a una materia o sector concreto», contienen «una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa») y las *privativas o doblemente especiales* (referidas ya a «concretos procedimientos administrativos» en ámbitos sectoriales específicos). A estas últimas se retranquearía el límite impuesto por la STC 143/2017 a la regulación del sentido del silencio en el marco de la competencia sobre el procedimiento administrativo común, que sin embargo podría abarcar con normalidad (sin ningún tipo de objeción constitucional) los dos primeros tipos, por su común consideración como «regla(s) general(es) en la regulación del silencio administrativo», «que tiene(n) su encaje natural

en el título competencial del procedimiento administrativo común ex artículo 149.1.18 CE» (STC 143/2017, FJ 23).

Igual valdría decir que, en lo tocante a la determinación del sentido del silencio en ámbitos sectoriales concretos, la doctrina establecida por la STC 143/2017 distingue entre la «regla general» y sus «excepciones». La «regla general» que sobre el sentido del silencio establezca el legislador estatal en un concreto sector de intervención pública (aquí, las licencias urbanísticas), aun siendo especial por esta razón y por su apartamiento de las normas propiamente comunes contenidas en la Ley de este título (aquí, la regla del silencio positivo *secundum legem*), sigue siendo una norma del procedimiento administrativo común, pero no lo son ya las «excepciones» que ese mismo legislador estatal pretenda establecer (aquí, los supuestos de silencio negativo puro), que han de ser tratadas como normas especiales para las que se requiere un título competencial sustantivo y distinto.

Confieso que mi valoración de esta doctrina ha cambiado tras un examen más completo de la cuestión. En una primera lectura, en la que fundamentalmente tenía presente la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales (expuesta con detalle en el apartado II anterior), me pareció una construcción sin duda ingeniosa (brillante), pero dotada de buenas dosis de artificio (y en esa medida discutible), muy condicionada por las particularidades del caso y, en especial, por el previo pronunciamiento de la STC 61/1997, que parecía obvio no quería enmendarse (69). El artificio, a mi modo de ver, consistía en distinguir dentro de un ámbito ya de por sí especial (las licencias urbanísticas) entre «regla general» y «excepciones», como si la primera no tuviera ya un carácter de «excepción» frente a las propiamente generales (en definitiva, consideraba artificiosa la categoría de las reglas sobre el sentido del silencio *comunes especiales*). Más sencillo me parecía entonces haber reconocido que la pretendida regla general de aplicación a un determinado sector suponía también una norma especial de procedimiento *ratione materiae* (de competencia del legislador sectorial correspondiente, aquí el autonómico), aunque ello implicara, claro está, un apartamiento de la decisión adoptada por la STC 61/1997 (ciertamente no cuestionada en el recurso, por la falta de impugnación del segundo inciso del art. 9.7 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, en la redacción dada al mismo por la Ley 8/2013), que era posiblemente lo que se quería evitar (70).

(69) Así lo expuse en G. VALENCIA MARTÍN (2019).

(70) También I. GONZÁLEZ RÍOS (2018: 151) califica esta jurisprudencia como «artificiosa, compleja e innecesaria», pero por razones distintas a las mías. Lo que le parece innecesario es exigir al legislador estatal un título competencial sustantivo para la creación de excepciones a la regla general por él mismo establecida, una vez admitida la *vis expansiva* del procedimiento

Sin embargo, una segunda lectura, atenta esta vez a los pronunciamientos específicos del Tribunal sobre el tema del silencio desde la órbita competencial (que, por eso, he querido tratar también con cierto detalle en el apartado III anterior), me ha hecho reconsiderar un tanto esa primera impresión. Lo que se desprende de esa doctrina (en particular de la STC 166/2014), y la STC 143/2017 se limita a llevar a sus últimas consecuencias (aunque sin expresarlo abiertamente con la claridad que tal vez sería deseable) es que, desde el punto de vista competencial, no es lo mismo la fijación del plazo de duración del procedimiento que la determinación del sentido del silencio, o lo que es lo mismo que la competencia para la regulación de procedimiento administrativo común no se enfrenta a los mismos límites (derivados del respeto hacia la competencia autonómica sobre los procedimientos especiales *ratione materiae*) en un caso que en otro (en el segundo tal vez a ninguno).

Lo que se limita a exigir la sentencia en este segundo extremo (sentido del silencio) al legislador estatal competente en materia de procedimiento administrativo común desde la óptica constitucional (y no parece censurable) es un «mínimo de coherencia» con su propio modelo regulatorio (que remite, en principio, a la determinación de las excepciones a la regla del silencio positivo por el legislador sectorial competente), que la sentencia cifra en la prohibición de establecer desde esa competencia reglas especiales para «concretos procedimientos administrativos» en ámbitos sectoriales específicos, o (según aquí los hemos llamado) supuestos especiales o privativos, como desarrollaremos con más detalle en el apartado final de este trabajo (71).

b) Lo urbanístico y lo ambiental en la regulación del sentido del silencio

El segundo problema es ya específico del caso enjuiciado y se refiere a la dificultad de deslindar, a los efectos que aquí importan (regulación del silencio administrativo en materia de licencias urbanísticas), entre lo estrictamente urbanístico y lo que presenta componentes ambientales. La STC 143/2017 opera aquí, en principio, con toda lógica, admitiendo la legislación básica en materia de protección del medio ambiente como título competencial sustantivo con proyección sobre el ámbito urbanístico, que puede, por tanto, legitimar la

administrativo común, que le permitiría (sin claros límites) incidir en procedimientos especiales por razón de la materia de competencia autonómica: «el silencio negativo —en su opinión— será una regla común de procedimiento administrativo cuando el Estado, en virtud de su competencia ex art. 149.1.18^º y de sus competencias compartidas o concurrentes, considere que la materia requiere de una regulación uniforme que garantice un tratamiento común a los ciudadanos en una materia sectorial».

(71) *Vid., infra*, apartado V.2.

previsión por parte del Estado de «excepciones» a la regla general previamente establecida (al que se suman otros en el caso de las edificaciones de nueva planta), y decide luego que lo ambiental está especialmente presente en el ámbito «rural», procediendo en consecuencia a efectuar las discriminaciones que ya conocemos.

Pero reconducir lo ambiental en la esfera del urbanismo al ámbito de lo rural no deja de ser una simplificación con buenas dosis de convencionalismo, tanto por exceso como por defecto. Además, dudo mucho que el legislador estatal, si persevera en esta forma de afrontar la regulación de esta materia, se sienta en condiciones de hacerlo con total seguridad siguiendo esta jurisprudencia. A la vista del delicado y complejo estado en que ha quedado la redacción del (vigente) art. 11.4 del Texto Refundido de 2015, es muy probable que el legislador estatal se lo piense muy mucho antes de cambiar una sola coma.

2. Licencia de actividad (STC 70/2018)

A) Antecedentes

El Estado fue desentendiéndose poco a poco de la suerte de esa legislación protoambiental que encarnaba el célebre Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP) de 1961, cuya faceta ejecutiva (en lo que eran funciones estatales) fue asumida desde el principio por todas las Comunidades Autónomas, y de cuya actualización normativa se fueron encargando también algunas de ellas desde fechas relativamente tempranas.

El momento tal vez más importante para reafirmar o desandar ese proceso de distanciamiento por parte del Estado respecto del RAMINP fue el que siguió a la aprobación de la normativa comunitaria europea sobre prevención y control integrados de la contaminación (Directiva 61/96/CE). En trance de incorporar esta normativa al ordenamiento español, el legislador estatal podría haber llevado a cabo una revisión completa del viejo sistema de las licencias de actividades clasificadas, siguiendo el ejemplo del legislador catalán en su transposición adelantada de aquella Directiva (Ley 3/1998), pero por las razones que fueran dejó pasar la oportunidad, limitándose a regular la llamada entre nosotros «autorización ambiental integrada» (Ley 16/2002), única de las autorizaciones ambientales para el ejercicio de actividades (mercantiles o industriales) a la que el legislador estatal, a partir de ese momento, pareció reconocer carácter básico, y que por lo aquí importa, contó desde el principio, por imperativo de la Directiva («permiso escrito»), con un régimen de silencio administrativo negativo.

Las Comunidades Autónomas se dieron, como es lógico, por aludidas por dicha inacción, comenzando a partir de entonces a desarrollar de manera generalizada todo un conjunto de sistemas autonómicos propios de autorizaciones

ambientales, que sobre explotar las posibilidades de desarrollo legislativo que dejaba la Ley 16/2002 en relación con la autorización ambiental integrada, se dedicaron principalmente a diseñar todo un conjunto de variados sistemas (en número de figuras, denominación y régimen) de reemplazo de la vieja licencia de actividades clasificadas para el resto de actividades. La derogación final por parte del Estado del RAMINP (a través de la Ley 34/2007) no fue sino un reconocimiento de las dimensiones que había adquirido este proceso, que acabó de convencer a las más remisas de la conveniencia de dotarse igualmente de su propia normativa. Y la coetánea aprobación de la normativa en materia de servicios (Directiva de 2006 y Leyes estatales de 2009 (72)) un factor más a considerar en el diseño de estos nuevos sistemas autonómicos (mediante la sustitución en algunos casos de la licencia por comunicaciones previas o declaraciones responsables) (73).

La Ley murciana 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada, no fue sino una más de estas legislaciones autonómicas de nuevo cuño (74), que, por lo que ahora importa, previó desde el principio para la licencia de actividad (se mantenía la denominación clásica) un régimen de silencio administrativo positivo dentro de la legalidad (art. 80 (75)), como por cierto habían hecho ya otras legislaciones autonómicas en relación con sus figuras equivalentes (silencio positivo puro o dentro de la legalidad) (76),

(72) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; y Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

(73) La bibliografía sobre todas estas cuestiones es lógicamente muy amplia. Baste mencionar el reciente número monográfico de la *Revista Actualidad Jurídica Ambiental (AJA)*, el núm. especial 88/2, de marzo de 2019, coordinado por E. BLASCO HEDO y M. MORA RUIZ, dedicado al Seminario de Investigación «20 años de la prevención y el control integrados de la contaminación. Balance y perspectivas», celebrado en octubre de 2017 en la Universidad de Huelva, y con aportaciones de especialistas en la materia.

(74) Sobre la, a mi juicio, destacable Ley murciana 4/2009, *vid.*, entre otros: S.M. ÁLVAREZ CARREÑO (2012) y G. VALENCIA MARTÍN (2018: 158 y ss.).

(75) Art. 80 (Plazo para resolver y notificar la resolución): «1. En las actividades sometidas a informe de calificación ambiental, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de otorgamiento o denegación de licencia de actividad será de seis meses, transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud. 2. *El otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico, de las prescripciones de esta ley o de sus normas de desarrollo, o de la legislación sectorial aplicable*» (la cursiva es nuestra).

(76) Por eje., la valenciana. El silencio positivo puro para la licencia ambiental previsto, primero, por la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental (art. 55); y hoy por la Ley 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades (art. 60).

pues positivo era (cabe recordar), aunque *sui generis*, el silencio en el viejo sistema del RAMINP (77).

En los últimos tiempos, el Estado parece haber querido recobrar una cierta iniciativa en la regulación de esta materia. Prueba de ello son los distintos supuestos, progresivamente ampliados, de actividades para las que el legislador estatal (con base, entre otros, en el art. 149.1.13 CE) impone la sustitución de la licencia de actividad o equivalente por un régimen de simple declaración responsable o comunicación previa (78). Y prueba de ello es también, por lo que ahora importa, la inclusión en la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, de un nuevo supuesto general de silencio negativo para los procedimientos de autorización de actividades con posibles repercusiones negativas sobre el medio ambiente (art. 24.1: «El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos [iniciados a solicitud del interesado que] impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente»).

Desconozco si la intención del legislador estatal con la introducción de este nuevo supuesto era justamente la de incidir en estas nuevas legislaciones autonómicas de control ambiental de actividades, pero que el efecto (uno al menos de sus efectos) iba a ser ese resultaba por completo previsible, como se encargaría de demostrar la STC 70/2018 a la que enseguida haremos referencia.

En efecto, el legislador murciano acometió en 2016 (por Decreto-ley 2/2016, de 20 de abril, luego convertido en la Ley 2/2017, de 13 de febrero (79)) una reforma parcial, pero importante, de la Ley 4/2009, con el objetivo principal, aunque no único, de reemplazar la licencia de actividad en un buen número de casos por una simple declaración responsable (nueva regla general del sistema), para atender las exigencias de la normativa de servicios, que habían quedado prácticamente inéditas en la versión inicial de la Ley (80). Esta medida fue el centro principal de atención del recurso de

(77) Art. 33 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, en la redacción dada al mismo por el Decreto 3494/1964, de 5 de noviembre.

(78) Actividades comerciales minoristas y de prestación de ciertos servicios en establecimientos permanentes «cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 750 metros cuadrados», de acuerdo con el Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, luego transformado en Ley 12/2012, de 26 de diciembre, y sus reformas ulteriores por medio de las Leyes 14/2013, de 27 de septiembre, y 20/2013, de 9 de diciembre.

(79) Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas; luego reemplazado por la Ley 2/2017, de 13 de febrero, del mismo título.

(80) Me he ocupado con detalle de esta también interesante reforma en G. VALENCIA MARTÍN (2018: 170 y ss.).

inconstitucionalidad que más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso interpusieron frente a diversos preceptos de la Ley murciana 2/2017, de 13 de febrero, y en consecuencia también de la STC 70/2018, de 21 de junio, que lo resolvió (81).

Pero, por lo que se refiere al centro de las preocupaciones de este trabajo, cabe indicar que el recurso también se dirigió contra el régimen de silencio positivo dentro de la legalidad previsto por la reforma de 2017 para la licencia de actividad (art. 64.3 de la Ley 4/2009, en su nueva redacción: «El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de otorgamiento o denegación de licencia de actividad será de seis meses, transcurridos los cuales se entenderá estimada la solicitud. El otorgamiento por silencio administrativo de la licencia de actividad no concede facultades a su titular en contra del planeamiento urbanístico o de la legislación sectorial aplicable»), que no era sino reproducción del previsto desde un principio por la Ley 4/2009, pero que al formar parte de los artículos enmendados por la reforma de 2017 pudo ser objeto de impugnación, con el argumento, fácil es de adivinar, de su posible contradicción con el art. 24.1 de la sobrevenida Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común. Veamos, a continuación, la respuesta del Tribunal.

B) La sentencia

Aunque el Letrado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia hizo una defensa muy meritoria del precepto en cuestión (antecedente 8 de la STC 70/2018), con argumentos ingeniosos, como situar el problema en el marco de la regla general (también contenida en el art. 24.1) de silencio positivo salva previsión legal en contrario basada (en el caso de acceso o ejercicio de actividades) en razones imperiosas de interés general, intentando desviar la atención hacia la concurrencia o no de este tipo de razones, cuya inexistencia en el caso de la licencia de actividad habría llevado al legislador murciano (el competente en la materia) a no prever un silencio negativo, el desenlace (estimatorio) de la impugnación era previsible.

(81) No nos detendremos en esta cuestión, que no afecta al objeto central del trabajo. Baste, pues, con señalar que el recurso planteó, a este respecto, dos motivos de inconstitucionalidad: uno de alcance general, afectante al conjunto de la reforma, relativo a la posible vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) por la supuesta falta de informes técnicos que avalaran las medidas adoptadas, y otro específicamente dirigido frente al nuevo régimen de la declaración responsable por supuesta vulneración indirecta de algunas competencias estatales (art. 149.1.18, 23 y 16 CE); y que ambos motivos fueron desestimados, a mi juicio con razón, por la STC 70/2018 (FFJJ 4 y 11 a 3).

En efecto, la sentencia, que dedica al asunto una considerable atención (FFJJ 7 a 10), comienza descartando que ese sea el enfoque correcto del problema, pues lo que se está examinando no es la conformidad o no de un silencio negativo autonómico con la regla general antes expuesta (cuya pertenencia al procedimiento administrativo común había sido afirmada, como ya nos consta, por la STC 155/2016), sino antes al contrario, un silencio autonómico que no es negativo y que tal debiera serlo por mor de los supuestos específicos de la Ley 39/2015 [FJ 10 (i)].

A renglón seguido, siendo indiscutible la competencia autonómica para la regulación de la licencia de actividad (desarrollo legislativo en materia de protección del medio ambiente, entre otras), la sentencia se detiene a examinar si la nueva previsión del art. 24.1 de la Ley 39/2015 (silencio negativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado «que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente») puede considerarse o no como norma integrante del «procedimiento administrativo común» de competencia estatal (art. 149.1.18 CE) y por lo tanto de obligada observancia por el legislador autonómico, llegando, como también parece lógico, a una conclusión positiva, no solo y no tanto por la inclusión de dicha regla dentro de la Ley 39/2015, sino por cumplir los requisitos de la doctrina recientemente establecida por la STC 143/2017, es decir, por tratarse de una regla que aun teniendo una proyección sectorial (actividades con relevancia ambiental) resulta ser lo suficientemente general (regla general dentro de la especialidad) como para reclamar la condición de norma común de procedimiento; es decir, por constituir otro supuesto de lo que aquí venimos llamando silencio administrativo «común especial».

«A la vista de esta distinción [la trazada por la STC 143/2017], resulta evidente que, de acuerdo con nuestra doctrina, la regla de silencio administrativo desestimatorio establecida, sin más especificaciones, en el artículo 24.1, párrafo segundo LPAC, para los procedimientos que “impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente”, constituye, pese a su proyección sobre un ámbito sectorial determinado (el medio ambiente), una regla general de procedimiento común que tiene pleno anclaje, tal y como el legislador ha expresado en la disposición final primera de la LPAC, en la competencia estatal contemplada en el artículo 149.1.18 CE» (STC 70/2018, FJ 9 *in fine*)

También a este respecto, la sentencia se cuida en señalar que desde la óptica constitucional (otra cosa sería con arreglo al Derecho comunitario europeo, aquí intrascendente por no constituir canon de constitucionalidad) el legislador estatal no está obligado a justificar la concurrencia de exigencias imperiosas de interés general al establecer supuestos de silencio negativo en el ejercicio de su competencia sobre el procedimiento administrativo común [FJ 10 (i)].

Tras todo lo anterior, a la sentencia solo le restaba apreciar la efectiva e insalvable contradicción entre el precepto autonómico impugnado (silencio positivo dentro de la legalidad en la licencia de actividad) y la norma estatal de contraste perteneciente al procedimiento administrativo común, operación que como es lógico se desarrolla en un doble plano [FJ 10 (ii)].

Por un lado, rechazando entrar en los problemas que plantea la interpretación de ese *tertium genus* conocido bajo el nombre de silencio positivo *secundum legem*, por pertenecer al plano de la legalidad ordinaria (82), para afirmar en este punto la contradicción, a la sentencia le basta con constatar que sus efectos no son idénticos, como es obvio, a los del silencio negativo.

Y, por otro lado, la sentencia debe entrar en la cuestión más espinosa (también suscitada por el Letrado de la Región de Murcia) de la finalidad no solo ambiental de la licencia de actividad, sino concerniente también a la seguridad de las instalaciones (art. 10.3, entre otros, de la Ley 4/2009). Aun aceptando, como no podía ser de otra forma (y está previsto de manera expresa por la legislación murciana), que la licencia de actividad constituye un instrumento de control preventivo del ajuste de la actividad a una pluralidad de normativas sectoriales con variados fines, la sentencia concluye, no sin razón, que la normativa ambiental forma parte indiscutible de ellas en la mayor parte de los casos, por lo que quedaría afectada (en esa mayoría de casos) por la exigencia de silencio negativo impuesta por las reglas del procedimiento administrativo común.

Así pues, tras examinar los tipos de actividades sujetas a licencia de actividad en la nueva legislación murciana, que son objeto de listado al constituir ahora la declaración responsable la regla general (Anexo I, al que remite el art. 59.2 de la Ley), la sentencia dispensa solo de la declaración de inconstitucionalidad (es decir, mantiene la viabilidad en estos casos de la fórmula elegida por el legislador autonómico) una serie limitada de supuestos en los que resulta evidente que la finalidad primordial de la licencia es el control de otras normativas sectoriales no ambientales, a saber: «las actividades que se desarrollen en inmuebles de interés cultural» y «los espectáculos públicos y actividades recreativas, cuando lo establezca su normativa específica» (apartados 4 y 5 del Anexo I, respectivamente).

C) Reflexión final

Varios son los comentarios que suscita, a mi modo de ver, esta sentencia.

(1) Ante todo, lo que conviene destacar en primer término es que la STC 70/2018 supone una confirmación rotunda de la doctrina establecida por la

(82) Sobre estos problemas, *vid.*, entre otros, el espléndido trabajo de I. SANZ RUBIALES (2006).

STC 143/2017 sobre el alcance de la competencia sobre el procedimiento administrativo común para la determinación del sentido del silencio y de su tipología de supuestos. Sus palabras no pueden ser más claras: «En estos primeros casos [los dos primeros de dicha tipología, los silencios aquí llamados común general y especial], la competencia prevista en el artículo 149.1.18 CE es *suficiente* para legitimar la intervención normativa del Estado; en tales supuestos, en los que la regla de silencio administrativo es *general* aun cuando vaya específicamente ligada a un sector del ordenamiento o a un tipo de procedimiento administrativo, estamos, en definitiva, ante una norma de procedimiento común» [FJ 9 (i)] (las cursivas son nuestras).

Las mismas valoraciones efectuadas con anterioridad a propósito de la STC 143/2017 (y que desarrollaremos con mayor amplitud en el apartado V) valen, pues, para este caso.

La alternativa que vendría a la mano en caso de desechar los silencios «comunes especiales», es decir, la justificación del nuevo supuesto (general) de silencio negativo introducido por la Ley 39/2015 para solicitudes que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente» al amparo del título competencial relativo a la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.18 CE), resulta innecesaria a la luz de la doctrina ahora reafirmada, por resultar «suficiente» la competencia relativa al procedimiento administrativo común.

(2) En segundo lugar, y así lo ha destacado también la doctrina que se ha ocupado ya de esta decisión, resulta obvio que las repercusiones de la STC 70/2018 trascienden con mucho el caso de la legislación murciana. Otros legisladores autonómicos (sin ir más lejos el valenciano (83)) deberían apresurarse a enmendar el régimen del silencio para sus licencias de actividad o figuras equivalentes, si no quieren crear confusión o dejar el asunto, si mediara pleito, en manos de los tribunales ordinarios (84).

(3) Y, finalmente, queda por valorar la oportunidad de ese nuevo supuesto (sistemático) de silencio negativo introducido por la Ley 39/2015 cuya constitucionalidad desde el punto de vista competencial ha quedado ahora confirmada.

(83) I. SANZ RUBIALES (2019: 101 y ss.) hace un examen detallado y diferenciado de todas normativas autonómicas en materia de licencias ambientales que podrían verse afectadas por la STC 70/2018.

(84) De acuerdo con la nueva doctrina del Tribunal Constitucional, antes mencionada, sobre la prevalencia del Derecho estatal (art. 149.3 CE), que exige la inaplicación por los tribunales ordinarios de las leyes autonómicas sobrevenidamente inconstitucionales por entrar en contradicción con legislación básica [o, como en este caso, de aplicación plena] posterior, sin que quepa ya en estos casos el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 204/2016, de 1 de diciembre, y 1/2017, de 16 de enero).

SANZ RUBIALES ha defendido, con otros autores (85), que su introducción responde a exigencias derivadas de la legislación ambiental comunitaria europea y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (86). Yo no estoy tan seguro de ello, en la medida en que esa jurisprudencia se ha referido siempre, como la propia legislación comunitaria interpretada, a actividades con un cierto nivel de impacto ambiental (87). Más razonable me parecería, pues, desde esta perspectiva, una nueva redacción del art. 24.1 de la Ley 39/2015 que limitara el silencio negativo a las solicitudes para el ejercicio «actividades que puedan [causar daños *significativos* sobre] el medio ambiente».

La amplitud de la nueva regla que convierte sistemáticamente en negativo el silencio en toda clase de autorizaciones ambientales, aun relativas a actividades de menor impacto (y que con esa misma amplitud ha sido avalada por la STC 70/2018 como norma integrante del procedimiento administrativo común), solo puede tener como explicación (una vez descartada por dudosa su fundamentación ambiental) la de constituir un medio (indirecto) para forzar la sustitución por el legislador competente *ratione materiae* (en este caso el autonómico) de la exigencia de autorización (en estas actividades de menor impacto) por simples comunicaciones previas o declaraciones responsables, que sería la única manera de evitar los efectos, siempre más gravosos para el ejercicio de la actividad, del silencio negativo frente al positivo (ahora vedado), e incluso el incumplimiento de la normativa comunitaria europea de servicios que podría suponer la previsión de un silencio negativo para esas actividades.

No niego que estos efectos (intencionados o no) del nuevo supuesto legal (aceptables tal vez en el marco del procedimiento administrativo común, pero ajenos a la órbita ambiental) puedan ser justificados, como hace brillantemente el profesor SANZ RUBIALES, en base al principio de proporcionalidad [«si no hay posibles daños al ambiente (u otra razón imperiosa de interés general), no cabe exigir autorización»] (88), pero no estoy tan seguro de que en la práctica sean bien comprendidos y correctamente implementados.

Sin ir más lejos, el legislador murciano, seguramente con buen criterio, para evitar las distinciones un tanto artificiosas trazadas por la STC 70/2018 entre licencias de actividad con una u otra finalidad, se apresuró a corregir el precepto cuestionado (y parcialmente declarado inconstitucional) por medio

(85) También, por ejemplo, V. AGUADO I CUDOLÀ (2017: 1228).

(86) I. SANZ RUBIALES (2019: 98).

(87) Desde la inicial STJCE de 28 de febrero de 1991, as. 360/87, Comisión/Italia (aguas subterráneas).

(88) I. SANZ RUBIALES (2019: 100).

de la Ley 10/2018, extendiendo con carácter general el silencio negativo a todas las licencias de actividad subsistentes (89).

3. Acceso a la información (STC 104/2018)

A) Antecedentes

En 2013 se aprobó por fin una legislación de corte moderno y ámbito de aplicación general en materia de acceso a la información pública, por medio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de parecidas características en lo fundamental a la existente desde hacía ya unos años sobre el acceso a la información en materia ambiental (Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente) (90). A tenor de su Disposición final octava, que apelaba a un fundamento competencial plural sin mayores especificaciones (apartados 1, 13 y 18 del art. 149.1 CE), la Ley 19/2013 (la mayor parte de su contenido) constituía un marco normativo de aplicación plena o al menos con carácter básico al conjunto de las Administraciones públicas, pero no excluyente, por supuesto, de la existencia de normativas autonómicas propias (a las que también se hacía referencia expresa en su articulado), que, en efecto, ya desde antes, pero sobre todo tras la aprobación de dicha Ley prácticamente se han generalizado (91).

En lo que ahora importa, la Ley 19/2013 contenía dos medidas, con indudable vínculo entre sí (92), en relación con el ejercicio del derecho de acceso a

(89) Art. 23 de la Ley 10/2018, de 9 de noviembre, de aceleración de la transformación del modelo económico regional para la generación de empleo estable de calidad, que da nueva redacción, entre otros, al art. 64.3 de la Ley 4/2009, que pasa a decir: «El plazo máximo para resolver y notificar la resolución de otorgamiento o denegación de licencia de actividad será de seis meses, transcurridos los cuales se entenderá desestimada la solicitud».

(90) La bibliografía sobre la Ley 19/2013 es lógicamente abundantísima. Baste citar, entre otras obras destacadas: M.A. BLANES CLIMENT (2014a), J. VALERO TORRIJOS y M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (Coords.) (2014), S. FERNÁNDEZ RAMOS y J.M. PÉREZ MONGUÍO (2017) y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018a).

(91) Madrid (Ley 10/2019), Asturias (Ley 8/2018), Navarra (Ley Foral 5/2018), Cantabria (Ley 1/2018), Castilla-La Mancha (Ley 4/2016), Galicia (Ley 1/2016), Comunidad Valenciana (Ley 2/2015), Castilla y León (Ley 3/2015), Aragón (Ley 8/2015), Murcia (Ley 12/2014), Canarias (Ley 12/2014), Cataluña (Ley 19/2014), La Rioja (Ley 3/2014), Andalucía (Ley 1/2014).

(92) Buena prueba de esta relación es el criterio del Consejo de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de la Comunidad Valenciana de permitir la reclamación en casos de silencio [que, de acuerdo con la Ley valenciana 2/2015, es (era) positivo dentro de la legalidad] al objeto de determinar el alcance de lo estimado por silencio, para no «dejar a los solicitantes de información (en la Comunidad Valenciana) en peor situación que

la información (la comúnmente llamada, desde la óptica de la Administración, publicidad pasiva o previa solicitud). En primer lugar, la atribución al silencio en estos procedimientos de un sentido negativo (art. 20.4: «Transcurrido el plazo máximo para resolver [de un mes] sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada»). Y, en segundo lugar, la previsión de un sistema especial de recurso en vía administrativa (reclamación), sustitutivo de los recursos ordinarios, de carácter potestativo y ante un órgano especializado e independiente: el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estatal o los equivalentes creados por las Comunidades Autónomas (art. 24 de la Ley).

Once de las diecisiete Comunidades Autónomas han creado ya sus propios órganos competentes para el conocimiento de este tipo de reclamaciones, con variedad de atribuciones y estructuras (93), habiendo suscrito las demás un convenio con la Administración General del Estado para el conocimiento de las mismas por el Consejo estatal, como también contemplaba la Ley en su Disposición adicional cuarta (94).

Y en lo que ahora más importa, algunas normativas autonómicas regularon el silencio en los procedimientos de ejercicio del derecho de acceso a la información en un sentido diferente al previsto por el art. 20.1 de la Ley 19/2013, como un silencio positivo dentro de la legalidad, con variedad de matices (95). Frente a una de estas normativas autonómicas divergentes (la aragonesa) se planteó la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 104/2018, de 4 de octubre.

B) La sentencia

En efecto, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón planteó una cuestión de inconstitucionalidad en rela-

si resultara de aplicación la regulación del silencio negativo que establece la Ley 19/2013 estatal que, teóricamente, es más restrictiva del derecho de acceso a la información» (vid., entre otras, la Resolución 45/2017, de 15 de junio).

(93) Sobre el diseño de los órganos de control de la transparencia, *vid.*, entre otros, I. LIFANTE VIDAL (2018: 23 y ss.).

(94) Disponen a día de hoy de órgano propio Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Illes Balears, Comunidad Foral de Navarra, País Vasco y Región de Murcia; y han suscrito convenio con la Administración General del Estado, Cantabria, Castilla-La Mancha, Extremadura, La Rioja, Madrid y el Principado de Asturias. *Vid.* información actualizada al respecto en la página web del Consejo estatal de transparencia y buen gobierno (<https://www.consejodetransparencia.es>), apartado «transparencia en España».

(95) Junto a la aragonesa, también la Ley catalana 19/2014 (art. 35), la Ley valenciana 2/2015 (art. 17.3) y la Ley Foral navarra 5/2018 (art. 41.2).

ción con el art. 31.2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón, que disponía un régimen de silencio positivo dentro de la legalidad en los procedimientos de acceso a la información regidos por dicha Ley («Si en el plazo máximo establecido no se hubiera notificado resolución expresa, el interesado o la interesada podrá entender estimada la solicitud, salvo con relación a la información cuya denegación, total o parcial, viniera expresamente impuesta en una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o en una norma de derecho comunitario»); cuestión basada, como es obvio, en su posible contradicción con el régimen de silencio negativo establecido por el art. 20.4 de la Ley 19/2013, con fundamento, como vimos, entre otros, en el art. 149.1.18 CE.

La sentencia encargada de resolver esta cuestión, la STC 104/2018, de 4 de octubre, no pone en duda, por supuesto, la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para regular el acceso a la información (con fundamento, ante todo, en la competencia sobre el régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno), pero respetando obviamente las normas dictadas por el Estado en ejercicio de sus propias competencias (FJ 5 *in fine*).

De entre los títulos competenciales invocados por la Ley 19/2013 como fundamento de su regulación, la sentencia (FJ 4) selecciona en este caso (en relación con el art. 20.4, sobre el régimen del silencio), por su mayor especificidad, el relativo justamente al procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).

«La regulación de los efectos que produce en el procedimiento la inactividad de la Administración tiene un carácter marcadamente procedimental, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal» (FJ 4).

De modo que las tareas que quedaban pendientes de absolver, como en el caso anterior, eran claramente dos: primero, determinar si el establecimiento por el legislador estatal (en el art. 20.4 de la Ley 19/2013) de un régimen específico de silencio (negativo) en los procedimientos de acceso a la información puede tener, en efecto, la consideración de norma del procedimiento administrativo común; y segundo, en caso afirmativo, si existe o no una contradicción efectiva e insalvable entre los dos regímenes confrontados.

Para responder a la primera cuestión, la sentencia (FJ 5) comienza lógicamente recordando la doctrina establecida por la STC 143/2017 sobre los dos tipos de reglas sobre el sentido del silencio encuadrables en el procedimiento administrativo común («sin referencia a sectores materiales concretos» o «cuando, aun afectando a una materia o sector concreto, se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimiento o a un tipo de actividad administrativa»), aunque sin decantarse abiertamente en este caso por ninguno

de los dos (lo que será objeto de reproche por el voto particular). Implícitamente, parece que el elegido es el primero (el que aquí hemos denominado común general, aunque extramuros de la Ley 39/2015) por la referencia que también hace la sentencia al carácter intersectorial de la Ley 19/2013, aunque su argumentación en este punto va principalmente dirigida (quizás de forma innecesaria) a justificar el sentido negativo del silencio previsto para esta clase de solicitudes por el legislador estatal.

«En tal sentido, el alcance subjetivo y objetivo sobre el que se proyecta el derecho de acceso a la información pública en la ley estatal evidencia un extenso desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos [art. 105 b) CE] (...), al incrementar la transparencia de la actividad de *todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas*, configurando ampliamente el derecho de acceso del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Sin embargo, tal derecho de acceso puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos o intereses protegidos que pueden limitar el mismo (...). Ante esta eventual colisión, el legislador estatal ha tomado la cautela de proteger estos derechos e intereses frente a la posibilidad de que puedan verse vulnerados o afectados como consecuencia de la falta de respuesta de la Administración a tales solicitudes, justificándose de este modo la regla del silencio negativo establecida en el artículo 20.4 de la Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, por lo que la norma estatal “cumple una función típica de las normas de «procedimiento administrativo común”: “garantizar un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas”» (STC 104/2018, FJ 5) (la cursiva es nuestra)

La segunda cuestión tenía una respuesta sencilla a la vista de los precedentes (FFJJ 6 y 7), pues sin necesidad de profundizar en la interpretación del peculiar silencio positivo dentro de la legalidad previsto en esta materia por la ley aragonesa, resultaba obvio que su significado no era el mismo que el de un silencio negativo puro como el previsto por ley estatal, existiendo pues una contradicción insalvable que lleva a la declaración de inconstitucionalidad del precepto aragonés («es evidente que los dos modelos de regulación del silencio... se encuentran completamente enfrentados»).

C) El voto particular

La sentencia cuenta con un interesante voto particular firmado por el magistrado Conde-Pumpido Tourón, en el que se lamenta de que la doctrina general sentada por la STC 143/2017, con la que afirma estar de acuerdo, no se haya aplicado debidamente al caso.

En opinión del magistrado discrepante, dentro de la tipología de supuestos establecida por la STC 143/2017, el procedimiento de ejercicio del derecho

de acceso a la información pública encajaría claramente en el tercero, el de los «procedimientos específicos» («el procedimiento de acceso a la información pública no constituye un sector material, un tipo de actividad administrativa o una categoría de procedimientos administrativos, sino un procedimiento administrativo específico»), supuesto en el cual, conforme a aquella doctrina, para la fijación del sentido del silencio se requiere una competencia sustantiva (no siendo suficiente la relativa al procedimiento administrativo común), de la cual a su juicio carecería en este caso el Estado, contando en cambio con ella indiscutiblemente el legislador aragonés (su competencia exclusiva sobre el régimen y funcionamiento de las instituciones de autogobierno).

Pone, en este sentido, como ejemplo la regulación (estatal) del acceso a la información en materia ambiental, que la propia Ley 27/2006 fundamenta en un título competencia sustantivo (art. 149.1.23 CE) y no en el art. 149.1.18 CE («si la regulación del acceso a la información ambiental se encuadra, desde el punto de vista competencial, en la materia de medio ambiente, la del acceso a la información pública no ambiental no puede encuadrarse sin más en el artículo 149.1.18 CE»).

Por último, aun aceptando las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas como fundamento competencial sustantivo de la regulación, el Magistrado discrepante considera que el fallo debiera haber sido desestimatorio, pues una regulación meramente básica sobre el sentido negativo del silencio no debería impedir la aprobación de regímenes más favorables para el ciudadano (silencio positivo *secundum legem*) como el previsto por la ley aragonesa.

«Incluso concibiendo la regla del silencio negativo contenida en el artículo 20.4 de la Ley 19/2013 como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas, su condición de “mínimo común denominador legislativo” no debería impedir que las comunidades autónomas, mediante el establecimiento de reglas de silencio positivo, reforzaran el acceso de sus ciudadanos a la información pública y el cumplimiento de la obligación de la Administración de resolver en plazo».

D) Implicaciones en la esfera ambiental

Además de sus lógicas repercusiones sobre las demás regulaciones autonómicas del silencio en el acceso (general) a la información pública divergentes de la prevista por la Ley 19/2013, antes mencionadas, que quedan en una situación de inconstitucionalidad sobrevenida (96), la STC 104/2018 podría

(96) Las leyes catalana 19/2014 (art. 35), valenciana 2/2015 (art. 17.3) y foral navarra 5/2018 (art. 41.2).

tener también implicaciones sobre la regulación «especial» del silencio en los procedimientos de acceso a la información en materia ambiental.

En efecto, como ya se indicó, el acceso a la información en materia ambiental cuenta con una regulación específica, herencia del Convenio de Aarhus, filtrada por la normativa comunitaria europea y contenida en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (con base principalmente en el art. 149.1.23 CE). Y, como también es sabido, la posterior legislación general en la materia, esto es, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, definió sus relaciones con aquella (y otras) regulaciones especiales en términos de supletoriedad. Así, según la Disposición adicional primera de la Ley 19/2013: «2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. 3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización» (las cursivas son nuestras).

Esta relación de supletoriedad entre ambas normativas ha planteado no pocos problemas interpretativos a propósito justa y fundamentalmente de los temas relativos al régimen del silencio y los recursos administrativos en el acceso a la información ambiental, con una doctrina mayoritariamente inclinada por la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 en ambos temas o al menos en el segundo (97), y una posición de los Consejos de transparencia (estatal y autonómicos) muy dividida (98).

Ciertamente, en materia de acceso a la información pública (de cualquier tipo) parece en principio más lógico el silencio negativo que el positivo, que es el que estableció la Ley 27/2006 para el acceso a la información ambiental por el sencillo expediente de guardar «silencio» sobre el asunto, lo que suponía remitir a la regla general del silencio positivo prevista por la normativa sobre el procedimiento administrativo común (antes, la Ley 30/1992

(97) Defendiendo la aplicación supletoria de la Ley 19/2013 en ambos temas, entre otros, E. GUICHOT REINA (2014: 147 y ss.); sí en materia de recursos, pero no de silencio, L. CASADO CASADO (2014: 831 y ss.) y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 60 y ss.); y a la inversa, sí en materia de silencio, pero no de recursos (aunque lamentado ambas situaciones), M.A. BLANES CLIMENT (2014: 133 y ss.).

(98) El Consejo (estatal) de transparencia y buen gobierno (entre otras, Resolución de 13 de marzo de 2018, núm. de ref. R/0541/2017) y Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (por eje., Resolución 221/2018, de 6 de junio) rechazan el conocimiento de reclamaciones en materia ambiental; y, sin embargo, otros, lo admiten expresamente, como el Consejo de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de la Comunidad Valenciana (por eje., Resolución núm. 117/2018, de 21 de septiembre).

y hoy la Ley 29/2015) (99). La explicación de esta curiosa decisión tiene que ver, como también es sabido, con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que consideró incompatible el silencio negativo con el deber de motivación exigible a las resoluciones denegatorias de información (100). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha vuelto a pronunciarse sobre esta cuestión (tras los cambios habidos en la normativa comunitaria de referencia), y se mantiene por ello lógicamente la duda de qué juicio merecería el regreso a un régimen de silencio negativo en el acceso a la información ambiental (mediante la aplicación supletoria en este punto, por el «silencio» de la Ley 27/2006, de la Ley 19/2013) desde la óptica del Derecho comunitario europeo (101).

Un silencio negativo que resultaría, sin duda, mucho más llevadero si se vincula con la posibilidad de recurso (reclamación) ante los modernos Consejos de transparencia (o denominaciones equivalentes), en sustitución del sistema ordinario de recursos (alzada o reposición) al que, esta vez no por silencio, sino de forma expresa (aunque susceptible también de interpretación) remite en materia de acceso a la información ambiental el art. 20 de la Ley 27/2006 (102). Por ese margen interpretativo que todavía concede el art. 20 de la Ley 27/2006 y por la indiscutible mayor conformidad de estas nuevas reclamaciones con el régimen de recursos proyectado por el Convenio de Aarhus y la Directiva, no es de extrañar que la doctrina se incline en este caso prácticamente de consuno por la aplicación supletoria de la Ley 19/2013. Por mi parte, entiendo no obstante, siquiera sea por motivos prácticos (volumen de trabajo), la posición de algunos Consejos de transparencia (el estatal y el andaluz, claramente) que, amparándose en la existencia de un régimen especial, rechazan entrar a conocer de las reclamaciones en materia ambiental, y considero que es un problema (previsible desde el principio) que debiera

(99) Así lo entendió, atinadamente, la STS de 16 de enero de 2015 (Acció Ecologista-Agró) (núm. de recurso: 691/2013).

(100) La STJUE de 21 de abril de 2005, as. C-186/04, tratada abundantemente por la doctrina. *Vid.*, al respecto, entre otros, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2006).

(101) Como es sabido y relata detalladamente, entre otros, E. GICHOT REINA (2014: 143 y ss.), la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (art. 4) optó inicialmente por el silencio negativo, que fue suprimido ya en 1999 (modificación de dicho artículo por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre), a la vista de la posición al respecto de la Comisión Europea, que luego refrendaría el Tribunal de Justicia.

(102) La remisión del art. 20 de la Ley 27/2006 es a «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 el Título VII de la Ley 30/1992 (art. 107.2) como el Título V de la vigente Ley 39/2015 (art. 112.2) incluía ya una referencia a las vías especiales de reclamación sustitutivas de los recursos ordinarios previstas por la legislación sectorial.

resolver expresamente el legislador, en el sentido por supuesto de no hacer de peor condición a los solicitantes de información ambiental.

Pero si el tema de los recursos (en materia de acceso a la información ambiental) admite todavía, según creo, las dos interpretaciones, no ocurre lo mismo, en mi opinión, con el del silencio que, tras lo decidido por la STC 104/2018, debe pasar a considerarse necesariamente negativo, al margen del juicio que ello pueda merecer desde la óptica del Derecho comunitario europeo.

En efecto, la calificación que efectúa la STC 104/2018 del art. 20.4 de la Ley 19/2013 como norma integrante del procedimiento administrativo común equivale (así se visualiza mejor lo que quiero decir) a la inclusión de un nuevo inciso en el párrafo segundo del art. 24.1 de la Ley 39/2015 (supuestos generales de silencio negativo), que dijera (y que resalto en cursiva): «El silencio tendrá efecto desestimatorio (...) en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y *en los de ejercicio del derecho de acceso a la información pública*».

En tales circunstancias, ya sería problemático que el legislador sectorial competente por razón de la materia (en este caso, el legislador básico estatal en materia ambiental) decidiera establecer (o mantener) un sentido diferente del silencio para ciertas clases de solicitudes de acceso a la información (103). Pero esta conclusión se torna ineludible cuando lo que ocurre, como en el caso presente, es que el legislador sectorial no ha establecido expresamente un silencio de sentido distinto, sino simplemente ha guardado «silencio» sobre el asunto, dando paso, pues, a la aplicación de las reglas generales sobre el sentido del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, que hoy (desde la Ley 19/2013 y su interpretación por la STC 104/2018) incluyen un supuesto general de silencio negativo en los procedimientos de ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. Balance de la doctrina establecida por las SSTC 143/2017, 70 y 104/2018

Con base en la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales a efectos competenciales, cuyos principal hitos y componentes desarrollamos en el apartado II de este trabajo, y con el pie forzado de la previa catalogación

(103) Aunque no inconstitucional, por la admisibilidad incluso de «excepciones» a las reglas del procedimiento administrativo común en la regulación de procedimientos especiales por razón de la materia (STC 17/2013, de 31 de enero —extranjería—, FJ 10).

por la STC 61/1997 como regla integrante del procedimiento administrativo común del silencio positivo *secundum legem* en materia de licencias urbanísticas previsto por entonces (y aun hoy) por la legislación estatal, la STC 143/2017 (actuaciones urbanísticas en suelo rural, FJ 23) construyó una nueva doctrina sobre el reparto de competencias para la determinación del sentido del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, adecuada para resolver el caso entonces enjuiciado, pero también con vocación de permanencia, que va a ser asumida y reiterada por las otras dos sentencias de la serie que ha motivado este trabajo: las SSTC 70/2018 (licencia de actividad) y 104/2018 (acceso a la información), todas ellas examinadas en el apartado IV.

Dicha doctrina consiste en distinguir, a los efectos indicados, tres tipos de silencio que, valiéndome de la terminología usual en el régimen de usos de los bienes de dominio público, me he permitido calificar como silencio administrativo *común general* (A), *común especial* (B) y *privativo* o doblemente especial (C). La primera vendría constituida por los supuestos en los que el sentido del silencio se determina «sin referencia a sectores materiales concretos (como lo hacen, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones)». La segunda, por aquellos en los que, «aun afectando a una materia o sector concreto —ordenación del territorio y urbanismo—, se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa (como, por ejemplo, en relación con el trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25 c])...». Y finalmente, la tercera, por aquellos que se refieren a «concretos procedimientos administrativos» dentro de una «materia o sector (asimismo) concreto».

En los dos primeros casos, la determinación del sentido del silencio correspondería al legislador estatal, como parte integrante del «procedimiento administrativo común», con independencia de su inclusión en otra u otra sede legal, en tanto que en el tercero, la fijación del sentido del silencio sería tarea propia del legislador sectorial competente *ratione materiae* (estatal o autonómico).

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional reafirmó la consideración de la regla general en materia de licencias urbanísticas del silencio positivo *secundum legem* como un silencio tipo B (*común especial*), cobijable por tanto bajo el procedimiento administrativo común, calificando en cambio sus excepciones como silencios tipo C (*privativos* o doblemente especiales), de competencia del legislador sectorial correspondiente (todo ello, en la STC 143/2017). Consideró también el silencio negativo en los procedimientos que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente» como un silencio tipo B (*común especial*), no tanto por como a pesar de su

inclusión dentro de la propia Ley 39/2015 (art. 24.1), integrante asimismo, conforme a esa doctrina, del procedimiento administrativo común (STC 70/2018). Y calificó, finalmente, implícitamente como un silencio tipo A (*común general*), el silencio negativo en los procedimientos de ejercicio del derecho de acceso a la información pública, previsto hoy por el art. 20.4 de la Ley 19/2013, perteneciente también por tanto al procedimiento administrativo común, pese a su ubicación extramuros de la ley de este nombre.

Mi primera impresión al leer y racionalizar en los términos indicados estas sentencias fue ambivalente. Reconocía que creaban una doctrina inteligente e ingeniosa, que posiblemente proporcionaba una solución razonable a los casos enjuiciados, y que seguramente por ello se iba a consolidar dentro de la jurisprudencia constitucional. Pero me asaltaba la duda de que, como se ha dicho repetidas veces a lo largo del trabajo, se trataba de una doctrina con un pie forzado débil y discutible en su fundamentación: la consideración como procedimiento administrativo común del silencio positivo *secundum legem* en materia de licencias urbanísticas (STC 61/1997) o, más en general, la admisión de la existencia de normas integrantes del procedimiento administrativo común especiales *ratione materiae*.

Faltaba, no obstante, otro elemento de juicio, también barajado por estas sentencias, y tras cuyo análisis más detenido (que se hace el apartado III del trabajo) empezaron a desvanecerse los indicados reparos. Se trataba de la doctrina sobre el grado de integración de la disciplina del silencio en el ámbito de la competencia estatal para regular el procedimiento administrativo común, cuyo exponente principal hasta ese momento era la STC 166/2014.

2. Una doctrina plausible en términos de coherencia mínima con el modelo actual de regulación del silencio

En efecto, la toma en consideración no solo de la doctrina general sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales (*ratione materiae*), sino también de la relativa al grado de pertenencia de la regulación del silencio al ámbito del procedimiento administrativo común, permite una relectura más plausible de la doctrina sobre la competencia para la fijación del sentido del silencio establecida por las SSTC 143/2017, 70 y 104/2018, que podría denominarse de la *exigencia de un mínimo de coherencia con el modelo actual de regulación del sentido del silencio*. Vayamos, pues, al desarrollo de esta idea, que quedó aplazado en un momento anterior (104).

(104) *Supra*, apartado IV.1 C) del trabajo.

A) El modelo actual de regulación del sentido del silencio

Como ya vimos en su momento, de acuerdo con la STC 166/2014, el legislador estatal goza de libertad para regular el procedimiento administrativo común en los términos que estime oportunos, respetando, entre otras cosas, la competencia autonómica para regular los procedimientos especiales *ratione materiae* en las materias de su competencia sustantiva. Y la cuestión aquí planteada es la de precisar hasta dónde llega esa obligación de respeto en la regulación del silencio administrativo.

De la propia STC 166/2014 se desprende que existe una obligación cierta de consideración hacia esa competencia autonómica en lo relativo a la fijación del plazo máximo de duración de los procedimientos, al formar parte de ella la ponderación de las distintas circunstancias que inciden en su duración (la dificultad o complejidad de la materia, los informes o trámites necesarios o convenientes para ordenar adecuadamente la intervención de su Administración en ese concreto ámbito, o la capacidad de su propia organización administrativa para asumir ese trabajo). Así, el legislador estatal, al amparo de su competencia sobre el procedimiento administrativo común, no puede establecer «un plazo inalterable para cumplir esa obligación de resolver, pues con ello podría fácilmente cercenar, dificultar o incluso impedir el funcionamiento de estas [las Comunidades Autónomas], o lo que es lo mismo, menoscabar su autonomía» (FJ 6).

Ahora bien, de la STC 166/2014 cabe deducir también con claridad que no existe una obligación constitucional equivalente por lo que respecta a la *regulación del sentido del silencio*, pues el tipo de razones, antes mencionadas, que obligan a remitir al legislador competente por razón de la materia la fijación del plazo máximo de duración del procedimiento no se plantean desde luego a la hora de otorgar al silencio un determinado sentido.

Nada hay, pues, de acuerdo con esta jurisprudencia, que impidiera al legislador estatal competente en materia de procedimiento administrativo común el establecimiento de un régimen sobre el sentido del silencio «inalterable» por el legislador (autonómico) competente por razón de la materia, mediante la utilización de criterios generales agotadores de todos los supuestos posibles. En realidad, tal es lo que ocurre en la actualidad con la regulación del sentido del silencio en los procedimientos iniciados de oficio, a través del empleo de un único criterio general (el de los posibles efectos favorables o desfavorables de la resolución definitiva) para discriminar el sentido del silencio (silencio negativo o caducidad, respectivamente) (105).

(105) Art. 25 de la Ley 39/2015; y, antes, art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999.

Pero lo bien cierto es que el «modelo» actual de regulación del sentido del silencio en la otra clase de procedimientos, los que se inician a solicitud del interesado, no tiene este mismo carácter agotador, sino que incluye, bajo ciertos condicionantes, la colaboración del legislador (autonómico, en su caso) competente por razón de la materia.

Cuando el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las sentencias 143/2017, 70 y 104/2018 sobre las fronteras entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales *ratione materiae* en la regulación del sentido del silencio, no lo ha hecho, en mi opinión, en términos absolutos, abstracción hecha del modelo actual referido, sino justamente (aunque sin explicitarlo con la claridad que tal vez sería deseable) a la vista y en función del mismo, reclamando (podría decirse de esta manera) una cierta «coherencia» (ya veremos cuál) entre dicho modelo y las determinaciones singulares incluidas o adheridas a él.

B) Niveles de coherencia

Creo que en este punto cabría distinguir cuatro niveles de coherencia con esa idea directriz del modelo actual de regulación del sentido del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado o, lo que es lo mismo, cuatro niveles de consideración hacia la competencia del legislador (autonómico) *ratione materiae*.

Un primer nivel de coherencia o consideración «máxima» obligaría a justificar autónomamente (en principio, sobre la base de competencias sustantivas distintas de la propia competencia sobre el procedimiento administrativo común) cada una de las excepciones a la regla general del silencio positivo establecidas por el propio legislador estatal, incluso dentro de la misma Ley 39/2015, lo que, aun siendo tal vez factible, resultaría un tanto artificioso y contrario a esa libertad inicial reconocida al legislador estatal en la definición del modelo (106).

(106) En algunos supuestos de silencio negativo no sería difícil encontrar ese fundamento competencial autónomo. Así, el de las solicitudes que «impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente», como legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), el de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), o incluso el de la adquisición de facultades sobre el dominio o el servicio público, como legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones públicas y de contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18 CE). Pero en los demás (derecho de petición, recursos y solicitudes de revisión de oficio y ejercicio del derecho de acceso a la información pública) habría que recurrir, tal vez de manera un poco forzada, a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18) o a una interpretación extensiva (y por lo tanto no deseable) de las normas de procedimiento administrativo común «singulares» (STC 130/2013).

Un segundo nivel de coherencia o consideración «media» permitiría al legislador estatal, al amparo de su competencia sobre el procedimiento administrativo común, el establecimiento, como dice la jurisprudencia (STC 143/2017, FJ 23), de supuestos de excepción a la regla general del silencio positivo «sin referencia a sectores materiales concretos».

Un tercer nivel de coherencia o consideración «mínima» le permitiría añadir a esos supuestos otros en los que «aun afectando a una materia o sector concreto», «se establece una regla general [distinta del silencio positivo] predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa», que es, como ya sabemos, la opción escogida por el Tribunal en la doctrina ya analizada, en base a la consideración también de estos supuestos, pese a su referencia a materias o sectores concretos, como «reglas generales» en la regulación del silencio administrativo (STC 143/2017, FJ 23).

Y, finalmente un nivel de coherencia o consideración «nula» es el que permitiría al legislador estatal (del procedimiento administrativo común) excepcionar a su antojo la regla general del silencio positivo por él mismo establecida en cualquier caso, incluso en relación con «concretos procedimientos administrativos» dentro de materias o sectores igualmente concretos.

C) Mínimo de coherencia

Como decimos, el Tribunal Constitucional se ha inclinado, a través de la doctrina formulada en las sentencias analizadas (a partir de la STC 143/2017, FJ 23), por la tercera de las cuatro opciones indicadas, es decir, por imponer al legislador estatal (del procedimiento administrativo común) al menos un «mínimo» de coherencia con su propio «modelo» de regulación del sentido del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, aceptando como integrantes del «modelo» (y se encuentren dentro o fuera de la Ley de aquel nombre) todas aquellas excepciones (a la regla general del silencio positivo) que puedan todavía merecer la consideración de «reglas generales», incluso por referencia a materias o sectores concretos, descartando solo la fijación indiscriminada de supuestos de silencio negativo para simples casos o procedimientos concretos, lo que supondría una desconsideración absoluta hacia el legislador (autonómico) competente por razón de la materia y una falta absoluta de coherencia con el propio modelo establecido.

Vistas así las cosas, es decir, reconstruida o explicada en estos términos la doctrina constitucional que nos ocupa, creo que nada se le puede reprochar. Si no hay una exigencia constitucional «absoluta» de consideración hacia al legislador sectorial (autonómico) competente en la regulación del sentido del silencio, sino únicamente «relativa», esto es, en términos de coherencia con el propio modelo establecido, nada hay que objetar a que el Tribunal Constitu-

cional se limite a exigir al legislador estatal un «mínimo» de coherencia, sin imponerle otros grados superiores (107).

Mis propias dudas al respecto han quedado desvanecidas tras esta laboriosa (auto)explicación del sentido de unas sentencias que, en principio, me parecieron llamativas y sorprendentes.

3. Una posible propuesta alternativa

No obstante, no me resisto a añadir que también es posible (incluso tal vez preferible) que el legislador estatal (del procedimiento administrativo común) adopte como pauta futura de actuación, aunque no tenga la obligación constitucional de hacerlo, un nivel «medio» de coherencia y consideración, descartando la fijación de excepciones a la regla general del silencio positivo por referencia a sectores concretos (sea con carácter general o para supuestos específicos), y poniendo siempre a contribución en estos casos (si dispone de ella) una competencia sectorial de carácter sustantivo.

Con este nivel «medio» de exigencia, habría que revisar la nunca bien explicada (y tal vez pie forzado de toda la construcción) «regla general» establecida por el propio legislador estatal del silencio positivo *secundum legem* en las licencias urbanísticas, aunque, como sabemos, no fue cuestionada en el proceso conducente a la STC 143/2017. Y habría que dotar de un fundamento competencial sustantivo a la nueva «regla general» del silencio negativo en los procedimientos de autorización de actividades que «puedan dañar el medio ambiente», que no sería difícil de encontrar en la legislación básica en materia de protección del medio ambiente (art. 149.1.23 CE), aunque bajo esta nueva óptica competencial resultaría más evidente, si cabe, la conveniencia de reformular este supuesto para limitarlo, como aquí se propone, a los casos de actividades con potenciales daños ambientales «significativos».

No habría espacio, pues, en esta construcción para la trilogía de silencios que se deduce de la doctrina establecida por la STC 143/2017 (común general y especial y privativo o doblemente especial), sino únicamente dos tipos de silencio: (a) el *común*, integrado por la regla general del silencio positivo y las excepciones a esa regla general establecidas «sin referencia a

(107) Lúcidamente, y en términos más sencillos, J.A. RAZQUIN LIZÁRRAGA (2019: 418-419) interpreta que «la doctrina constitucional ha adoptado una interpretación amplia de la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común en cuanto al sentido del silencio. El Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad y oportunidad política para regular el silencio administrativo (como destaca la STC 143/2017, FJ 23; y reitera la STC 70/2018, FJ 9), sin estar vinculado por el régimen general del silencio administrativo establecido en la LPACAP, ya que esta no constituye —a diferencia de las CC AA— canon de enjuiciamiento de la legislación estatal solo contratable con el art. 149.1.18 CE (STC 149/2011, de 28 de septiembre, FJ 5)».

sectores materiales concretos», así como por el resto de normas que componen el actual modelo de regulación del silencio (obligación de resolver, plazos, fechas de inicio de su cómputo, etc.); y (b) el *especial*, integrado por las otras posibles excepciones a la regla general del silencio positivo establecidas por el legislador en cada caso competente *ratione materiae* (estatal o autonómico), respetando los demás condicionantes del modelo («exigencias imperiosas de interés general», etc.).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2017): «La inactividad de la Administración», en E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo I, pp. 1217-1267.
- ALONSO MAS, María José (2017): «De nuevo sobre la prevalencia del derecho estatal y la inaplicación judicial del derecho autonómico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, pp. 235-265.
- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel (2012): «El régimen jurídico en los procedimientos ambientales en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia: consideraciones críticas», en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 3, núm. 2, pp. 1-27.
- AYMERICH CANO, Carlos (2013): «Subvenciones y Estado Autonómico (Crítica de la última jurisprudencia constitucional)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, pp. 221-257.
- BAÑO LEÓN, José María (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid, Iustel, 564 pp.
- (2018): «Artículo 149.1.18º», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde (Dir.), *Comentarios a la Constitución española (XL aniversario)*, Madrid, Wolter Kluwers, Tomo II, pp. 1376-1384.
- BLANES CLIMENT, Miguel Angel (2014a): *La transparencia informativa de las Administraciones públicas (el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 723 pp.
- (2014b): «La incidencia de la nueva Ley de transparencia en materia ambiental», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 28, pp. 115-150.
- BLASCO HEDO, Eva y MORA RUIZ, Manuela (2019): Seminario de Investigación «20 años de la prevención y el control integrados de la contaminación. Balance y perspectivas», *Actualidad Jurídica Ambiental (AJA)*, número especial 88/2, 320 pp.

- BUENO ARMIJO, Antonio (2015): «La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de subvenciones y la irrupción de las “actividades jurídicas típicas de la Administración” y los “procedimientos administrativos comunes singulares” en la doctrina constitucional», en M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras (Coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas (libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela)*, Madrid, Iustel, pp. 63-83.
- CANO CAMPOS, Tomás (2016): «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», en *Revista de Administración Pública*, núm. 201, pp. 25-68.
- CANTÓ LÓPEZ, María Teresa (2009): «La inaplicación del silencio positivo como vía para la obtención de licencias urbanísticas *contra legem* (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009)», en esta REVISTA, núm. 34, pp. 449-480.
- CASADO CASADO, Lucía (2014): «Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental», en *Revista de Administración Pública*, núm. especial 99-100, pp. 819-846.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José (1992): *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Madrid, Civitas, 334 pp.
- (2014): «La relevancia del artículo 149.1.18 CE en la reforma de los estatutos de autonomía. Valoración a propósito de la STC 31/2010, del 28 de junio», en J. Rodríguez-Arana Muñoz y E. Jinesta Lobo (Dirs.), *El Derecho Administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*, Buenos Aires, Editorial RAP, Tomo I, pp. 227-242.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2017): «¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 186, pp. 47-82.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2018a): «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», en esta REVISTA, núm. 51, pp. 213-243.
- (2018b): «Información ambiental y transparencia pública», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 39, pp. 19-68.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUÍO, José María (2017): *El derecho al acceso a la información pública en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 407 pp.
- GAMERO CASADO, Eduardo, «La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público», en E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común*

- y *Régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, Tomo I, pp. 154-263.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1982): *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, Tomo I, 710 pp.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1999): «Título preliminar», en J. González Pérez y F. González Navarro, *Comentarios a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 2ª ed., Madrid, Civitas, Tomo I, pp. 27-467.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2018): «La vis expansiva del concepto “procedimiento administrativo común” en nuestros días», en *Revista de Administración Pública*, núm. 207, pp. 127-175.
- GUICHOT REINA, Emilio (2016): «El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 33, pp. 125-162.
- LACRUZ MANTECÓN, Jesús (2005): «La articulación competencial del régimen de las subvenciones en la Ley General de Subvenciones», en F. López Ramón (Coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 41-63.
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): *Lo público y lo privado. Problemas de ética jurídica*, Montevideo, Editorial B de f, 150 pp.
- LÓPEZ MENDUO, Francisco (2016): «Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma», en Francisco López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, Instituto García Oviedo, pp. 13-39.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (1993): «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, pp. 97-130.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2004): «Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones», en *Revista de Administración Pública*, núm. 165, pp. 29-52.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1965): «Silencio positivo y actividad autorizante», en *Revista de Administración Pública*, núm. 48, pp. 205-239.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1993): «Reflexiones sobre el procedimiento administrativo común», en *Revista de Administración Pública*, núm. 131, pp. 7-33.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2006): «El silencio administrativo en el acceso a la información en materia ambiental (Comentario a la STJUE de 21 de abril

- de 2005, asunto C-186/04), *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, pp. 163-175.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén (2016): *El régimen jurídico del nuevo procedimiento administrativo común*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 365 pp.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1993): «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Tecnos, pp. 21-40.
- (2017): «Sobre el alcance del título competencial “procedimiento administrativo común” y su nueva traducción legal», en L. Míguez Macho y M. Almeida Cerrada (Coords.), *Los retos actuales del Derecho administrativo en el Estado autonómico (Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor)*, Santiago de Compostela, Fundación Democracia y Gobierno Local y Andavira Editora, S.L., pp. 477-492.
- POMED SÁNCHEZ, Luis (2005): «Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley», en G. Fernández Farreres (Dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 65-129.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio (2018): «El acceso a la información en materia de medio ambiente en España: balance y retos de futuro», en *Revista catalana de dret ambiental*, Vol. IX núm. 1, pp. 1-58.
- (2019): «El silencio administrativo en la Ley 39/2015 desde la jurisprudencia constitucional (A propósito de la STC 70/2018, de 21 de junio)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, pp. 407-427.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2006): «Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico», en *Revista de Administración Pública*, núm. 171, pp. 181-214.
- (2019): «La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva Época, núm. 11, pp. 96-105.
- TARDÍO PATO, José Antonio (2004-2005): «Las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en relación con el procedimiento administrativo», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 296/297, pp. 163-189.
- TORNOS MÁS, Joaquín (2015): «El procedimiento administrativo común en el derecho interno y en el derecho comunitario», en M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras (Coords.), *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas (libro homenaje al Profesor Luis Cosculluela)*, Madrid, lustel, pp. 229-254.

- VALENCIA MARTÍN, Germán (2018): *Autorización ambiental integrada y licencias municipales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 231 pp.
- (2019): «Jurisprudencia constitucional: *Fracking*, punto y final», en F. López Ramón (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, Madrid, Ciemat (en curso de publicación).
- VALERO TORRIJOS, Julián y FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (Coords.) (2014), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público (del derecho de acceso a la reutilización de la información)*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 797 pp.

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO^(*)

LUCÍA CASADO CASADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL MARCO JURÍDICO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA: 1. La normativa estatal básica: una evolución progresiva hacia un derecho de acceso a la información ambiental cada vez más reforzado. 2. La normativa autonómica: la existencia de normativa específica en algunas comunidades autónomas. 3. La irrupción de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: la compleja articulación entre el régimen general de acceso a la información pública y el específico de acceso a la información ambiental.– III. LOS DERECHOS EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y LAS OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.– IV. LA VERTIENTE ACTIVA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DE RECOGIDA Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN AMBIENTAL.– V. LA VERTIENTE PASIVA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL PREVIA SOLICITUD: 1. El sujeto activo: una configuración muy amplia. 2. El sujeto pasivo: las autoridades públicas. 3. El objeto: la definición de información ambiental. 4. Los límites y las excepciones: una necesaria interpretación restrictiva. 5. El procedimiento: una regulación escasa. 6. La forma o formato de la información. 7. El coste de la información. 8. Las garantías: una asignatura todavía pendiente.– VI. LUCES Y SOMBRAS DEL RÉGIMEN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA: LOGROS, PROBLEMAS, DESAFÍOS Y RETOS PENDIENTES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo, a partir del análisis de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, de su aplicación y de la

(*) Este trabajo constituye una versión actualizada, ampliada y adaptada de un trabajo previo que, con el mismo título va a publicarse en el *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, dirigido por el profesor Fernando López Ramón. Ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Constitución climática global: gobernanza y derecho en un contexto complejo» (referencia DER2016-80011-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

jurisprudencia recaída en la materia, realiza un balance de la regulación del acceso a la información ambiental en España y de su aplicación. Se analiza tanto la vertiente activa del acceso a la información ambiental (la obligación de recogida y difusión de información ambiental por parte de las autoridades públicas) como su vertiente pasiva (el derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud). En particular, se realiza un balance de la situación actual, tras casi veinticuatro años de legislación específica de acceso a la información ambiental en España, y se destacan los avances que ha supuesto esta legislación y sus virtualidades, pero sin ocultar los problemas de aplicación a que todavía se enfrenta, los desafíos y los retos pendientes.

Palabras clave: información ambiental; derecho de acceso a la información ambiental; difusión de la información ambiental; transparencia; información pública; medio ambiente.

ABSTRACT: The present study analyses Law 27/2006, of 18 July, which regulates the right to access information, public participation and access to justice in environmental matters, its application and the jurisprudence relating to it. The study reviews the regulation and application of access to environmental information in Spain and analyses the active aspects such as the public authorities' obligation to collect and disseminate environmental information and passive aspects such as the right to request access to environmental information. In particular, the study reviews the current situation after almost 24 years of specific legislation regulating access to environmental information in Spain, and it points to the advances that this legislation has brought about, whilst also highlighting the problems and future challenges that still face the application of the law.

Key words: Environmental information; access to environmental information; dissemination of environmental information; transparency; public information; environment.

I. INTRODUCCIÓN

El acceso a la información ambiental, compuesto por dos partes diferenciadas —el derecho a buscar y obtener información en poder de las autoridades públicas y el derecho a recibir información relevante por parte de las citadas autoridades— (1) constituye —junto con la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente— uno de los tres pilares del Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, adoptado en la Conferencia Ministerial «Medio Ambiente para Europa», celebrada en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998 —más conocido como Convenio de Aarhus—, y que

(1) *Vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 905/2007, ponente: Rafael Fernández Valverde), FJ 5º.

ha supuesto un avance muy importante hacia la instauración de la democracia ambiental (2). Sin embargo, ya con anterioridad al Convenio de Aarhus, ratificado por España el 29 de diciembre de 2004 y que entró en vigor el 31 de marzo de 2005 (3), existía tanto en la Unión Europea (desde 1990, con la Directiva del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente) como en España (desde 1995, con la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente) legislación específica de acceso a la información ambiental. Esta temprana normativa pone de manifiesto la importancia, en materia ambiental, del acceso a la información y la necesidad de garantizarlo, lo que se hace más evidente si tenemos en cuenta que, hasta 2013, no ha existido en España una ley general de transparencia y acceso a la información pública.

El acceso a la información ambiental tiene una importancia fundamental para la protección del medio ambiente. Sin embargo, «no constituye un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento orientado a la consecución de una multiplicidad de objetivos inmediatos (transparencia, control, participación, etc.). Y por encima de todo eso, más aún, orientado a la consecución del objetivo último y principal: la protección del medio ambiente» (4). En efecto, la información ambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación de la sociedad. En efecto, la información ambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación de la sociedad. Por un lado, es esencial para una participación más activa y consciente de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones públicas que inciden sobre el

(2) En el ámbito de América Latina y el Caribe, es de obligada referencia el reciente Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, concluido bajo los auspicios de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y adoptado el 4 de marzo de 2018 en la ciudad costarricense de Escazú —más conocido como Acuerdo de Escazú—. Su objetivo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible. Hasta el momento ha sido firmado por 16 Estados de América Latina y el Caribe (Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía y Uruguay) y ratificado por uno (Guyana). Sobre este Convenio G. MÉDICI COLOMBO (2018: 1-66).

(3) El Convenio de Aarhus ha sido ratificado por España el 29 de diciembre de 2004 (BOE núm. 40, de 16 de febrero de 2005). Sobre el Convenio de Aarhus, *vid.* A. PIGRAU SOLÉ y S. BORRÁS PENTINAT (2008: 21-83).

(4) B. TRIAS PRATS (2012: 395).

medio ambiente. Sólo cuando los ciudadanos están bien informados pueden intervenir con conocimiento de causa en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y participar de forma efectiva. Además, constituye una de las premisas fundamentales para el ejercicio de las acciones de tutela judicial del medio ambiente. La información ambiental también contribuye a mejorar la transparencia de la actuación de los poderes públicos, superando su tradicional opacidad, y a reforzar las decisiones adoptadas; y su previo conocimiento es indispensable para una correcta definición de los objetivos de protección ambiental y de los mecanismos de tutela. Por otro, la información ambiental también actúa como mecanismo de fiscalización sobre la actividad de los poderes públicos, ya que sus actuaciones son accesibles al conocimiento de los ciudadanos y ello supone una importante vía de control (5).

Por otra parte, el acceso a la información en materia de medio ambiente también es indispensable para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente adecuado, reconocido en el artículo 45 de la Constitución Española. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente,

«El pilar de acceso a la información medioambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación ambiental de la sociedad, constituyendo un instrumento indispensable para poder intervenir con conocimiento de causa en los asuntos públicos».

El acceso a la información ambiental constituye, por tanto, un instrumento indispensable para hacer efectivos los otros dos pilares del Convenio de Aarhus (participación pública y acceso a la justicia). La participación ciudadana en materia ambiental tiene como presupuesto necesario y fundamental la información ambiental. Si el ciudadano no dispone de información, difícilmente podrá intervenir de forma efectiva en los asuntos públicos que afectan a este bien jurídico colectivo (6). Además, el derecho de acceso a documentos que están en posesión de las administraciones públicas se considera un medio privilegiado para lograr la transparencia en la actuación administrativa.

Asimismo, como ha establecido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de octubre de 2006,

«un mayor acceso del público a la información medioambiental y la difusión de tal información contribuye a una mayor concienciación en materia de medio

(5) B. TRIAS PRATS (2012: 395).

(6) En este sentido, B. LOZANO CUTANDA (dir.), A. LAGO CANDEIRA y L. F. LÓPEZ ÁLVAREZ (2014: 275) y C. YÁÑEZ DÍAZ (2006: 362).

ambiente, a un intercambio libre de puntos de vista, a una más efectiva participación del público en la toma de decisiones medioambientales y, en definitiva, a la mejora del medio ambiente» (7).

Dada la importancia del derecho de acceso a la información en la protección ambiental, la normativa vigente en España, además de imponer a las autoridades públicas obligaciones de difusión de la información ambiental, garantiza el acceso de todos a la información que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, impulsando de este modo una mayor transparencia.

Actualmente, la regulación del derecho de acceso a la información ambiental en España se recoge en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y que sustituye a la anterior Ley 38/1995, de 12 de diciembre, reguladora del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. Esta Ley coexiste, sin embargo, con una ley general de transparencia —la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno—, en principio de aplicación supletoria en este ámbito, pero con relación a la cual se han planteado algunos problemas de articulación a los que luego nos referiremos. Tras casi veinticuatro años de legislación específica de acceso a la información ambiental en España y cumplidos 20 años del Convenio de Aarhus, resulta oportuno realizar un balance de la aplicación de esta normativa. Son muchos los avances producidos en esta materia, pero no pueden ocultarse algunos problemas que todavía existen. Por ello, realizaremos una valoración de la situación actual —con sus aspectos positivos y sus aspectos negativos— y plantearemos los principales desafíos y retos pendientes que se plantean en un futuro próximo.

II. EL MARCO JURÍDICO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA

La Constitución Española de 1978 no reconoce expresamente un derecho de acceso a la información ambiental. Sin embargo, tal derecho deriva de la interpretación conjunta de los artículos 45, 9.2 y 105.b) del texto constitucional (8). De acuerdo con el artículo 45, todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pero también tienen

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 2424/2003, ponente: Segundo Menéndez Pérez), FJ 5º.

(8) Sobre el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información ambiental, *vid.* J. JARÍA I MANZANO (2008: 119-147).

el deber de conservarlo. Al ciudadano se le exige actuar de forma correcta con el medio ambiente, pero también puede participar activamente en su protección. Así, el artículo 9.2 prevé que los poderes públicos facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y, con arreglo al artículo 105.b) de la Constitución, la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. El acceso a la información ambiental constituye un presupuesto inexcusable para el ejercicio del indicado derecho constitucional a disfrutar de un medio ambiente adecuado y es uno de los medios fundamentales para facilitar esta participación (9).

Partiendo de estas premisas constitucionales, el derecho de acceso a la información ambiental en España cuenta con una regulación específica desde el año 1995. Esta regulación trae causa del Derecho de la Unión Europea que ha actuado en esta materia, como viene siendo habitual en el ámbito de la protección del medio ambiente, como un fundamental motor de renovación de la legislación española. Fue precisamente la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, la que provocó la aprobación de la primera ley de acceso a la información ambiental en 1995 (Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente (10)), posteriormente derogada y sustituida en 2006, de nuevo por la necesidad de incorporar el derecho de la Unión Europea (en esta ocasión, la Directiva 2003/4/CE), por una nueva Ley, actualmente vigente (la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y que deroga a su predecesora). La Ley 27/2006 incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental, y 2003/35/CE, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente; y define un marco jurídico que responde a los compromisos asumidos por España con la ratificación, en 2004, del Convenio de Aarhus (11).

(9) A. DE LA VARGA PASTOR y J. R. FUENTES GASÓ (2008: 193).

(10) En su momento, esta Ley configuraba el derecho de acceso a la información en materia de ambiente en términos más amplios que el derecho de acceso a archivos y registros administrativos recogido con carácter general en la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común [arts. 35.h) y 37], actualmente ya derogada.

(11) Sobre la regulación del derecho de acceso a la información ambiental en el Derecho de la Unión Europea, *vid.* A. GONZÁLEZ BONDIA (2008: 89-97). Sobre el acceso a la información ambiental tanto en el Convenio de Aarhus como en el Derecho de la Unión Europea, *vid.* L. KRAMER (2018: 5-11).

1. La normativa estatal básica: una evolución progresiva hacia un derecho de acceso a la información ambiental cada vez más reforzado

La primera ley aprobada en España en materia de acceso a la información ambiental fue, como hemos señalado, la Ley 38/1995. A través de ella, se incorporó, aunque tardíamente, la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Dicha transposición no estuvo exenta de polémica. En primer lugar, cabe señalar que España en un primer momento consideraba que no era necesario para cumplir con el Derecho de la Unión Europea aprobar una ley específica en esta materia y argumentaba que eran suficientes, a estos efectos, las previsiones recogidas en la entonces Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre el derecho de acceso a archivos y registros administrativos —hoy, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas—. Sin embargo, ni la Comunidad Europea ni la propia doctrina administrativista española lo entendieron así y el Estado español se vio forzado a aprobar la Ley 38/1995 para cubrir las exigencias europeas. En segundo lugar, la incorporación de la Directiva 90/313/CEE al ordenamiento español no se realizó de forma correcta, lo que provocó la necesidad de modificar en algunos puntos la Ley 38/1995. Estas modificaciones se acometieron a través del artículo 81 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó diversos preceptos de la Ley 38/1995 con el fin de adecuarla a las exigencias derivadas de la Directiva europea [entre otros aspectos, en relación con el sujeto activo del derecho de acceso a la información ambiental (12) o el régimen del silencio administrativo (13)].

La aprobación en el seno de la Unión Europea de una nueva Directiva (la 2003/4/CE) y la necesidad de que los Estados miembros adecuasen sus ordenamientos jurídicos a la misma obligó al Estado español a aprobar, en el año 2006, una nueva ley en este ámbito. Se trata de la Ley 27/2006, que

(12) En su redacción originaria, la Ley 38/1995 limitaba en gran medida el sujeto activo del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente. Este derecho únicamente se reconocía a «las personas, físicas o jurídicas, nacionales de uno de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo o que tengan su domicilio en uno de ellos» y se hacía «sin obligación de acreditar un interés determinado y con garantía, en todo caso, de confidencialidad sobre su identidad». En cuanto a las personas no comprendidas aquí, el derecho sólo se reconocía «siempre que sean nacionales de Estados que, a su vez, otorguen a los españoles derecho a acceder a la información ambiental que posean» (art. 1).

(13) Inicialmente, el artículo 4.1 de la Ley 38/1995 establecía un régimen de silencio administrativo negativo, de manera que, si venciese el plazo máximo establecido para resolver las solicitudes de información sobre el medio ambiente (dos meses) sin que hubiera recaído resolución expresa del órgano competente, la solicitud se entendería desestimada.

amplía considerablemente la configuración del derecho de acceso a la información ambiental, adoptando el ordenamiento jurídico español a las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/4/CE y definiendo un marco jurídico que responde a los compromisos asumidos por España con la ratificación del Convenio de Aarhus, al desarrollar determinados derechos y obligaciones reconocidos en este Convenio. Es una ley estatal que, en la mayor parte de sus preceptos, tiene el carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente (14), por lo que constituye una ordenación de mínimos que deberá respetarse en todas las comunidades autónomas, sin perjuicio de que éstas puedan aprobar legislación específica en esta materia y dictar normas adicionales de protección, sobre la base de sus competencias en materia de protección del medio ambiente (15).

La Ley 27/2006 consta de 23 artículos, estructurados en cuatro Títulos, doce disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. En el Título I (arts. 1 a 4), se contienen una serie de disposiciones generales (objeto de la Ley, definiciones, derechos en materia de medio ambiente y algunas previsiones en relación con la colaboración interadministrativa). El Título II (arts. 5 a 15) regula el derecho de acceso a la información ambiental. En él, se recogen las obligaciones de las autoridades públicas en materia de información ambiental y se regula el derecho de acceso a la información ambiental tanto en su vertiente activa (difusión por las autoridades públicas de información ambiental) como pasiva (acceso a la información ambiental previa solicitud). El Título III (arts. 16 a

(14) Con arreglo a su disposición final 3ª, esta Ley tiene carácter de legislación básica al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la CE, con la excepción de los siguientes preceptos: el artículo 19 y las disposiciones adicionales 3ª, 4ª, 5ª, 7ª y 8ª, que únicamente son de aplicación a la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos; el artículo 15 y las disposiciones adicionales 1ª y 2ª, que se dictan al amparo del artículo 149.1.14 de la CE; y las disposiciones de los artículos 20 a 23, que en lo relativo a recursos en vía administrativa se dictan al amparo del artículo 149.1.18 de la CE y en lo relativo a recursos en vía contencioso-administrativa al amparo del artículo 149.1.6 de la CE. Sobre esta cuestión *vid.* N. OLIVERAS I JANÉ y L. ROMÁN MARTÍN (2008: 149-186).

(15) En relación con el reparto de competencias entre Estado y comunidades autónomas, deben tenerse en cuenta los artículos 148.1.9 y 149.1.23 de la CE. Con arreglo a estos preceptos, al Estado corresponde la aprobación de la legislación básica sobre protección del medio ambiente y a las comunidades autónomas la aprobación de la legislación de desarrollo de la legislación básica estatal y la facultad de dictar normas adicionales de protección, además de las competencias de gestión en materia de medio ambiente. Sobre esta cuestión existe abundante bibliografía. *Vid.*, por todos, R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO CUTANDA, C. PLAZA MARTÍN (1999: 99-132), J. L. BELTRÁN AGUIRRE (1995: 545-564), A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2014: 567-630), L. CASADO CASADO (2018: especialmente, 75-149), M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, B. SORO MATEO (2001: *in totum*), J. JARÍA I MANZANO (2005: 117-134) y (2007: 217-245), F. LÓPEZ MENUDO (1994: 9-64), S. MUÑOZ MACHADO (1981: 351-382), L. POMED SÁNCHEZ (1998: 165-190) y T. QUINTANA LÓPEZ (1987: 533-572).

19) se dedica al derecho de participación pública en asuntos de carácter medioambiental. Y, el título IV (arts. 20 a 23), al acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales.

Conviene destacar que esta Ley contiene la regulación específica del derecho de acceso a la información ambiental en su doble faceta de suministro activo y pasivo de información. De este modo, prevé dos formas para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental: la difusión activa de la información por parte de las autoridades públicas; y la difusión pasiva mediante el acceso a la información ambiental previa solicitud. Tanto una como otra faceta son indispensables para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la CE (16).

En el ámbito estatal, el entonces Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente —hoy, Ministerio para la Transición Ecológica— ha dictado la Orden AAA/1601/2012, de 26 de junio, por la que se dictan instrucciones sobre la aplicación en este Departamento ministerial de la Ley 27/2006. No se trata propiamente de una norma jurídica, sino de una instrucción en el ámbito de este Ministerio, en la que se establecen procedimientos y protocolos de actuación en relación con el suministro de información ambiental y se ofrecen criterios interpretativos comunes y homogéneos en relación con determinados aspectos de la Ley 27/2006 (por ejemplo, en relación con el concepto de información ambiental o las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental). De este modo, se pretende mejorar el procedimiento de tramitación y resolución de las solicitudes de información que se reciben en este Departamento ministerial, en sus órganos y en los diferentes organismos públicos y entidades que tiene adscritos, y evitar determinadas disfunciones que pudieran producirse en su aplicación (17).

2. La normativa autonómica: la existencia de normativa específica en algunas comunidades autónomas

Las competencias en materia de protección del medio ambiente de que disponen las comunidades autónomas, de conformidad con la CE y los Estatutos de Autonomía, posibilita que puedan aprobar normativa específica en materia de acceso a la información ambiental. Eso sí, respetando la legislación básica estatal en esta materia (la Ley 27/2006).

Algunas comunidades autónomas efectivamente han regulado el acceso a la información ambiental en sus leyes generales sobre medio ambiente, aunque de forma escueta y en términos similares a los establecidos por la legislación

(16) Ambas facetas se analizan en profundidad más adelante, en los apartados IV y V.

(17) Así se pone de manifiesto en su Preámbulo.

estatal y sin aportar grandes novedades al respecto. Es el caso, por ejemplo, de la Ley del País Vasco 3/1998, de 27 de febrero, de protección de medio ambiente (arts. 16 a 18); de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental (art. 6); de la Ley de Murcia 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada (arts. 6 y 7); o de la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de prevención y protección ambiental de Aragón (art. 9).

Más recientemente, algunas comunidades autónomas han aprobado normas específicas para regular el acceso a la información ambiental en su territorio. Es el caso de la Comunidad Valenciana, mediante la aprobación del Decreto 97/2010, de 11 de junio, por el que se regula el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y de participación pública en materia de medio ambiente; y de la comunidad autónoma de Andalucía, con la aprobación del Decreto 347/2011, de 22 de noviembre, por el que se regula la estructura y funcionamiento de la Red de Información Ambiental de Andalucía y el acceso a la información ambiental.

3. La irrupción de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: la compleja articulación entre el régimen general de acceso a la información pública y el específico de acceso a la información ambiental

A pesar de esta amplia trayectoria reguladora del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente y de la existencia de otras normas sectoriales que contenían obligaciones de difusión y de acceso a la información (por ejemplo, en materia de contratos, subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos), no es hasta 2013 cuando en España se aprueba la primera regulación general del derecho de acceso a la información pública y de la publicidad de la información. Nos referimos a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que cubre la laguna legal hasta ese momento existente y supone un avance significativo, ya que España era uno de los pocos países europeos que carecía de una norma de este tipo (18). Se trata de una Ley de gran importancia política y jurídica, dada la necesidad de transparencia de las actuaciones públicas (19). Su objeto es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad

(18) En general, sobre la Ley 19/2013, *vid.*, entre otras, las siguientes obras: S. FERNÁNDEZ RAMOS, J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: *in totum*), E. GUICHOT REINA (2014a: *in totum*), J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, M. A. SENDÍN GARCÍA (2014: *in totum*) y J. VALERO TORRIJOS, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN (2014: *in totum*).

(19) Señala E. GUICHOT REINA (2012: 28), que «es la ley más importante que puede aprobarse para lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción».

pública, que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades públicas; regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento, lo que se convierte en un exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, esta Ley regula en su Título I —«Transparencia de la actividad pública—, el derecho de acceso a la información pública (capítulo III —arts. 12 a 24—), así como su ámbito subjetivo de aplicación (capítulo I —arts. 2 a 4—), incluyendo también algunas previsiones sobre publicidad activa (capítulo II —arts. 5 a 11—).

La aprobación de la Ley 19/2013 suscita algunas cuestiones interesantes en torno al régimen jurídico aplicable al acceso a la información ambiental, que, como hemos visto, cuenta con una regulación específica anterior. Efectivamente, esta Ley contiene una regulación general del derecho de acceso a la información pública, circunstancia que obliga, necesariamente, a establecer reglas para la articulación y coordinación de esta norma con aquellas otras que, como la Ley 27/2006, contienen regulaciones específicas del acceso a la información para determinados ámbitos. En el ámbito del acceso a la información ambiental, es imprescindible plantear en qué medida resulta aplicable en este ámbito sectorial la Ley 19/2013 y cuáles son las relaciones entre esta Ley y la 27/2006, máxime cuando la regulación que contienen ambas normas sobre determinados aspectos del régimen jurídico del derecho de acceso a la información es diferente (por ejemplo, en cuanto a los límites del derecho de acceso, el procedimiento, el silencio administrativo o el régimen de impugnación) (20).

La Ley de transparencia aborda esta cuestión en la disposición adicional 1ª (21). En su apartado segundo, dispone que «Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». En consecuencia, se contempla la aplicación preferente de la normativa específica, en aquellos ámbitos que cuenten con un régimen jurídico específico de acceso a la información, si bien no se concretan cuáles son estas normativas especí-

(20) Sobre la articulación entre la Ley 27/2006 y la Ley 19/2013, *vid.* los siguientes trabajos: M. A. BLANES CLEMENT (2014: 115-150), L. CASADO CASADO (2014: 819-846), J. I. CUBERO MARCOS (2017: 131-161), S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 19-68) y E. GUICHOT REINA (2016: 125-162).

(21) *Vid.* el amplio análisis del contenido de esta disposición adicional que realizan L. CASADO CASADO (2014: 822-826) y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 47-49).

ficas (22). En estas materias que tienen un régimen propio, la Ley 19/2013 únicamente se aplica con carácter supletorio. En su apartado tercero, la disposición adicional 1ª prevé que esta Ley «será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización».

En nuestra opinión, resulta criticable esta mera configuración supletoria, sin mayores cautelas, de la Ley 19/2013, ya que puede llevar a excluir o restringir mucha información sobre determinadas materias, en virtud de un régimen jurídico específico de acceso a la información más restrictivo, dejando de lado las previsiones de la Ley 19/2013, que podría llegar a convertirse en una mera norma residual (23). Hubiera sido deseable confirmar esta Ley como una norma de mínimos, para evitar que se vea desplazada por multitud de normas sectoriales y vaciada de contenido (24). La aplicabilidad directa de normas sectoriales específicas no debería servir de pretexto para rebajar el estándar de garantía de la transparencia que dispensa la Ley 19/2013, que debería concebirse como una norma de mínimos, máxime cuando algunas de esas normas específicas pueden tener incluso carácter reglamentario, ya que la Ley no exige que se trate de normas con rango legal (25). Por ello, en nuestra opinión, hubiera sido más conveniente que la Ley fijase la aplicación preferente de otras normativas específicas únicamente en caso de que éstas prevean un régimen más amplio (26) que el establecido por la Ley de trans-

(22) Sobre las normativas específicas a que podría referirse la disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013, *vid.* E. GUICHOT REINA (2014b: 53-54).

(23) El Consejo de Estado, en su Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012 ya advertía de «el riesgo de que una cláusula de estas características pueda en cierto modo vaciar de contenido la normativa recogida al respecto en el anteproyecto remitido en consulta» (apartado V.ñ).

(24) Como ponen de manifiesto S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. Mº PÉREZ MONGUIÓ (2014: 54), «de una ley que tiene por objeto garantizar a los ciudadanos un tratamiento común en sus relaciones con todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE) es legítimo reclamar que, sin perjuicio de normas sectoriales, dicha ley constituya una plataforma de garantías mínimas, que no deben ser menoscabadas por la normativa sectorial».

(25) S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. Mº PÉREZ MONGUIÓ (2014: 55) y E. GUICHOT REINA (2014b: 54).

(26) Algunas de las Enmiendas presentadas a la disposición adicional primera durante la tramitación parlamentaria iban en este sentido. Así, la Enmienda núm. 358, firmada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, proponía añadir al apartado segundo de esta disposición el siguiente inciso «siempre que aquélla resulte más favorable para el derecho de acceso a la información»; y la Enmienda núm. 497, firmada por el Grupo Parlamentario Socialista, proponía el siguiente redactado: «Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información más amplio» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, págs. 192 y 260). Por su parte, la Enmienda núm. 254, presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA,

parencia (27). Ésta es precisamente la solución recogida por la Ley —en su art. 5.2— en los casos de existencia de normativa específica en materia de publicidad activa (28), que debiera haberse hecho extensiva a la regulación sobre el derecho de acceso a la información pública (29). De este modo, únicamente serían compatibles con la Ley 19/2013 las disposiciones específicas que contuviesen un régimen de acceso a la información más favorable (30).

En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de las críticas que pueda plantear tal opción, de la Ley de transparencia se deriva que, en materia de acceso a la información ambiental, es de aplicación preferente la Ley 27/2006 y la Ley 19/2013 sólo se aplica de forma supletoria. Sin embargo, cabe advertir de las dificultades que plantea la determinación precisa del alcance de la supletoriedad de la Ley de transparencia, ya que no siempre resulta sencillo ni pacífico determinar los extremos concretos a que se extiende tal supletoriedad y puede plantearse si la Ley 19/2013 resulta de aplicación supletoria en determinados aspectos del acceso a la información ambiental (sujeto pasivo, límites, tramitación de solicitudes de información, silencio administrativos, régimen de impugnación...).

Según nuestro parecer, la supletoriedad de la Ley 19/2013 no debería extenderse a aquellos aspectos del derecho de acceso a la información ambiental que cuentan con un régimen jurídico específico en la Ley 27/2006, que atiende precisamente a las peculiaridades que debe tener el acceso a la información en este ámbito. Por ello, consideramos que debería descartarse que la supletoriedad se aplique al contenido sustantivo de estas normas y,

CHA: la Izquierda Plural, proponía la supresión del apartado segundo de esta Disposición adicional (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, pág. 132). Durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado, los Senadores Jesús Enrique Iglesias Fernández, IU (GPMX) y José Manuel Mariscal Cifuentes, IU (GPMX) presentaron la Enmienda núm. 49, y el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) la núm. 119, que pretendían la supresión del apartado segundo de la Disposición adicional primera, justificando tal propuesta en la medida en que dicha disposición adicional podría excluir o restringir mucha información referida a determinadas materias, en virtud de su régimen jurídico específico de acceso a la información (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, apartado I, núm. 248-1779, de 11 de octubre de 2013).

(27) En cambio, como ponen de manifiesto S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: 54), «la LTBG se limita a ordenar una aplicación supletoria, quedando la Ley en una posición claudicante, que reproduce la defectuosa situación de la LRJPAC que ha dado lugar a situaciones paradójicas».

(28) El artículo 5.2 de la LTBG establece que «Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad».

(29) S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: 56).

(30) S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. M^o PÉREZ MONGUIÓ (2014: 56).

en consecuencia, no debería ampliarse el abanico de los sujetos o los límites de acceso, aspectos regulados del modo en que se ha estimado conveniente para la materia ambiental. Por este motivo, consideramos que, a través de la aplicación supletoria de la Ley de transparencia, no pueden ampliarse las excepciones al derecho de acceso a la información ambiental o incorporarse nuevos trámites en la tramitación de las solicitudes de acceso a la información ambiental no específicamente previstos en los artículos de la Ley 27/2006 que regulan aspectos procedimentales. Ello supondría alterar una regulación específicamente concebida para el acceso a la información ambiental. Además, supondría añadir al acceso a la información ambiental restricciones no previstas en la Ley 27/2006 y ello también podría ser contrario a la Directiva 2003/4/CE y al Convenio de Aarhus, de los cuales trae causa esta Ley. De todas formas, como ya hemos defendido anteriormente, hubiera sido conveniente que la Ley fijase la aplicación preferente de otras normativas específicas —en este caso, la relativa al acceso a la información ambiental— únicamente en caso de que éstas prevean un régimen más favorable de acceso que el establecido por la Ley 19/2013. Mayores problemas suscita el régimen aplicable al silencio administrativo y el régimen de garantías y recursos aplicable en materia de acceso a la información ambiental a partir de la Ley de transparencia, cuestiones a las que nos referiremos más adelante.

III. LOS DERECHOS EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL Y LAS OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

La Ley 27/2006 recoge un catálogo de derechos en materia de medio ambiente que incluye los tres pilares de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia y a la tutela administrativa en materia de medio ambiente. Cada uno de estos tres pilares está integrado por una serie de derechos que concretan o definen su alcance en aras de una mayor efectividad de los mismos.

Se reconocen, pues, derechos sobre el acceso a la información, sobre la participación y sobre el acceso a la justicia «para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo» (art. 3 de la Ley 27/2006). Se dota así de efectividad al derecho a un medio ambiente adecuado reconocido en el artículo 45 de la Constitución Española (31). Siguiendo a RAZQUIN LIZARRAGA, cabe señalar que estos derechos «tienen tanto una vertiente subjetiva o individual como también otra objetiva o institucional, pues van más allá de la utilidad individual. Desde

(31) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 151).

la primera perspectiva, se trata de derechos públicos subjetivos de carácter legal que pueden ser ejercidos por los titulares de los mismos frente a las autoridades públicas, a las que se imponen los correlativos deberes de su respeto e incluso de fomento. Y, desde la segunda vertiente, estos derechos tienen una clara finalidad de protección del medio ambiente, que es un bien colectivo o interés común de toda la comunidad, por lo que constituyen piezas clave del sistema de preservación y mejora del medio ambiente estando al servicio del objetivo de la sostenibilidad» (32).

Los derechos recogidos en el artículo 3 en materia de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente se someten a determinadas condiciones de ejercicio, por lo que no estamos ante derechos ilimitados o absolutos. En primer lugar, su ejercicio debe realizarse «de acuerdo con lo previsto en esta Ley», por lo que debe respetar las previsiones de la Ley. En segundo lugar, debe ajustarse a lo establecido en el artículo 7 del Código Civil, lo que implica que deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y sin incurrir en abuso de derecho o ejercicio antisocial de los mismos.

En relación con el acceso a la información, debe destacarse su reconocimiento como derecho en la Ley (33), por lo que estamos ante un derecho legal y no fundamental (34). Además, se trata de un derecho de carácter material y no formal, «pues consiste en la obtención de la información solicitada, esto, en el suministro de la información más que en la resolución de la solicitud. Su imprescindible efectividad requiere una configuración práctica, por lo que se integra por un conjunto de garantías o haz de derechos que permitan su ejercicio real y efectivo» (35). En efecto, este derecho incluye, a su vez, determinados derechos. El artículo 3.1 de la Ley 27/2006 reconoce que todos (36) podrán ejercer en sus relaciones con las autoridades públicas (37) los siguientes derechos en relación con el acceso a la información: a acceder a la infor-

(32) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 152).

(33) El artículo 1.1.a) de la Ley 27/2006 dispone que esta Ley tiene por objeto regular el derecho «A acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos que la posean en su nombre».

(34) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 17).

(35) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 18).

(36) En cuanto al sujeto activo de estos derechos, nótese que se utiliza la expresión «todos», al igual que en el artículo 45 de la CE. Bajo esta expresión, cabe incluir la persona en sentido amplio, sin limitación alguna, e incluyendo tanto las personas físicas como las jurídicas. Vid. J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 153-154), en cuya opinión no se incluyen, sin embargo, en el término «todos» las administraciones públicas y organismos públicos de ellas dependientes, por lo que no serían titulares de derechos en materia de medio ambiente (p. 156). Sobre esta cuestión, *vid. infra* el apartado V.1 de este trabajo.

(37) Sobre el concepto de autoridad pública, *vid. infra* el apartado V.2 de este trabajo.

mación ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ellos estén obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede; a ser informados de los derechos que le otorga la presente ley y a ser asesorados para su correcto ejercicio; a ser asistidos en su búsqueda de información; a recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10 (38); a recibir la información ambiental solicitada en la forma o formatos elegidos, en los términos previstos en el artículo 11 (39); a conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se les facilita dicha información en la forma o formatos solicitados; y a conocer el listado de las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago (40).

Este haz de derechos recogido en el artículo 3.1 de la Ley incluye los componentes esenciales del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, posteriormente desarrollados en el articulado de la Ley. Cabe destacar que en este listado de derechos no se incluye ninguno relacionado con la difusión de información ambiental, que únicamente se configura en la Ley como una obligación de las autoridades públicas. Estamos, en consecuencia, ante derechos que se incardinan dentro del derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud y entre los que la Ley no incluye un derecho a que se difunda al público información ambiental (41).

Este derecho de acceso a la información mediante solicitud, como señala RAZQUIN LIZARRAGA, «tiene una naturaleza bifronte: de un lado, es un derecho de los ciudadanos a acceder a la información medioambiental poseída por las autoridades públicas; y, de otro, constituye un deber de las autoridades públicas de suministrar la información medioambiental requerida» (42). Se trata, además, de un verdadero derecho subjetivo, entendido como el recono-

(38) Sobre los plazos máximos en que debe suministrarse la información, *vid. infra* el apartado V.5 de este trabajo.

(39) Sobre esta cuestión, *vid. infra* el apartado V.6.

(40) Sobre este tema, *vid. infra* el apartado V.7.

(41) Sin embargo, B. LOZANO CUTANDA (coord.), A. LAGO CANDEIRA y L. F. LÓPEZ ÁLVAREZ (2014: 286) considera que tal derecho puede «entenderse incluido en una interpretación amplia del de acceso a la información que obre en poder de las autoridades públicas en aquellos supuestos en los que, según lo expuesto, estas resultan obligadas a que se ponga a disposición de los ciudadanos, de oficio y periódicamente, determinada información (así lo entendió la Sentencia del TS de 4 de abril de 2006, rec. de casación núm. 311/2003, ponente don R. Fernández Valverde, cuya doctrina puede entenderse aplicable a la nueva regulación introducida por la Ley 27/2006, que en este punto no ha variado respecto de la anterior)». *Vid. también* B. LOZANO CUTANDA (2007: 186).

(42) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y Á. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 205).

cimiento que hace el derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacerlo valer frente a otros y gozar también de una tutela judicial de esta posición. Este derecho conecta directamente con el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, habida cuenta que para su plena efectividad es imprescindible disponer de mecanismos de reacción adecuados ante posibles vulneraciones por parte de las autoridades públicas. Además, como pone de relieve RAZQUIN LIZARRAGA, «es un derecho básico, mínimo y transversal, ya que se superpone o adiciona a cualquier otro derecho reconocido en la Constitución o las leyes (art. 3.4 LIPPJMA) y se irradia a todas las cuestiones ambientales por lo que debe ser respetado por toda la legislación ambiental estatal y autonómica» (43). Y juega de forma independiente y también en conexión con los procedimientos administrativos, habida cuenta de que se puede ejercitar antes, durante y después de cualquier procedimiento (44).

Los derechos en relación con el acceso a la información tienen como contrapartida una serie de obligaciones generales en materia de información ambiental que se imponen a las autoridades públicas. El artículo 5 de la Ley obliga, en primer lugar, a las administraciones públicas a informar al público de manera adecuada sobre los derechos que les otorga la Ley 27/2006, así como sobre las vías para ejercer estos derechos; a facilitar información para su correcto ejercicio, así como consejo y asesoramiento en la medida que sea posibles; a elaborar listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que esté en su poder, que deben hacerse públicamente accesibles; a garantizar que su personal asista al público cuando intente acceder a la información ambiental; a fomentar el uso de tecnologías de la información y de la telecomunicaciones para facilitar el acceso a la información; y a garantizar el principio de agilidad en la tramitación y resolución de las solicitudes de información ambiental. En segundo lugar, obliga a las autoridades públicas a velar para que, en la medida de sus posibilidades, la información recogida por éstas o en su nombre esté actualizada y sea precisa y susceptible de comparación. En tercer lugar, debe llamarse la atención sobre las exigencias de carácter organizativo que se imponen. En este sentido, se impone a las autoridades públicas la adopción de todas las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y, entre éstas, como mínimo alguna de las siguientes: designación de unidades responsables de información ambiental; creación y mantenimiento de medios de consulta de la información solicitada; y creación de registros o listas de la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o puntos de información, con indicaciones claras sobre dónde se puede encontrar la información.

(43) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 18).

(44) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 18).

IV. LA VERTIENTE ACTIVA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DE RECOGIDA Y DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN AMBIENTAL

En la vertiente activa del acceso a la información ambiental, las autoridades públicas asumen el papel de sujeto activo, en la medida en que están obligadas a difundir información ambiental sin que medie previa solicitud. Aquí los ciudadanos adoptan un rol pasivo, como meros destinatarios de una información que no han tenido que solicitar.

La difusión por las autoridades públicas de la información ambiental se regula en los artículos 6 a 9 de la Ley 27/2006 (45). En primer lugar, el artículo 6 recoge una serie de obligaciones específicas en materia de difusión de información ambiental por las autoridades públicas. Entre ellas, se recogen las de adoptar las medidas oportunas para asegurar la paulatina difusión de la información ambiental y su puesta a disposición del público de la manera más amplia y sistemática posible; organizar y actualizar la información ambiental relevante para sus funciones que esté en su poder o en el otra entidad en su nombre con vistas a su difusión activa y sistemática al público, en particular por medio de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones siempre que pueda disponerse de las mismas; y adoptar las medidas necesarias para garantizar que la información ambiental se haga disponible progresivamente en bases de datos electrónicas de fácil acceso al público a través de redes de telecomunicaciones. También se obliga a la Administración General del Estado a mantener actualizado un catálogo de normas y de resoluciones judiciales sobre aspectos claves de la Ley y a hacerlo públicamente accesible de la manera más amplia y sistemática posible.

En segundo lugar, se establece el contenido mínimo de la información objeto de difusión (art. 7). La información que se difunda será actualizada, si procede, e incluirá, como mínimo (46) los extremos siguientes: los textos de tratados, convenios y acuerdos internacionales, y los textos legislativos comunitarios, estatales, autonómicos o locales sobre el medio ambiente o rela-

(45) Sobre las obligaciones específicas de las autoridades públicas en materia de difusión de información ambiental, *vid.* A. DE LA VARGA PASTOR y J. R. FUENTES GASÓ (2008: 187-224, especialmente 210-220).

(46) Debe incidirse en que los contenidos que deben difundirse constituyen un mínimo, por lo que, como muy bien destaca S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 42), no se trata de una lista exhaustiva y puede ser ampliada por las comunidades autónomas. Es más, en la práctica, como señala este autor «las Comunidades Autónomas, en general, han ampliado los contenidos de información ambiental de obligada difusión, y en algunos casos han procedido a crear, para una mayor coherencia y eficiencia, una específica Red de Información Ambiental en la que se integra toda la información accesible, la cual se pone a disposición del público a través de internet» (p. 42).

cionados con la materia; las políticas, programas y planes relativos al medio ambiente, así como sus evaluaciones ambientales cuando sea procedente; los informes sobre los avances registrados en cuanto a la aplicación de la normativa y políticas, planes y programas en materia ambiental cuando hayan sido elaborados en formato electrónico o mantenidos en este formato por las autoridades públicas; los informes sobre el estado del medio ambiente (47); los datos o los resúmenes de los datos derivados del seguimiento de las actividades que afecten o puedan afectar al medio ambiente; las autorizaciones con un efecto significativo sobre el medio ambiente y los acuerdos en materia de medio ambiente o, en su defecto, la referencia al lugar donde se puede solicitar o encontrar la información; los estudios sobre el impacto ambiental y evaluaciones de riesgo relativos a los elementos del medio ambiente o, en su defecto, una referencia al lugar donde se puede solicitar o encontrar esta información. La Disposición adicional octava de la Ley añade otra obligación activa en relación con la difusión de la información. Se trata de la elaboración y publicación de información periódica de carácter estadístico sobre las solicitudes de información ambiental recibidas, así como información sobre la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley 27/2006, garantizando en todos los casos la confidencialidad de los solicitantes. También añade que para el cumplimiento de este cometido y para el cumplimiento adecuado de las obligaciones internacionales del Estado, las diferentes administraciones públicas deben colaborar e intercambiar la información que sea necesaria.

En tercer lugar, se incluyen en el artículo 9 algunas previsiones en casos de amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente ocasionada por actividades humanas o por causas naturales. En estos casos, las administraciones públicas deben difundir inmediatamente y sin demora toda la información que esté en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, de manera que permita al público que pueda resultar afectado adoptar las medidas necesarias para prevenir o limitar los daños que puedan derivar de la amenaza. Estas previsiones no serán aplicables cuando concurren causas de defensa nacional o seguridad pública.

Por último, la disposición adicional 12ª de la Ley 27/2006 obliga a las administraciones pública a primer que los operadores económicos, cuando no estén legalmente obligados a ello, «informen periódicamente al público sobre aquellas de sus actividades o productos que tengan o puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente».

(47) El artículo 8 obliga a las administraciones públicas a elaborar y publicar, como mínimo cada año, un informe de coyuntura sobre el estado del medio ambiente y cada cuatro años un informe completo. Estos informes deben ser de ámbito nacional y autonómico y, en su caso, local y deben incluir datos sobre la calidad del medio ambiente y las presiones que éste sufra, así como un sumario no técnico que sea comprensible para el público.

Con relación a la articulación de estas previsiones con las recogidas en la Ley 19/2013, que también incluye obligaciones en materia de publicidad activa, debe estarse a lo establecido en el artículo 5.2 de esta Ley, de conformidad con el cual, las obligaciones de transparencia contenidas en la Ley 19/2013, «se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad» (48). Algunas obligaciones, como las referidas a planes y programas, son coincidentes en ambas normas (49). En cambio, en otros ámbitos, la Ley 19/2013, tal y como pone de relieve DE LA VARGA PASTOR (50) (2015: 44-45), comporta una ampliación de las obligaciones de difusión activa en materia de información ambiental. Así sucede con la obligación de las administraciones públicas de publicar ciertas informaciones de relevancia jurídica que la Ley 27/2006 no exige, como las relativas a directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del derecho o tengan efectos jurídicos; los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda; las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular la memoria del análisis de impacto normativo; y los documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación. En estos casos, al tratarse de previsiones no incluidas en la Ley ambiental, sí resultarían de aplicación en materia ambiental, las obligaciones dimanantes del artículo 7 de la Ley de transparencia (51).

Finalmente, cabe destacar que la Ley 27/2006 no establece previsión alguna relacionada con el incumplimiento de las obligaciones de información que se exigen a las autoridades públicas. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 9.3, de la Ley 19/2013, «El incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora». Por lo que respecta a la información ambiental, sólo se someterían al régimen

(48) Sobre la articulación entre la Ley 27/2006 y la Ley 19/2013 en relación con publicidad activa de la información, *vid.* A. DE LA VARGA PASTOR (2015: 1-52), que analiza la incidencia de esta ley sobre la primera, con el fin de determinar si, en definitiva, comporta una ampliación, en cuanto a los sujetos obligados a la difusión de información en materia ambiental y en cuanto al contenido de la información que están obligados a difundir de forma activa, y en qué términos.

(49) Así lo destaca S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 66).

(50) A. DE LA VARGA PASTOR (2015: 44-45).

(51) En este sentido, M. A. BLANES CLIMENT (2014: 147), A. DE LA VARGA PASTOR (2015: 45) y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 66-67).

propio de la Ley de transparencia y, por lo tanto, a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (52) y al régimen sancionador, las obligaciones de publicidad activa que derivan de la Ley 19/2013 —no así las que lo hacen de la Ley 27/2006— (53).

V. LA VERTIENTE PASIVA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL PREVIA SOLICITUD

El acceso a la información ambiental tiene una segunda faceta, de suministro pasivo de información, consistente en que las autoridades públicas den respuesta a las solicitudes de información ambiental planteadas por cualquier persona. Aquí el protagonista es el ciudadano, como solicitante de la información, y es la administración quien adopta el rol de sujeto pasivo, como obligada a suministrar la información ambiental que le han solicitado. Como señala TRIAS PRATS (54), «Seguramente esta vertiente, que hace del ciudadano el motor de todo el sistema, sea la que mejor representa la configuración del derecho como instrumento de control sobre la actividad de los poderes públicos. Y a la vez, la que más estrechamente conecta con otro de los pilares básicos de la protección ambiental consagrados por el Convenio de Aarhus: la participación del público en los procesos de decisión ambiental. Ambos supuestos comparten la exigencia de un comportamiento activo del ciudadano».

En esta vertiente debe situarse el derecho de acceso a la información previa solicitud, cuya regulación también se encuentra en la Ley 27/2006. Esta Ley amplía considerablemente la configuración de este derecho en relación con su predecesora y soluciona algunas de las deficiencias que ésta planteaba, situándose en la línea iniciada por el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/4/CE. A su análisis detallado se dedica el apartado siguiente.

(52) La Ley 19/2013 encomienda la tarea de control del cumplimiento de las obligaciones asignadas a la Administración general del Estado al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, entre cuyos fines se encuentra el de «velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad» (art. 34).

(53) En este sentido, A. DE LA VARGA PASTOR (2015: 47) y S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 66-67).

(54) B. TRIAS PRATS (2012: 417).

1. El sujeto activo: una configuración muy amplia

El derecho de acceso a la información corresponde a «todos», tal y como se establece en el artículo 3 de la Ley 27/2006 (55). El titular del derecho es el público en general, entendiendo que dentro de «público» se incluye «cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación» (56). Estamos, por tanto, ante un derecho que corresponde a todos —personas físicas o jurídicas, asociaciones, organizaciones y grupos (57)—, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede, y sin necesidad de acreditar un interés determinado.

Es importante, en esta materia, que se reconozca el derecho de acceso no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas, dado que en el campo del medio ambiente la participación ciudadana se articula, principalmente, a través de asociaciones de protección y defensa del medio ambiente y organizaciones no gubernamentales. Una cuestión debatida ha sido si pueden considerarse incluidas dentro de las personas jurídicas y contemplarse como sujeto activo de tal derecho las personas jurídico-públicas. En la doctrina administrativista, muchos autores han considerado que no debían considerarse incluidas dentro de las personas jurídicas las administraciones públicas como sujeto activo (58), ya que sus facultades de acceso a la información ambiental en poder de otras administraciones debían canalizarse a través de las relaciones interadministrativas (59). Sin embargo, la propia Ley —en su disposición adicional 1ª, que regula la tasa por suministro de información ambiental para

(55) La regulación del sujeto activo del derecho de acceso a la información en la Ley 27/2006 mejora sustancialmente la contenida con anterioridad en la Ley 38/1995, solventado los problemas de inadecuación con relación al Derecho de la Unión Europea que había suscitado.

(56) Definición de «público» recogida en el artículo 2.1 de la Ley 27/2006.

(57) Nótese que no se exige que las asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación tengan como finalidad la protección del medio ambiente, por lo que cabe cualquier tipo de asociación, organización o grupo en sentido amplio, cualquiera que sea su finalidad. Además, como ponen de manifiesto J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 118), al referirse a asociaciones, organizaciones y grupos, la Ley 27/2006 «ofrece un concepto abierto más allá de la exigencia de personalidad jurídica, que permite incluir en la definición a los grupos políticos constituidos tanto en las asambleas legislativas como en las entidades locales».

(58) Es el caso de A. CERRILLO I MARTÍNEZ (1999: 124), R. MARTÍN MATEO (1994: 195), J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 156) y M. SÁNCHEZ MORÓN (1995: 45).

(59) El artículo 3.1.k) de la Ley 40/2015 recoge entre los principios que deben respetar las administraciones públicas en su actuación y en sus relaciones los de cooperación, colaboración y coordinación.

la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos— menciona expresamente a las administraciones públicas, a efectos de su exención subjetiva, en la tasa por suministro de información ambiental para la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Y, a nivel jurisprudencial, algunas sentencias han reconocido el derecho de acceso a la información a las administraciones públicas (60).

Con relación al sujeto activo, también debe destacarse la no obligación de declarar un interés determinado, lo cual evita importantes restricciones al derecho de acceso, que podrá ser ejercido tanto por personas afectadas como no afectadas por aquella información que se solicita, sin necesidad de acreditar un interés determinado en la información que se solicita (61). Resulta innecesario, en consecuencia, motivar por qué se solicita la información. Tampoco existe ahora discriminación alguna y el derecho es independiente de la nacionalidad, domicilio o sede, por lo que se amplían considerablemente las posibilidades de ejercicio desde un punto de vista subjetivo y se superan las limitaciones en este sentido de la legislación anterior. Tampoco puede depender el acceso a la información del uso que vaya a darse por el peticionario o de su necesidad (62).

2. El sujeto pasivo: las autoridades públicas

Los sujetos obligados a suministrar la información son las autoridades públicas. El derecho de acceso se ejercita sobre la información ambiental que

(60) Vid. las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 350/2000, de 19 de abril de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, recurso núm. 656/1994, ponente: Manuel Táboas Bentanachs), FJ 4º; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1293/2005, de 3 de octubre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, recurso núm. 1090/2001, ponente: Mª Teresa Delgado Velasco); y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1236/2008, de 18 de junio de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, recurso núm. 296/2005, ponente: Cristina Concepción Cadenas Cortina).

(61) A. GARCÍA URETA (1994: 141), señala que en la medida en que la solicitud de información pueda abarcar cuestiones que no se incluyan necesariamente bajo el concepto de información ambiental, a pesar de la amplitud del mismo, la autoridad pública podría exigir que se muestre el interés en la información solicitada.

(62) En este sentido, es interesante el caso planteado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 128/2007, de 26 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, recurso núm. 899/2003, ponente: Juan María Jiménez Jiménez). En esta ocasión, una asociación ecologista solicitó de la Administración autonómica datos relativos a los valores de emisión de determinados contaminantes en una central térmica. Uno de los motivos que se invocó para denegar esta información fue su carácter irrelevante a los efectos de conocer el estado del aire, argumentando que la información relevante es la que miden los analizadores de inmisión y que fue suministrada. Sin embargo, el Tribunal rechazó este motivo.

obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre. Por tanto, la definición de «autoridades públicas» constituye un elemento fundamental (63). En efecto, resulta fundamenta definir qué se entiende por «autoridades públicas», ya que se trata de un concepto no coincidente con el de administraciones públicas y mucho más amplio que éste. A los efectos de la Ley 27/2006, tienen la condición de autoridad pública, en primer lugar, el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas; la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Entidades Locales; los órganos públicos consultivos; y las Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas, incluidos Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (art. 2.4.1 de la Ley 27/2006).

En segundo lugar, también tienen la condición de autoridad pública (aunque sólo a los efectos de lo previsto en los Títulos I —«Disposiciones generales»— y II de esta Ley —«Derecho de acceso a la información ambiental»-), «las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior» (art. 2.4.2) (64). Esta previsión supone una considerable ampliación del concepto de autoridad pública, ya que incluye, más allá del Gobierno y de las administraciones territoriales, institucionales, consultivas o corporativas, las personas físicas o jurídicas con funciones, responsabilidades o servicios relacionados, directa o indirectamente,

(63) Como destaca M. MORA RUIZ (2007: 326), el derecho de acceso a la información ambiental se concibe como un derecho que debe ejercerse frente a las autoridades públicas no sólo en relación con la información de contenido ambiental que ella misma genera, sino también respecto de la que posee, con matices, de terceros. Se trata, por ello, de un derecho de alcance limitado, aunque en su opinión el Derecho positivo «debería ofrecer fórmulas a través de las cuales el ciudadano puede ejercitar dicho derecho frente al propio agente contaminador».

(64) La Directiva 2003/4/CE también considera, en su artículo 2 —apartados b) y c)—, como autoridades públicas «las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del Derecho interno, funciones administrativas públicas, en particular tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente»; y «cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de una entidad o de una persona comprendida dentro de las categorías mencionadas en las letras a) o b)». Vid. la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia (Gran Sala), de 19 de diciembre de 2013, *Fish Legal, Emily Shirley e Information Commissioner, United Utilities Water plc, Yorkshire Water Services Ltd, Southern Water Services Ltd* (asunto C-279/12).

con el medio ambiente y bajo el control de aquellos. Como consecuencia de esta ampliación del concepto de autoridad pública se incluyen aquellas personas físicas o jurídicas que participen de una manera efectiva en el ejercicio de funciones o servicios públicos, aun cuando tengan una forma jurídica privada. Se adopta una perspectiva funcional con el fin de comprender a todas las personas o entidades que sin ser formalmente administraciones públicas ejercen funciones de naturaleza administrativa o prestan servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo su autoridad. En base a ello, cabría entender como sujeto pasivo del derecho de acceso a la información aquellos agentes colaboradores que sin ejercer un servicio público cumplen funciones públicas de gran importancia ambiental (por ejemplo, las entidades colaboradoras de la administración, que suponen una nueva forma de organización de la actividad administrativa, situada en la progresiva erosión de la frontera entre lo público y lo privado, para el ejercicio de funciones materialmente públicas relacionadas con la intervención ambiental, siempre bajo el control último de la administración); o las entidades privadas o las empresas públicas con forma de personificación privada que gestionen un servicio público relacionado con el medio ambiente (65). De este modo, se incluyen como sujetos pasivos organismos privados que desarrollan funciones tradicionalmente desempeñadas por las administraciones públicas y se amplía en gran medida el ámbito de los sujetos obligados a suministrar información ambiental, teniendo en cuenta el fenómeno creciente de huida del derecho administrativo y de externalización del ejercicio de funciones públicas de protección ambiental en entes privados.

En cuanto a las vías para articular el suministro de información por parte de estos entes privados que desarrollan funciones o responsabilidades públicas o prestan servicios públicos y que constituyen «autoridad pública», cabe entender que en las solicitudes de información ambiental a autoridades públicas que sean un sujeto privado, se seguirá el modelo de cumplimiento directo de las obligaciones generales, sin administración interpuesta, por lo que serán resueltas por los propios sujetos privados (66). No obstante, en el caso de la Administración General del Estado, se prevé la posibilidad de reserva a ésta de la facultad de resolver las solicitudes de información ambiental que reciban estos sujetos cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo su autoridad (67).

En tercer lugar, el concepto de «autoridad pública» acaba de delimitarse a partir de una serie de exclusiones. Concretamente, quedan excluidos de tal

(65) Vid. A. ITUREN I OLIVER (2005: 107-108).

(66) En este sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 224).

(67) Disposición adicional 4ª de la Ley 27/2006.

concepto «las entidades, órganos o instituciones cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas (68) o judiciales (69). En todo caso, cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, los juzgados y tribunales que integran el Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas u órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas».

Otro elemento destacable es que la obligación de suministrar la información ambiental no deriva del ejercicio de una competencia sustantiva en materia de medio ambiente, sino del hecho de que la información solicitada obre en poder de la autoridad a la que se ha dirigido la solicitud, o del de otro sujeto en su nombre. La obligación de facilitar la información recae sobre el Gobierno, las administraciones territoriales, institucionales, consultivas y corporativas con independencia de si tienen o no responsabilidades específicas en materia de medio ambiente. Basta con que se trate de información ambiental que obre en su poder (esto es, que dichas autoridades posean y haya sido recibida o elaborada por ellas) o en el de otros sujetos en su nombre (información ambiental que obra físicamente en poder de una persona jurídica o física en nombre de una autoridad pública). Se evita de esta forma que administraciones que no desarrollan actuaciones estrictamente de carácter ambiental invoquen su falta de competencia en esta materia para denegar la información. Sí se exige, en cambio, para las personas físicas o jurídicas que asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos que estén relacionados con el medio ambiente (art. 2.4.2).

Por otra parte, debe resaltarse la importancia que, en este ámbito, a efectos de delimitar las autoridades públicas, adquiere la obligación impuesta a las Administraciones públicas por el artículo 5, apartado c), de la Ley 27/2006, de «elaborar listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que obre en su poder, las cuales se harán públicamente accesibles. A tal efecto, existirá al menos una lista unificada de autoridades públicas por cada Comunidad Autónoma».

(68) Tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando la norma se refiere al ejercicio de funciones legislativas, esta previsión no puede atañer a los ministerios cuando elaboran y adoptan disposiciones normativas de rango inferior a la ley. *Vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 18 de julio de 2013, *Deutsche Umwelthilfe eV y Bundesrepublik Deutschland* (asunto C-515/11), apartado 36.

(69) Sí se incluirían, en cambio, cuando dichas entidades, órganos o instituciones dispongan de información sobre el medio ambiente obtenida al margen de su actividad legislativa y judicial. *Vid.* al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 9 de septiembre de 1999, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (asunto C-217/97), apartados 20 a 24.

3. El objeto: la definición de información ambiental

El derecho de acceso se reconoce en relación con la información ambiental, concepto de gran importancia en orden a determinar el alcance efectivo de tal derecho. Actualmente, este concepto se configura de forma muy amplia, en la línea de lo establecido por el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/4/CE y habiendo contribuido y mucho a esta amplitud la jurisprudencia.

Con arreglo al artículo 2.3 de la Ley 27/2006, la información ambiental comprende toda información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma. La forma es, por tanto, universal (70) y es irrelevante la forma o formato de la información para reflejar el verdadero objeto del derecho, constituido por la información independientemente de su soporte y no limitado a expedientes o procedimientos (71).

En cuanto a su objeto, la información ambiental se caracteriza por su gran amplitud. La Ley utiliza una fórmula muy extensa y comprende los elementos del medio ambiente (el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente) y la interacción entre ellos; los factores (sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente) que afecten o puedan afectar a estos elementos; las medidas (incluidas las medidas administrativas, como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente) y actividades con efectos en el medio ambiente o destinadas a su protección; los informes sobre la ejecución de la legislación ambiental; los análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis económicos; y el estado de la salud y seguridad de las personas, cuando se vean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de esos elementos, por cualquiera de los factores, medidas y actividades con efectos en el medio ambiente (72). Por lo tanto, puede accederse a toda información que guarde conexión con el medio ambiente.

A pesar de la amplitud con que se configura el objeto del derecho de acceso a la información, a raíz de la definición que se da ahora del concepto «información ambiental», no tiene carácter onnicomprensivo o ilimitado, por lo que continúan planteándose problemas en orden a determinar si determinadas solicitudes de información dirigidas a las autoridades públicas entran o no en el concepto de «información ambiental» de la Ley

(70) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 10).

(71) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 209).

(72) *Vid.* el artículo 2.3 de la Ley 27/2006.

27/2006 (73). Además, tampoco puede olvidarse que la propia Ley recoge una serie de excepciones a la obligación de facilitar la información, que pueden limitar el acceso a determinadas informaciones ambientales y en cuya interpretación y aplicación se juega la efectividad y el alcance real del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente. A esta cuestión nos referiremos en el epígrafe siguiente (74).

(73) Por ejemplo, se ha planteado si dentro del concepto de información ambiental se incluye o no la información de carácter técnico, económico o financiero. A esta cuestión se refiere el Defensor del Pueblo en varios de sus informes anuales (por ejemplo, en el de 2007 y en el de 2009), entendiendo que «carece de respaldo normativo excluir del concepto de información ambiental la de carácter técnico, económico o financiero. Una motivación en ese sentido no es apta y convierte en arbitraria la denegación de la información pedida» (*Informe anual a las Cortes Generales 2007*, p. 975). Con base en esta argumentación, el Defensor del Pueblo concluye que no resulta ajustado a derecho la denegación de acceso a informes elaborados para solicitar financiación europea en relación con los proyectos de infraestructuras; a informes relativos a la contratación administrativa; o a los datos de consumo de agua por campos de golf, arguyendo que no constituyen información ambiental de acuerdo con la Ley 27/2006. Sin embargo, los tribunales, en ocasiones, han excluido del concepto de información ambiental determinadas informaciones de carácter técnico, económico o financiero. Así ha sucedido, por ejemplo, con la información relativa a un estudio técnico acerca de los requerimientos técnicos y características técnicas necesarias para preparar la contratación del equipamiento científico necesario para llevar a cabo un proyecto, con relación a la cual, la Audiencia Nacional, en la Sentencia núm. 452/2016, de 30 de junio de 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, recurso núm. 3152/2014, ponente: Ana María Sangüesa Cabezudo), considera que «Se trata de un estudio preparatorio, como afirma la Administración, pero por sus características no es un estudio técnico que afecta de modo directo al «estado» del medio ambiente (aguas, suelo, biodiversidad etc)» (FJ 6º). En general, sobre el acceso a la información sobre aspectos económicos, *vid.* A. M. GARCÍA URETA (2014: 213-242).

Asimismo, se ha planteado idéntica discusión, sobre si constituyen o no información ambiental, la información relativa a los planes de labores en el ámbito de la legislación de minas, la información sobre la potabilidad del agua, el informe geomorfológico relacionado con un deslinde de playa y barranco, un proyecto de distribución de energía eléctrica en un espacio de la Red Natura 2000, un informe con información sobre ejemplares de especies piscícolas y sus efectos sobre otras especies protegidas, información sobre los efectos de un incendio forestal y las medidas de prevención y correctoras adoptadas, información sobre los expedientes de autorización de medicamentos de uso veterinario que contienen diclofenaco y la información aportada en el marco de un procedimiento nacional de autorización o de ampliación de la autorización de un producto fitosanitario con el fin de determinar el contenido máximo de un plaguicida, componente de éste o productos de transformación que puede haber en los alimentos o bebidas. En todos estos casos, bien los tribunales, bien el Defensor del Pueblo, consideraron que se trataba de información ambiental. *Vid.* J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 11, nota al pie 33). En cambio, otros tipos de información solicitada, como la relativa a los aspectos orgánicos y contractuales, se ha considerado que quedan fuera del concepto de información ambiental, pese a concurrir alguna conexión ambiental. *Vid.* J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 11-12, en especial, la nota al pie 34).

(74) *Vid. infra*, el epígrafe 4 de este mismo apartado.

Por otra parte, como advierte RAZQUIN LIZARRAGA, el componente genérico de la información ambiental «motiva que, pese a su especificidad, puedan producirse solapes no sólo con el régimen general (...), sino también con previsiones sectoriales sobre acceso a la información, como es la legislación urbanística con aplicación conjunta de ambas, si bien la urbanística pudiera otorgar mayor cobertura» (75).

Finalmente, no puede olvidarse que el derecho de acceso se circunscribe a la información ambiental «que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre». Debe tratarse de información disponible por la autoridad pública correspondiente. Sólo puede accederse, en consecuencia, a la información que obra en poder de las autoridades públicas, esto es, «información ambiental que dichas autoridades posean y haya sido recibida o elaborada por ellas» (76); y a la «información ambiental que obra físicamente en poder de una persona jurídica o física en nombre de una autoridad pública» (77).

4. Los límites y las excepciones: una necesaria interpretación restrictiva

La Ley 27/2006 recoge una serie de excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental por parte de las autoridades públicas, aunque se introducen algunas novedades significativas con relación a la anterior Ley 38/1995, que pretenden acotar mejor el ámbito de estas excepciones, con el fin de no interferir más allá de lo imprescindible con el derecho de acceso a la información ambiental.

La regulación de las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental supone un avance notable en relación con la legislación anterior, ya que la denegación no opera automáticamente, sino que la autoridad pública deberá ponderar en cada caso los intereses públicos en presencia, y justificar la negativa a suministrar la información solicitada. Se impone, por ello, una interpretación restrictiva de los motivos de denegación, debiendo ponderarse en cada caso concreto «el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación» (art. 13.4 de la Ley 27/2006). El acceso a la información solicitada deberá concederse si, tras sopesar los intereses en juego, el interés público prevalece sobre el interés protegido por la no revelación. Esta interpretación restrictiva de los motivos de

(75) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 12).

(76) *Vid.* la definición de «Información que obra en poder de las autoridades públicas», recogida en el artículo 2.5 de la Ley 27/2006.

(77) *Vid.* la definición de «Información poseída en nombre de las autoridades públicas», recogida en el artículo 2.6 de la Ley 27/2006.

denegación o excepción es fundamental en aras a garantizar la efectividad del derecho de acceso de la información y sus objetivos en la práctica, máxime teniendo en cuenta los excesos y las interpretaciones erróneas en que incurrieron en muchas ocasiones las administraciones públicas, durante la vigencia de la Ley 38/1995. Por ello, en caso de duda, la interpretación será favorable a la divulgación de la información (78).

Las excepciones tampoco son obligatorias, sino que se recogen en términos de posibilidad, de manera potestativa («las autoridades públicas podrán denegar», en el art. 13.1 y «las solicitudes de información ambiental podrán denegarse», en el art. 13.2). Nada impide tampoco que las comunidades autónomas, en ejercicio de su competencia para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente, puedan reducir su ámbito de aplicación.

Se trata, además, de excepciones tasadas o cerradas, que recogen los supuestos previstos en la Directiva 2003/4/CE, no siendo posible aplicar otros límites y, en particular, los más amplios de la legislación general (79). En general, estas excepciones se configuran con mayor precisión y de forma más estricta que en la anterior Ley 38/1995 con el objeto de obtener un equilibrio apropiado entre los intereses en conflicto (el acceso a la información y la protección de intereses legítimos con arreglo a determinadas excepciones). Al ser excepciones tasadas, no resulta posible crear nuevos supuestos de denegación por parte de las autoridades públicas (80). Además, la negativa a facilitar la totalidad o parte de la información solicitada debe notificarse a la solicitante, indicando los motivos de la denegación (81) e informando sobre el procedimiento de recurso previsto (82).

La concurrencia de alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 13 tampoco implica necesariamente la denegación de la totalidad de la información solicitada, ya que la Ley 27/2006, en su artículo 14, impone a la autoridad pública la obligación de suministro parcial de la información solici-

(78) Vid. J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 32).

(79) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 32).

(80) Vid., por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 128/2007, de 26 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, recurso núm. 899/2003, ponente: Juan María Jiménez Jiménez); y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm. 578/2008, de 16 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 001, recurso núm. 2541/2004, ponente: Felipe Fresneda Plaza) y núm. 849/2008, de 6 de mayo de 2008 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 001, recurso: 1200/2004, ponente: Santos Honorio de Castro García).

(81) Artículo 13.6 de la Ley 27/2006. Como pone de manifiesto, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 33), la motivación «ha de ser específica sin que sirvan modelos estereotipados, expresar las normas que amparan el bien o interés legítimo protegido y reflejar la ponderación de los intereses en conflicto llevada a cabo».

(82) Artículo 10.2, último párrafo, de la Ley 27/2006.

tada cuando la información exenta de divulgación pueda disociarse del resto de información no amparada por la excepción.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental se podrán aplicar no sólo respecto de las solicitudes que puedan presentarse ante las autoridades públicas, sino también en relación con las obligaciones de difusión por las autoridades públicas reguladas en el capítulo II del Título II de la Ley. Actúan, por tanto, en la doble faceta del derecho de acceso a la información ambiental: la de suministro pasivo y la de suministro activo de información.

Las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental se recogen en dos grupos diferenciados (83). El artículo 13.1 de la Ley 27/2006 recoge un primer bloque de excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental, en el que se incluyen motivos ligados a la disponibilidad de información por parte de las autoridades públicas y a la confidencialidad de sus comunicaciones internas, a los términos de la solicitud, y a cuestiones procedimentales. Todas estas excepciones responden a la necesidad de preservar el correcto funcionamiento de la autoridad pública competente, no imponiéndole deberes excesivos que no sean necesarios para la efectividad del derecho.

Las causas de denegación que se recogen en el artículo 13.1 son las siguientes:

- a) Que la información solicitada a la autoridad pública no obre en poder de ésta o en el de otra entidad en su nombre, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.2.b).
- b) Que la solicitud sea manifiestamente irrazonable.
- c) Que la solicitud esté formulada de manera excesivamente general, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2.a).
- d) Que la solicitud se refiera a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos. Por esto últimos se entenderán aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente. Si la denegación se basa en este motivo, la autoridad pública competente deberá mencionar en la denegación la autoridad que está preparando el material e informar al solicitante acerca del tiempo previsto para terminar su elaboración.
- e) Que la solicitud se refiera a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés público atendido por la revelación.

(83) *Vid.* el amplio análisis de las diferentes excepciones que realizan L. CASADO CASADO (2008: 246-272), J. I. CUBERO MARCOS (2007: 141-168), S. FERNÁNDEZ RAMOS (2009), J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 225-265) y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 23-33).

De todas las excepciones recogidas en el artículo 13.1 queremos destacar especialmente la prevista en el apartado d), que ha dado lugar a una abundante jurisprudencia que ha interpretado esta excepción de forma muy restrictiva. Los tribunales vienen entendiendo que, aunque un procedimiento esté abierto, debe darse acceso a aquellos documentos obrantes en el expediente que, siendo separables, estén concluidos. De este modo, los tribunales consideran que no resulta admisible denegar el acceso a la información contenida en actas de inspección con el argumento de que son documentos o datos inconclusos. También permiten el acceso a la información de planes en tramitación y de documentos provisionales.

El segundo bloque de excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental se recoge en el artículo 13.2 de la Ley 27/2006. Con arreglo a este precepto, las solicitudes de información ambiental podrán denegarse si la revelación de la información solicitada puede afectar negativamente a cualquiera de los extremos que se enumeran a continuación:

- a) A la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas, cuando tal confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley.
- b) A las relaciones internacionales, a la defensa nacional o a la seguridad pública.
- c) A causas o asuntos sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, al derecho de tutela judicial efectiva o a la capacidad para realizar una investigación de índole penal o disciplinaria. Cuando la causa o asunto estén sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, deberá, en todo caso, identificarse el órgano judicial ante el que se tramita.
- d) A la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, cuando dicha confidencialidad esté prevista en una norma con rango de Ley o en la normativa comunitaria, a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal.
- e) A los derechos de propiedad intelectual e industrial. Se exceptúan los supuestos en los que el titular haya consentido en su divulgación.
- f) Al carácter confidencial de los datos personales, tal y como se regulan en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, siempre y cuando la persona interesada a quien conciernan no haya consentido en su tratamiento o revelación.
- g) A los intereses o a la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información solicitada sin estar obligado a ello por la legislación vigente. Se exceptúan los supuestos en los que la persona hubiese consentido su divulgación.

- h) A la protección del medio ambiente al que se refiere la información solicitada. En particular, la que se refiera a la localización de las especies amenazadas o a la de sus lugares de reproducción.

Las excepciones recogidas en este bloque tienen como finalidad preservar otros bienes o intereses jurídicamente protegidos que pudieran resultar afectados por la divulgación de la información. Su aplicación exige, además de la concurrencia de una de las causas enumeradas, que la revelación de la información solicitada pueda afectar negativamente a la misma. No basta, en consecuencia, con que se dé uno de los motivos establecidos en el artículo 13.2, sino que, para denegar la información solicitada, es imprescindible que haya una afectación negativa, esto es, que produzca efectos desfavorables, sobre alguno de los bienes o intereses que se protegen. Además, estos motivos de denegación, con arreglo al artículo 13.4 de la Ley 27/2006, también deberán interpretarse de manera restrictiva y para su aplicación deberá ponderarse en cada concreto el interés público atendido con la divulgación de la información con el interés atendido con su denegación. Por otra parte, las autoridades públicas no pueden ampararse en los motivos previstos en el apartado 2 del artículo 13, en las letras a), d), f), g) y h), para denegar solicitudes de información relativas a emisiones al medio ambiente.

La aplicación de estas excepciones por parte de las autoridades públicas ha provocado en España un buen número de sentencias del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas —también algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Directiva 2003/4/CE en la que tiene su origen la ley española—. De la jurisprudencia recaída hasta el momento se desprende una interpretación ampliadora del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental. Los tribunales están impulsando decididamente este derecho con interpretaciones favorables a su ejercicio (84).

5. El procedimiento: una regulación escasa

La Ley 27/2006 no regula de forma pormenorizada el procedimiento administrativo a seguir para ejercitar el derecho de acceso a la información, sino que remite a «los procedimientos que se establezcan al efecto» (85) y se limita a establecer una serie de garantías que deberán respetarse en la tramitación del procedimiento, ya que, con arreglo a su disposición final 3^ª, poseen el carácter de legislación básica en materia de protección del medio ambiente.

(84) Vid. un análisis de la jurisprudencia en la materia en L. CASADO CASADO (2009: 295-316) y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 23-33).

(85) Artículo 10.1, párrafo primero.

El procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental se inicia con la presentación, por parte del público, de la solicitud de información ambiental, en ejercicio del derecho a acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre. Estamos, por tanto, ante un procedimiento iniciado a instancia de parte y, en defecto de una regulación específica a tal efecto, habrá de estarse a lo regulado, con carácter general, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Las solicitudes de información ambiental deberán dirigirse a la autoridad pública competente para resolverlas, entendiendo como tal «aquella en cuyo poder obra la información solicitada, directamente o a través de otros sujetos que la posean en su nombre» (86). Ahora bien, cuando la autoridad pública a quien se ha dirigido la solicitud no posea la información requerida, deberá remitir la solicitud a la que la posea y dar cuenta de ello al solicitante. Cuando ello no sea posible, deberá informar directamente al solicitante sobre la autoridad pública a la que, según su conocimiento, ha de dirigirse para solicitar dicha información (87). Esta previsión supone un avance significativo en aras a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información ambiental, ya que el hecho de dirigir la solicitud ante una autoridad que no sea competente no conlleva el rechazo sin más de la petición, sino que obliga a la autoridad pública, bien a enmendar el error por sí misma dirigiendo la solicitud a la autoridad competente, bien a informar directamente al solicitante sobre la autoridad a la que debería dirigirse la petición.

Tampoco podrá la autoridad pública rechazar directa e inmediatamente la solicitud de información ambiental que esté formulada de manera imprecisa. En estos casos, pedirá al solicitante que la concrete y le asistirá para concretar su petición de información lo antes posible y, a más tardar, antes de que expire el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla (88). Del mismo modo deberá proceder la autoridad pública cuando la solicitud esté formulada de manera excesivamente general (89).

(86) Artículo 10.1 de la Ley 27/2006. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Disposición adicional cuarta establece que ésta «podrá reservarse la facultad de resolver las solicitudes de información ambiental que reciban las autoridades públicas a las que se refiere el artículo 2.4.2 cuando tales personas asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo su autoridad».

(87) Artículo 10.2.b) de la Ley 27/2006.

(88) Artículo 10.2.a) de la Ley 27/2006.

(89) *Vid.* el artículo 13.1.c) en conexión con el artículo 10.2.a) de la Ley 27/2006.

La determinación del plazo máximo para resolver las solicitudes de información ambiental y para suministrar efectivamente la información solicitada constituye una cuestión de suma importancia en el ejercicio de este derecho. Entre los derechos de todos en relación con el acceso a la información en materia de medio ambiente, la Ley 27/2006 recoge el de «recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10». Estos plazos incluidos en la Ley son mucho más breves que el establecido anteriormente en la Ley 38/1995 (dos meses), siguiendo las previsiones establecidas en este punto por el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/4/CE (90). Efectivamente, la Ley establece que la autoridad pública competente para resolver facilitará la información ambiental solicitada o comunicará al solicitante los motivos de la negativa a facilitarla, teniendo en cuenta el calendario especificado por el solicitante (91), lo antes posible (92) y, a más tardar, en los plazos siguientes (93):

— En el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, con carácter general.

— En el plazo de dos meses desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible cumplir el plazo antes indicado. En este supuesto deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de un mes, de toda ampliación de aquél, así como de las razones que lo justifican.

La reducción de los plazos y el establecimiento con carácter general de un plazo máximo de un mes debe valorarse positivamente, ya que, en muchas ocasiones, obtener la información ambiental en un plazo breve de tiempo es crucial para poder participar posteriormente en períodos de información pública o poder realizar alegaciones... De alargarse excesivamente el plazo

(90) Vid. los artículos 4.2 y 4.7 del Convenio de Aarhus; y 3.2 de la Directiva 2003/4/CE.

(91) Nótese que, al igual que la Directiva 2003/4/CE, la Ley española, al referirse al plazo, establece que la autoridad pública competente debe tener en cuenta el calendario especificado por el solicitante, lo cual significa, como pone de relieve I. LAZCANO BROTONS (2005: 126-127), que «en base a ese aspecto, puede resultar exigible, bien que la ampliación no alcance el plazo máximo de dos meses (aunque supere el de un mes), bien que, en ciertas ocasiones el plazo a exigir pudiera ser razonablemente inferior al de un mes (...), aunque esto último se estima de difícil control por el particular dada la garantía que para las autoridades supone la existencia de un plazo máximo, no mínimo».

(92) Esta celeridad que se impone en la resolución de las solicitudes de información ambiental debe ponerse en contacto con la obligación de las Administraciones públicas de «Garantizar el principio de agilidad en la tramitación y resolución de las solicitudes de información ambiental» [art. 5.1.f) de la Ley 27/2006].

(93) Artículo 10.2.c) de la Ley 27/2006.

para suministrar la información ambiental, la posibilidad de participación efectiva en procedimientos administrativos de relevancia ambiental o, incluso, en procedimientos judiciales, podría verse considerablemente reducida.

Por otra parte, debe destacarse que estos plazos que se fijan se refieren a la facilitación de la información ambiental solicitada —o, en su caso, a los motivos de la negativa a facilitarla— y no a la resolución o notificación de la resolución relativa a la solicitud de información, como sucedía en la Ley 38/1995. Lo relevante no es, en consecuencia, resolver el procedimiento, sino satisfacer efectivamente la solicitud. En la medida en que el plazo establecido no es un plazo para resolver y notificar la resolución adoptada, sino un plazo que determina el período dentro del cual debe producirse la actuación material consistente en facilitar la información al solicitante, ello debe llevarnos a plantear el juego del silencio administrativo en estos procedimientos.

La Ley 27/2006 no contiene referencia alguna al silencio administrativo, por lo que, por aplicación de la regulación general de la Ley 39/2015, debe entenderse que se aplica la regla general del silencio positivo fijada por su artículo 24.1. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de enero de 2015 (94). De ello se derivan tres consecuencias: la estimación por silencio administrativo tendrá a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento; la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo; y los actos producidos por silencio se podrán hacer valer ante la administración y ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada (95).

Con esta solución no se mejora la garantía del derecho, porque el solicitante sólo verá realizado efectivamente su derecho cuando reciba la documentación solicitada. No obstante, como destaca LAZCANO BROTONS, «tal consideración jurídica sí podría producir ciertos efectos en el plano del derecho: por ejemplo la imposibilidad de una resolución expresa tardía desestimatoria o la posibilidad de instar un recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración» (96). Al peticionario, si entra en juego el silencio administrativo, sólo le quedaría, con arreglo al artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la opción de reclamar de la administración el cumplimiento de la obligación de suministrar información y, si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un

(94) Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso núm. 691/2013, ponente: José Juan Suay Rincón).

(95) Artículo 24, apartados 2, 3 y 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

(96) I. LAZCANO BROTONS (2005: 127).

acuerdo con los interesados, deducir recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la administración para que un Tribunal condene a la administración a cumplir con su obligación de suministrar la información (97). Cabe dudar, sin embargo, de la efectividad de esta vía, por la lentitud para obtener la información ambiental, que en muchos casos puede impedir la participación efectiva en procedimientos administrativos y judiciales, y su inadecuación para dar una respuesta eficaz a las necesidades de defensa del medio ambiente.

Por su parte, la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno prevé que transcurrido el plazo para resolver (un mes ampliable a otro más si la complejidad o el volumen de la información lo hacen necesario) sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá que la solicitud ha sido desestimada (art. 20.4). De esta forma, de modo expreso, la Ley atribuye efectos desestimatorios al silencio administrativo, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades disciplinarias.

Al no estar regulado el silencio administrativo en la Ley 27/2006, parece que la aplicación de la disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013 debería llevar a la aplicación, en el ámbito del acceso a la información ambiental, del silencio negativo, por aplicación supletoria de esta Ley. Aunque resulta prevalente el régimen jurídico específico del acceso a la información ambiental, en la medida en que el silencio administrativo no se regula en esta normativa específica, con arreglo a la Disposición adicional 1ª de la Ley 19/2013, sería de aplicación esta Ley, con la consiguiente atribución de efectos desestimatorios al silencio administrativo en los procedimientos de acceso a la información ambiental. Sin embargo, a pesar de que sea ésta la solución a que conduce una aplicación estrictamente literal de la disposición adicional 1ª, consideramos que no debe ser ésta la solución aplicable. En nuestra opinión, debe mantenerse el silencio positivo, sin que sea posible aplicar el efecto desestimatorio del silencio establecido por la Ley de transparencia en los procedimientos de solicitud de acceso a la información ambiental (98). La atribución de efectos

(97) En este sentido, B. LOZANO CUTANDA (DIR.), A. LAGO CANDEIRA y L. F. LÓPEZ ÁLVAREZ (2014: 294), R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (2006: 171) y J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 219). Vid. también J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (2006: 478-479).

(98) Idéntica posición se mantiene por L. CASADO CASADO (2014: 831-838) y S. FERNÁNDEZ RAMOS y J. Mª PÉREZ MONGUIÓ (2014: 56, nota al pie 106). Por su parte, E. GUICHOT REINA (2016: 148-149) sostiene que «hay argumentos sólidos para defender, en los casos de imprevisión legal autonómica del sentido del silencio, la aplicación supletoria de la LTBG. Entre ellos, la falta de regulación del silencio en la LAIA, la llamada expresa de la LTBG a su aplicación supletoria a la normativa de acceso a la información ambiental, siendo normativa específica sobre acceso a la información respecto a la LRJAP-PAC y a la vez general dentro de ese bloque normativo; la difícil distinción en el propio campo de aplicación de la normativa sobre acceso (LTBG, LRISP, LAIA) y la pertinencia de un régimen uniforme del silencio; la inadecuación del silencio positivo para dar una respuesta adecuada al derecho de acceso de

desestimatorios al silencio administrativo podría vulnerar lo establecido en la Directiva 2003/4/CE, que obliga a la autoridad pública competente, bien a facilitar la información medioambiental tan pronto como sea posible, y a más tardar en el mes siguiente a la recepción de la solicitud o, excepcionalmente, en el de dos meses; bien a notificar al solicitante la negativa a facilitar la totalidad o parte de la información pedida en estos mismos plazos, indicando los motivos de la denegación e informando sobre el procedimiento de recurso previsto. Por ello, cabe defender el mantenimiento del régimen del silencio administrativo positivo en los procedimientos de acceso a la información ambiental y la no aplicación con carácter supletorio en este ámbito de la Ley 19/2013, aun tratándose de un aspecto no regulado específicamente por la Ley 27/2006. De todas formas, no se nos oculta la falta de idoneidad del silencio positivo en este ámbito, en la medida en que no supone una mejora de la garantía del derecho, como ya hemos destacado (99).

Como se ha puesto de manifiesto, la Ley 27/2006 no regula un procedimiento formalizado, sino que únicamente fija determinadas exigencias mínimas, por lo que habrá de estarse a la regulación específica que, en su caso, puedan establecer las comunidades autónomas o a la ordenación general recogida en la Ley 39/2015. Conviene, sin embargo, destacar algunos aspectos concretos de la regulación incluida en la Ley 27/2006. Por una parte, debe recordarse que en los plazos fijados la autoridad pública competente deberá facilitar la información ambiental solicitada o, en su caso, notificar al solicitante la negativa a facilitar la totalidad o parte de la información.

los ciudadanos en el caso de los derechos que requieren una actuación positiva por parte de la Administración para hacerse efectivo y para garantizar los intereses públicos y privados de alcance constitucional en juego y por el contrario la mayor efectividad que aporta el silencio negativo, por las razones de fondo y procedimiento el silencio negativo; y, en fin, el propio falseamiento empírico de la idea de que el silencio negativo es incentivador de los incumplimientos de la obligación de resolver. Ciertamente, en materia de información ambiental, ha de reconocerse que la desacertada jurisprudencia comunitaria que hemos expuesto parece constituir un freno para una interpretación armónica y razonables de nuestro propio bloque normativo, pero no debería evitar optar por interpretaciones lógicas hasta que sean claramente descartadas por una nueva sentencia que se pronuncie ya con los nuevos elementos [Directiva y Leyes nacionales] en presencia».

(99) Al respecto, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 21) advierte varias cuestiones que plantea la aplicación del silencio positivo en materia de acceso a la información ambiental: el difícil encaje de la figura del silencio con la configuración material del derecho de acceso, que exige el suministro de la información o la denegación motivada en plazo; la materialización del suministro, ya que el objetivo de la solicitud no es la resolución del procedimiento, sino la obtención de la información solicitada; y la posición, en su caso, de terceros que estén protegidos por algunas de las limitaciones a la divulgación de la información. Sobre los problemas que plantea el régimen del silencio administrativo positivo en este ámbito, *vid.* también S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 37-39).

Por otra, en caso de que se deniegue la información solicitada, deberán respetarse una serie de garantías para asegurar la efectividad del derecho de acceso. En primer lugar, la necesidad de notificar la denegación de la información en los plazos máximos establecidos por el artículo 10.2.c), ya que de no hacerlo entraría en juego el silencio administrativo positivo, con las correspondientes consecuencias, a las que ya nos hemos referido anteriormente. En segundo lugar, la resolución denegatoria de la información debe estar motivada y amparada en alguna de las excepciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 27/2006. Debe tenerse presente que constituye un derecho de todos «conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se les facilita dicha información en la forma o formatos solicitados» [art. 3.1.f)]. La motivación tiene una importancia fundamental en el momento de interponer los correspondientes recursos porque permite a los ciudadanos conocer si la solicitud ha sido denegada sin motivo justificado y facilita el control judicial de las decisiones administrativas. Por ello, la autoridad pública debe acreditar la concurrencia de alguna de las excepciones, justificar la relación entre esta causa y la información solicitada y ponderar los intereses en conflicto demostrando el menoscabo del interés protegido. La ausencia de la motivación comportaría la anulación de la resolución de denegación. En tercer lugar, la negativa a facilitar la información debe notificarse por escrito o electrónicamente, si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor así lo solicita. La notificación también informará sobre el procedimiento de recurso que pueda interponerse contra la resolución (art. 10.2, último párrafo).

6. La forma o formato de la información

La Ley 27/2006 regula ampliamente la forma o formato de la información ambiental. Además, también incluye entre los derechos relacionados con el acceso a la información, el de «recibir la información ambiental solicitada en la forma o formato elegidos, en los términos previstos en el artículo 11» (100).

Como regla general, el artículo 11 impone la obligación de las autoridades públicas de suministrar la información ambiental en la forma o formatos indicados por el solicitante. Por lo tanto, si el solicitante pide que la información se suministre en una forma determinada, deberá satisfacerse la solicitud. Esta regla general tiene, no obstante, dos excepciones. En primer lugar, en aquellos casos en «Que la información ya haya sido difundida, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo I de este Título, en otra forma o formato al que el solicitante pueda acceder fácilmente». En estos supuestos, la autoridad

(100) Artículo 3.1.e) de la Ley 27/2006.

pública competente informará al solicitante de dónde puede acceder a dicha información o se le remitirá en el formato disponible. En segundo lugar, cuando «la autoridad pública considere razonable poner a disposición del solicitante la información en otra forma o formato y lo justifique adecuadamente». Se trata de conjugar los criterios de economía y agilidad en el suministro de la información ambiental sin mermar la efectividad en el ejercicio del derecho de acceso a esta información (101). Para ello, también son necesarias actuaciones administrativas previas dirigidas a facilitar la máxima accesibilidad a la información. No debe extrañar, por tanto, que el artículo 11.2 de la Ley 27/2006 imponga a las autoridades públicas el deber de procurar «conservar la información ambiental que obre en su poder, o en el de otros sujetos en su nombre, en formas o formatos de fácil reproducción y acceso mediante telecomunicaciones informáticas o por otros medios electrónicos».

En caso de concurrir alguna de las excepciones señaladas y de que la autoridad pública resuelva no facilitar la información, parcial o totalmente, en la forma o formato solicitados, se le impone la obligación de comunicar al solicitante los motivos de dicha negativa en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolver, haciéndole saber la forma o formatos en que, en su caso, se podría facilitar la información solicitada e indicando los recursos que procedan contra dicha negativa en los términos previstos en el artículo 20 (102). Así, la aplicación de estas excepciones no sólo requiere la concurrencia de las circunstancias y el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley, sino también su debida justificación —a través de la correspondiente motivación, con expresión de la excepción que se aplica y de las razones en que se funda—, que debe ser comunicada al solicitante, indicándole, además, los recursos procedentes.

7. El coste de la información

Al igual que la Directiva 2003/4/CE, la Ley 27/2006 obliga a las autoridades públicas a elaborar, publicar y poner a disposición de los solicitantes de información ambiental el listado de las tasas y precios públicos y privados que sean de aplicación a tales solicitudes, así como los supuestos en los que no proceda pago alguno (103); y establece que será gratuito el acceso a cualesquiera listas o registros públicos creados y mantenidos tal como se indica

(101) El denominador común de estas previsiones, como advierten J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 222), «es la agilidad y efectividad en el ejercicio del derecho».

(102) Artículo 11.3 de la Ley 27/2006.

(103) Artículo 15.1 de la Ley 27/2006.

en el artículo 5 apartado 1.c), así como el examen *in situ* de la información solicitada (104).

Asimismo, crea la tasa por suministro de información ambiental para la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. En su Disposición adicional 1ª se regulan su hecho imponible, el devengo, los sujetos pasivos, la cuantía, el pago y las exenciones —de carácter subjetivo y objetivo— (105). Y faculta a las entidades locales para «establecer tasas por el suministro de información ambiental, que se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y, en lo que se refiere a su hecho imponible y supuestos de no sujeción y exención, por lo previsto en la disposición adicional primera de esta Ley. Todo ello sin perjuicio de los regímenes financieros forales de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra» (106).

A diferencia del Convenio de Aarhus y de la Directiva 2003/4/CE y de su predecesora, la Ley española en ningún momento alude al carácter razonable del importe de las contraprestaciones económicas por el suministro de información ambiental. Sin embargo, es éste un requisito plenamente exigible, toda vez que constituye una garantía fundamental del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, al impedir que la cobertura de los costes produzca el efecto de dar lugar a la percepción, caso por caso, de tasas tan elevadas que lleguen a bloquear el acceso a la información, incumpliendo de este modo directamente el objetivo de la normativa reguladora del acceso a la información en materia de medio ambiente. Cuestión diferente es cómo debe interpretarse la expresión «coste razonable». Con arreglo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sólo puede exigirse una contraprestación económica por el suministro de información y no por la ejecución de operaciones administrativas con motivo de una solicitud de información, ni en los casos de denegación, habida cuenta que en este supuesto la tasa percibida no sería razonable. El coste debe estar, además, justificado y no ser excesivo. Y el importe exigido debe ser «razonable» y no puede calificarse de razonable una tasa percibida en caso de denegación de una solicitud de información, dado que, en dicho supuesto, no se ha producido ningún suministro de información (107).

(104) Artículo 15.2 de la Ley 27/2006.

(105) Mediante la Orden PRE/1597/2014, de 5 de septiembre, por la que se establecen las cuantías y se dictan normas sobre la gestión y el cobro de la tasa por suministro de información ambiental en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

(106) *Vid.* la disposición adicional 2ª de la Ley 27/2006.

(107) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 1999, *Comisión contra República Federal de Alemania* (asunto C-217/97), apartados 57, 58 y 59 y 48.

En definitiva, de lo que se trata es de excluir cualquier interpretación que pudiera tener un efecto disuasorio en las personas que deseen obtener información o que pudiese limitar el derecho de acceso a ésta. Por ello, normalmente, el precio que cobren las administraciones públicas será el precio del coste de producir la copia de la información que será facilitada a los ciudadanos. El requisito del coste razonable resulta aplicable a los precios y tasas que establezcan las autoridades públicas por el suministro de información ambiental, aun cuando no se recoja expresamente en el artículo 15 de la Ley 27/2006 —sí, en cambio, en algunas normas autonómicas—. Y ello es así, por ser éste un requisito exigido tanto en el Convenio de Aarhus como en la Directiva 2003/4/CE y en la propia jurisprudencia europea (108). Además, aun cuando no se menciona explícitamente, se recoge y se respeta de forma implícita en la configuración que hace la Ley de la tasa por suministro de información ambiental para la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. A este requisito sí hacen referencia algunas normas autonómicas (109). Por otra parte, como advierte RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 23), «El actual estado de implantación de la Administración electrónica debe conllevar que la regla sea la gratuidad, ya que la exigencia del pago está ligada al coste de los materiales utilizados y del envío».

8. Las garantías: una asignatura todavía pendiente

La efectividad del derecho de acceso a la información ambiental exige la articulación de un sistema eficaz de garantías. Es ésta una cuestión a la que prestan especial atención tanto el Convenio de Aarhus —art. 9— como la Directiva 2003/4/CE —art. 6—. A ella se refiere la Ley española en el artículo 3.3, reconociendo como derecho en relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa el de «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—; y en los artículos 20 y 21, con el objeto de «asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación», tal como se indica en la Exposición de Motivos.

(108) De todas formas, en la práctica, se han dado casos de exigencias económicas abusivas o irrazonables. Así lo pone de manifiesto J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 23), que se hace eco de algunos supuestos (*vid.* especialmente la nota al pie 76).

(109) Por ejemplo, la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, de protección del medio ambiente, prohíbe que el pago del precio público por el ejercicio del derecho de acceso a la información exceda de un coste razonable, entendiendo por tal «el coste del soporte físico de la información» (art. 17.2).

La Ley 27/2006 reconoce el derecho a recurrir en vía administrativa o contencioso-administrativa cualquier acto u omisión imputable a una autoridad pública que suponga una vulneración de los derechos de acceso a la información y participación pública. Con arreglo a lo establecido en su artículo 20, cabe destacar, en primer lugar, que la opción de la Ley española ha sido la de remitirse al sistema general de recursos administrativos (recurso de alzada y recurso de reposición) y judiciales (recurso contencioso-administrativo) regulados, actualmente, en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y en la Ley 29/1998, de 29 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se mantiene la opción seguida por la Ley 38/1995 (110) y no se ha planteado la opción prevista —tanto en el Convenio de Aarhus como en la Directiva 2003/4/CE— de utilizar como vía alternativa al recurso administrativo, previamente al recurso ante un órgano judicial, un recurso ante un órgano independiente e imparcial creado por la Ley opción también defendida por algún sector doctrinal (111). La creación de un organismo de este tipo podría ser útil como garantía efectiva del derecho de acceso a la información. Entre sus funciones debería ubicarse la resolución de recursos presentados por los ciudadanos ante el rechazo por parte de la administración del acceso a las informaciones solicitadas.

En segundo lugar, la legitimación activa para imponer estos recursos se atribuye al «público» (cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación) que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos en materia de información reconocidos por la Ley 27/2006. La jurisprudencia ha entendido que la amplitud con que la legislación reconoce el derecho de acceso a la información ambiental también rige en relación con la interpretación de las reglas de legitimación para recurrir contra denegaciones de acceso a la información y proteger este derecho (112).

En tercer lugar, debe ponerse de manifiesto que con estas previsiones, si bien se cumple formalmente con la exigencia del Convenio de Aarhus —y de la Directiva 2003/4/CE— de establecer un recurso ante un órgano judicial y,

(110) Vid. el artículo 4.3 de la Ley 38/1995.

(111) A. CERRILLO I MARTÍNEZ (1999: 154), ha planteado la opción de crear un organismo independiente en el ámbito del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, encargado de solucionar en primera instancia los litigios que puedan darse entre la Administración y los ciudadanos en caso de rechazo de la solicitud de información ambiental. Vid. también A. CERRILLO I MARTÍNEZ (1998: 184-190). En un sentido similar, A. ITUREN I OLIVER (2005: 119-120) y M. SÁNCHEZ MORÓN (1998: 307-308).

(112) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 128/2007, de 26 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, recurso núm. 899/2003, ponente: Juan María Jiménez Jiménez)].

previamente, un recurso ante una autoridad pública o un órgano independiente e imparcial distinto del órgano judicial (113), como pone de manifiesto PEÑALVER I CABRÉ (114), los recursos administrativos no cumplen los requisitos —también exigidos por el Convenio de Aarhus— de ser efectivos, objetivos y equitativos (115); y el recurso contencioso-administrativo no puede configurarse como mecanismo general para garantizar el acceso a la información ambiental, dado que resulta ineficaz por la enorme tardanza en obtener sentencia.

Junto al sistema general de recursos administrativos y contencioso-administrativo que prevé el artículo 20 como garantía de la efectividad del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente, el artículo 21 introduce una novedad importante: una reclamación específica para las vulneraciones cometidas por sujetos privados sometidos por la Ley a los deberes de suministrar información medioambiental (116). La introducción de esta reclamación es coherente con la amplitud del concepto de autoridad pública utilizado por la Ley. En la medida en que también entran en tal concepto «las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior» (art. 2.4.2 de la Ley 27/2006), debe articularse una garantía eficaz del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental para estos casos en que personas físicas o jurídicas de las previstas en el artículo 2.4.2 vulneren los derechos que esta Ley reconoce a todos en materia de acceso a la información ambiental. En estos supuestos, la Ley prevé que «el público que considere que un acto u omisión imputable a cualquiera de las personas a las que se refiere el artículo 2.4.2 ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley podrá interponer directamente una reclamación ante la Administración Pública bajo cuya autoridad ejerce su actividad». Estamos, por tanto, no ante un recurso administrativo de los previstos en la Ley 39/2015, sino ante una reclamación que se planteará frente a la administración bajo cuya autoridad ejerce su actividad la persona física o jurídica en cuestión que desarrolla funciones públicas o presta servicios públicos relacionados con el medio ambiente. En estos casos, la administración competente deberá dictar y notificar la resolución correspondiente, la cual agotará la vía administrativa

(113) *Vid.* los artículos 9.1 del Convenio de Aarhus y 6.1 y 2 de la Directiva 2003/4/CE. En cuanto a la legitimación activa para la interposición de recurso, la Directiva la otorga a los solicitantes de información y prevé que «los Estados miembros podrán disponer que los terceros perjudicados por la revelación de información también tengan acceso a un procedimiento de recurso» (art. 6.2).

(114) A. PEÑALVER I CABRÉ (2008: 364).

(115) *Vid.* el artículo 9.4 del Convenio de Aarhus.

(116) Sobre esta reclamación, *vid.* A. PEÑALVER I CABRÉ (2008: 364-366).

y será directamente ejecutiva, en el plazo que determine la normativa autonómica, o, en el caso de la Administración del Estado, en el plazo máximo de tres meses (117). Deben destacarse dos notas de la regulación de esta reclamación: en primer lugar, el hecho de que la resolución de la reclamación por parte de la administración sea inmediatamente ejecutiva. En segundo lugar, la circunstancia de que la resolución de esta reclamación agote la vía administrativa, lo cual va a abrir la posibilidad de interposición frente a dicha resolución del recurso administrativo de reposición (potestativo) o contencioso-administrativo (118). Si las personas físicas o jurídicas a que se refiere el artículo 2.4.2 de la Ley incumplieran la resolución, la administración requerirá a la persona objeto de la reclamación, de oficio o a instancia del solicitante, para que la cumpla en sus propios términos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Ley faculta a la administración pública para acordar la imposición de multas coercitivas por el importe que determine la normativa autonómica, o, en el caso de la Administración General del Estado, no excederá de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir (119).

A la vista de lo expuesto, puede constatarse que la Ley 27/2006 se remite al sistema general de recursos administrativos y judiciales, con la única novedad señalada, de introducción de un tipo de reclamación específica para las vulneraciones cometidas por sujetos privados sometidos por la Ley a los deberes de suministrar información mediambiental. Sin embargo, la Ley 19/2013 opta por crear, como mecanismo de tutela del derecho de acceso a la información pública, una reclamación específica —sustitutiva de los recursos administrativos—, frente a un organismo independiente (el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno), con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa (arts. 23 y 24). Ante esta dualidad de regímenes de tutela, cabe plantear si la reclamación específica regulada en la Ley 19/2013 puede resultar aplicable en materia de acceso a la información ambiental, esto es, si en un supuesto de información ambiental, podría el interesado hacer uso de esta reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Ciertamente, la Ley 19/2013 únicamente es de aplicación, con carácter supletorio, en lo no previsto en la normativa específica reguladora del acceso a la información ambiental. Ahora bien, el *quid* de la cuestión estriba en determinar

(117) Véase la Disposición adicional 10ª, apartado 1. Aunque la Ley no lo dice expresamente, debe entenderse que, en defecto de plazo establecido por la normativa autonómica, la Administración tiene un plazo de tres meses para resolver la reclamación y que el silencio tendrá efectos desestimatorios, por aplicación de las reglas generales establecidas por la Ley 39/2015. En este mismo sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 374).

(118) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2007: 374).

(119) *Vid.* la Disposición adicional 10ª, apartado 2, de la Ley 27/2006.

si estamos o no ante un aspecto no regulado por la Ley 27/2006, ya que esta norma, aunque regula los mecanismos de tutela del derecho de acceso a la información ambiental en su artículo 20, se limita a remitir al sistema general de recursos administrativos y al recurso contencioso-administrativo, pero no incluye la posibilidad específica de una reclamación sustitutiva de los recursos administrativos ante un organismo independiente, como sí hace la Ley de transparencia. Ante esta falta de previsión específica, en nuestra opinión, debería aplicarse de forma supletoria, como garantía del derecho de acceso a la información ambiental, la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno regulada por la Ley 19/2013 (120).

Sin embargo, hasta el momento, este organismo viene negando sistemáticamente la aplicación de esta reclamación al acceso a la información ambiental. Su doctrina pone de manifiesto la inoperatividad de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como garantía del derecho de acceso a la información ambiental. En ninguna de las solicitudes de información ambiental frente a cuya resolución o ausencia de respuesta se ha utilizado esta vía de impugnación los reclamantes han obtenido un pronunciamiento favorable (121). En unos casos, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno directamente procede a la inadmisión de la correspondiente reclamación, en aplicación de la disposición adicional 1^o de la Ley 19/2013 —apartados 2^o y

(120) A favor de una interpretación que posibilite la extensión al ámbito de la información ambiental de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se muestran L. CASADO CASADO (2014: 843) y (2016: 22-42), S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 64) e I. MARTÍN DELGADO (2016). *Vid.* la amplia argumentación, a favor de esta posición, realizada por L. CASADO CASADO (2016: 22-42). En cambio, se manifiestan en contra de esta interpretación M. A. BLANES CLIMENT (143 y 147-148) y B. LOZANO CUTANDA (DIR.), A. LAGO CANDEIRA y L. F. LÓPEZ ÁLVAREZ (2014: 293). Por su parte, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2008: 49) considera que «para reparar el punto más débil de la regulación específica del acceso a la información ambiental, es necesario extender a este campo —mediante una reforma legal, en su caso— el sistema de reclamaciones o recurso especial en materia de acceso a la información pública (art. 24 LTAIBG), que, por otra parte, puede mejorarse configurándolo como un procedimiento telemático y reduciendo el plazo de resolución a dos meses en consonancia con el principio de agilidad en el acceso». Y E. GUICHOT REINA (2016: 156) que «probablemente el sentido de esta norma, en la mente del legislador, estuvo en extender las garantías de tutela por una autoridad independiente. Razones evidentes de efectividad, objetividad y equidad de la garantía, y de economía institucional, puestas de relieve por la doctrina desde la aprobación de la primera ley española de acceso a la información ambiental y mantenidas de transposición de la primera Directiva y aún con más fundamento desde la aprobación de la LAIA de transposición de la actual Directiva, pugnan por la extensión del conocimiento de las reclamaciones frente a decisiones sobre acceso a la información, también ambiental a las autoridades independientes de control que desde 2014 han sido creadas en España. Máxime teniendo en cuenta la dificultad, lo artificial en muchos casos, de delimitar lo «ambiental», esto es, lo que cae bajo el imperio de la LTBG y de la LAIA».

(121) *Vid.* el amplio análisis de las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que efectúa L. CASADO CASADO (2016: 28-33).

3º— por considerarse incompetente, al tratarse de una solicitud de información regulada por una legislación específica —la Ley 27/2006—, que aplica los recursos administrativos regulados en la Ley 39/2015 y, en su caso, el recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En otros, aunque entra sobre el fondo del asunto, siempre desestima la reclamación, por entender que la normativa aplicable es la Ley 27/2006 y no la Ley 19/2013.

En nuestra opinión, es posible —y conveniente— otra interpretación de la Ley de transparencia en combinación con la Ley de acceso a la información ambiental con arreglo a la cual sería posible extender la aplicación de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno al acceso a la información ambiental, en la medida en que resulta más favorable. En esta línea, otros organismos autonómicos de garantía de la transparencia, equivalentes al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el territorio de su comunidad autónoma, sí que han admitido la aplicación de esta reclamación sustitutiva al acceso a la información en materia ambiental. Es el caso, por ejemplo, del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia (122) y de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (123), si bien otros organismos autonómicos siguen la línea del

(122) *Vid.*, por ejemplo, la Resolución del Pleno del Consejo de la Transparencia de la Región de Murcia, de 17 de mayo de 2016, relativa a información sobre la elaboración de los planes de gestión de las áreas de planificación integrada de la Región de Murcia.

(123) *Vid.*, por ejemplo, la Resolución 211/2017, de 27 de junio, de la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso A la Información Pública de Cataluña. En su FJ 1º se afirma que «aunque la LAIA no prevea expresamente la posibilidad de reclamar ante un órgano independiente y especializado como la GAIP en caso de denegación de acceso, órgano que —al igual que sus homólogos a nivel estatal y de las demás comunidades autónomas— aún no existía cuando aquella ley se aprobó, parece claro que esta vía adicional y voluntaria de garantía existe también en este ámbito, y que la GAIP posee competencia para atender las reclamaciones que le quieran hacer llegar a los ciudadanos a los que se haya denegado acceso a información ambiental. La LAIA en ningún momento no excluye esta posibilidad y la permite cuando, al regular en su artículo 20 los recursos que se pueden interponer contra las denegaciones de acceso a información ambiental, remite a los recursos administrativos previstos de forma general a la normativa de procedimiento administrativo común «y demás normativa aplicable». Entre esta otra normativa aplicable se incluirá la normativa de transparencia, que prevé expresamente su aplicación supletoria en materia de acceso a información ambiental, como se ha visto, y que califica a la reclamación ante los nuevos órganos de garantía que contempla (como la GAIP, en Cataluña) como sustitutiva de los recursos administrativos de acuerdo con el artículo 112.2 LPAC (artículo 23.1 LTAIPBGE). La posibilidad de contar con una vía adicional, voluntaria, rápida y gratuita de reclamación, ante un órgano especializado e independiente como la GAIP, que no excluye el recurso contencioso administrativo posterior, parece además plenamente coherente con la finalidad última de la LAIA y de las directivas de la Unión Europea que esta transpone: proporcionar las máximas garantías al derecho de acceso a la información ambiental como instrumento de protección del medio ambiente. No tendría sentido que el acceso a una información como la ambiental, que ha contado tradi-

Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (124). Asimismo, el Defensor del Pueblo, en una recomendación relativa a la queja 16015570, de 2 de enero de 2018, ha considerado que, aunque la Ley 27/2006 ofrece como mecanismo de tutela del derecho de acceso a la información ambiental el sistema general o común de recursos administrativos y contencioso-administrativo, éstos ni son específicos ni cumplen la garantía prevista en el Convenio de Aarhus y en la Directiva 2003/4/CE de creación de un recurso previo a la vía judicial ante un órgano imparcial e independiente, que ofrezca una vía efectiva, objetiva y equitativa específica. Por ello, considera que

«El CTBG conformaría esta garantía de órgano especializado para conocer de los recursos frente a las denegaciones de acceso a la información; por lo que, al no ofrecer la Ley 27/2006 ningún recurso ante un órgano independiente, debe ser el propio CTBG el encargado de conocer de las denegaciones del derecho de acceso a la información en materia ambiental, por aplicación supletoria de la Ley 19/2013».

En la misma línea se pronuncia el Defensor del Pueblo, en su Informe anual correspondiente a 2017 (125):

«Esta institución considera que el régimen establecido en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, es más avanzado y generoso que el de la Ley de transparencia, pero no es completo aunque sea específico, por lo que corresponde la aplicación en todo lo no previsto de las normas de transparencia e información pública. En concreto, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, no ofrece una vía de reclamación específica ante un órgano independiente, lo que sí hace la normativa de transparencia a través de la vía de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que, sin embargo, se declara incompetente para resolver asuntos de falta de información medioambiental».

Sin embargo, a pesar de este posicionamiento del Defensor del Pueblo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno continúa negando sistemáticamente la aplicación de la reclamación ante este organismo al acceso a la información ambiental. Buena muestra de ello es la Resolución R/0178/2018 (100-000613), de 15 de junio de 2018, en la que este entiende que, a pesar

cionalmente con un régimen de acceso especialmente reforzado, no disfrute del mecanismo básico de garantía ante la GAIP que la LTAIPBG y la LTAIPBGE reconocen en caso de que se quiera acceder a cualquier otro tipo de información pública».

(124) Es el caso del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía. Vid., por ejemplo, las Resoluciones 51/2016, de 5 de julio, y 65/2016, de 27 de julio.

(125) *Informe anual 2017*, p. 833.

de la existencia de tal recomendación, no debe variarse su doctrina anterior. En su opinión, «el valor jurídico de esta Recomendación debe circunscribirse, como su propio nombre indica, a una recomendación o sugerencia, para una posible modificación legislativa de las funciones que corresponden al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno». En cuanto al fondo de lo señalado por el Defensor del Pueblo, considera que

«(...) la Ley 27/2006, de 18 de julio, que incorpora la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, no ha tenido ningún procedimiento de infracción por parte de la Comisión Europea después de casi doce años de funcionamiento, por lo que la transposición de la misma al derecho interno, al menos hasta ahora, se considera correcta. Se considera que la Directiva 2003/4 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, no exige la «creación de un recurso previo a la vía judicial ante un órgano imparcial e independiente» como se afirma en la Recomendación del Defensor del Pueblo, sino que sólo posibilita que se opte bien por esa vía o bien por establecer la reconsideración por la autoridad pública correspondiente (recursos administrativos)».

En cualquier caso, sería deseable que, para poner fin a las dudas suscitadas y a la disparidad de criterios existente, el legislador estableciese, de forma expresa, la aplicación al acceso a la información ambiental de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (126).

En cualquier caso, lo cierto es que la tutela administrativa y judicial constituye, sin duda alguna, uno de los puntos débiles de la actual legislación de acceso a la información ambiental (127). No debe extrañar, por tanto, que, ante la falta de mecanismos ágiles y eficaces, se haya acudido a otros remedios para proteger el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, como las quejas ante el Defensor del Pueblo o equivalentes autonómicos, «cuyo papel en este campo es destacable, si bien en muchos casos infructuoso al no ser sus resoluciones vinculantes» (128).

VI. LUCES Y SOMBRAS DEL RÉGIMEN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA: LOGROS, PROBLEMAS, DESAFÍOS Y RETOS PENDIENTES

El análisis precedente de la regulación del acceso a la información en la normativa vigente pone de relieve el avance y la mejora considerable que

(126) En idéntico sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 49).

(127) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 34).

(128) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2008: 34).

supone la Ley 27/2006 en relación con su predecesora y el impulso que, tanto la ratificación del Convenio de Aarhus como las Directivas aprobadas en el seno de la Unión Europea e incorporadas al ordenamiento jurídico español, han supuesto para la transparencia en el ámbito de la protección del medio ambiente.

Sin duda, se han producido avances considerables en esta materia. El derecho de acceso a la información ambiental cuenta, desde 1995 —año en que se aprobó la primera Ley en esta materia, la Ley 38/1995—, con una normativa específica que, progresivamente, ha ido ampliando los contornos de este derecho, recogido actualmente en términos muy amplios, mucho más amplios que en la primigenia Ley 38/1995, en buena medida como consecuencia de la incorporación de la Directiva 2003/4/CE y la ratificación del Convenio de Aarhus. Son muchas las mejoras que se han introducido y que evidencian esta primera conclusión: en primer lugar, se reconocen una serie de derechos en relación con el acceso a la información; en segundo lugar, se amplía significativamente el sujeto activo de tal derecho, el número de sujetos obligados a suministrar información ambiental y el propio concepto de información ambiental; en tercer lugar, se mejora sustancialmente la regulación de las excepciones a la obligación de facilitar información, introduciéndose mayor precisión e imponiéndose una interpretación restrictiva de las mismas, así como una ponderación en cada caso concreto del interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación. En cuarto lugar, se introducen más facilidades en el acceso a la información ambiental (reducción de los plazos para suministrar la información, obligación de asistir al solicitante para concretar su petición de información en caso de que la solicitud esté formulada de manera imprecisa...). Todo ello sin olvidar el peso que se otorga a la difusión por las autoridades públicas de la información ambiental, que es muy importante, como evidencian los artículos 6 a 9 de la Ley 27/2006.

Por otra parte, no puede ocultarse que en los casi veinticuatro años de aplicación de la legislación de acceso a la información ambiental en España las mejoras en este ámbito han sido significativas, por lo que, necesariamente, el balance debe ser positivo (129). La existencia de una regulación avanzada

(129) En idéntico sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 42), en cuya opinión el Convenio de Aarhus «ha dado en sus veinte años frutos importantes en el desarrollo y avance del acceso a la información ambiental, cuya implantación presenta un balance general positivo» y la Ley 27/2006 «constituye una regulación avanzada del primer pilar y su aplicación ha propiciado, con el auxilio de la jurisprudencia, la expansión y efectividad del acceso a la información ambiental tanto en la dimensión activa (amplia difusión de publicidad activa a través de medios telemáticos) como pasiva (elevado número de solicitudes de información presentadas y resueltas)».

en la materia y la interpretación de la misma que han venido haciendo los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, así como las actuaciones del Defensor del Pueblo —y equivalentes autonómicos— han propiciado una mejora sustancial del acceso a la información ambiental, tanto en su vertiente activa, como pasiva. Asimismo, la aprobación de la Ley 19/2013, con la incorporación de una regulación común del derecho de acceso a la información pública, también ha impuesto, como advierte RAZQUIN LIZARRAGA, «una profundización o renovada configuración más avanzada del primer pilar de información ambiental a partir del nuevo paradigma general —que es suelo, y no techo—, proyectando la especial sensibilidad y la dimensión colectiva y fiduciaria del medio ambiente» (130).

A pesar de los logros y progresos alcanzados, la regulación de este derecho continúa presentando algunos problemas importantes que dificultan su aplicación efectiva, de modo que «Los claros avances no pueden ocultar la pervivencia de vestigios del obsoleto criterio de opacidad que todavía arrojan sombras o barreras para la plena normalización del principio general de transparencia y acceso a la información ambiental» (131). Así se evidencia si se tienen en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que han ido recayendo en aplicación de las Leyes 38/1995 y 27/2006 y los informes anuales del Defensor del Pueblo e instituciones equivalentes en el ámbito autonómico, en los que se dedica un apartado a la aplicación de la legislación de acceso a la información ambiental.

Desde esta perspectiva, cabe destacar, en primer lugar, que aún resulta conflictiva la interpretación del concepto de información ambiental por parte de las autoridades públicas, problema del cual se hace eco el Defensor del Pueblo en varios de sus informes y al que ya nos hemos referido (132); así como la aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 27/2006, que continúa siendo un tema especialmente conflictivo, especialmente en relación con el juego de determinadas excepciones, interpretadas de forma inadecuada.

Es fundamental realizar una interpretación correcta, en términos amplios, del concepto de información ambiental y una interpretación restrictiva de las causas que posibilitan su denegación en aras de una mayor eficacia del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente. Así lo impone la propia Ley 27/2006. Debe evitarse, por tanto, el abuso en la aplicación de estas excepciones para denegar masivamente peticiones de información ambiental. En esta línea camina también la jurisprudencia contencioso-administrativa

(130) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 42).

(131) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 42).

(132) *Vid. supra* el apartado V.3 de este trabajo.

recaída hasta el momento, que tiende a una interpretación ampliadora del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, impulsando decididamente este derecho con interpretaciones favorables a su ejercicio (133). Sin embargo, no pueden obviarse las dificultades interpretativas que suscita la aplicación de determinadas excepciones, llenas de conceptos jurídicos indeterminados, que pueden llevar a diferentes interpretaciones y a una aplicación divergente de la Ley por parte de las diversas autoridades públicas. Especialmente conflictivas, desde esta perspectiva, se han manifestado las excepciones relativas a los documentos en curso de elaboración, que debe aplicarse en sus justos términos legales (134); a las comunicaciones internas, que debiera reorientarse para impedir que conlleve la opacidad de la información (135);

(133) Así lo ponen de manifiesto L. CASADO CASADO (1999: 321); y J. JORDANO FRAGA (2007: 125).

(134) Con anterioridad a la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, durante muchos años, los Informes anuales del Defensor del Pueblo, de forma reiterada, señalaban la confusión existente, en la práctica diaria de las administraciones públicas, entre acceso a la información ambiental, derecho de acceso de todos los ciudadanos a los procedimientos terminados en la fecha de la solicitud (artículo 37 de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y acceso a los expedientes por parte de los interesados en ellos (arts. 31 y 35 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre). El Defensor del Pueblo venía denunciando que aún seguía exigiéndose muchas veces la consideración de interesado al solicitante, aun cuando «El solicitante de acceso a la información ambiental no necesita ostentar la condición de interesado en el procedimiento, ni que los documentos pedidos formen parte de un expediente terminado en la fecha de la solicitud, ni que éstos obren en un tipo de soporte material determinado. El solicitante de acceso a la información ambiental que actúa al amparo de la Ley 27/2006 debe tener acceso a datos o documentos contenidos en un procedimiento, aunque no ostente la condición de interesado y aunque dicho procedimiento no esté finalizado. Asimismo puede acceder a cualquier tipo de información o documentación que obre en poder de las administraciones públicas, forme parte o no de un expediente. Todo ello con las excepciones que fija la ley y que permiten denegar el acceso» (*Informe anual a las Cortes Generales 2003*, p. 931). En su Informe anual a las Cortes Generales de 2012, el Defensor del Pueblo seguía insistiendo en esta cuestión en los términos siguientes: «Años después de su regulación, las administraciones públicas siguen vinculando el derecho de acceso a la información ambiental con la condición administrativa de «interesado», lo que vulnera su régimen legal (Ley 27/2006). El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente no depende de la condición de interesado del solicitante. Las administraciones públicas deben dar acceso a la información ambiental que obre en su poder con independencia de que: a) el solicitante sea interesado o no; b) la información pedida forme parte o no de un expediente, y c) el expediente esté o no terminado» (*Informe anual a las Cortes Generales 2012*, p. 299).

(135) En este sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 48) considera que esta excepción «debe reorientarse a fin de impedir que entrañe opacidad de la información, por lo que, por regla general especialmente para las autoridades en sentido estricto, tendrá primacía el interés protegido por la divulgación, pues no puede servir de pretexto para la ocultación de información».

a la protección de la confidencialidad de los datos de carácter comercial e industrial, que debería ser ponderada de forma estricta y proporcionada, ciñéndose a los datos imprescindibles y con relación a la cual debería exigirse la adecuada justificación a quien se oponga a la revelación (136); y a la protección de datos de carácter personal, que, como ya ha advertido en varias ocasiones el Defensor del Pueblo (137), ha sido objeto de una interpretación extensiva que debiera limitarse en pro del acceso a la información ambiental. Por ello, sería deseable una mejor aplicación de esta excepción en el campo ambiental que garantizase adecuadamente el equilibrio entre el acceso a la información ambiental y la protección de datos de carácter personal. Como pone de manifiesto RAZQUIN LIZARRAGA, «El necesario equilibrio del acceso a la información ambiental con la protección de datos de carácter personal exige una reformulación de esta excepción en el campo ambiental en línea con la fórmula más depurada del art. 15 LTAIBG, así como una aplicación muy ponderada teniendo en cuenta la especial sensibilidad del medio ambiente» (138). En cualquier caso, es imprescindible realizar, en la práctica, una aplicación restrictiva de las excepciones para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública e impedir su menoscabo (139). Para ello, es necesaria una actitud transparente de las administraciones públicas. También es clave el papel de la jurisprudencia contencioso-administrativa en esta materia, muy

(136) En este sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 48).

(137) El Defensor del Pueblo viene denunciando de forma reiterada el uso masivo de esta excepción que están haciendo las administraciones públicas, al aplicarla ante cualquier documento nominativo en que aparezcan datos personales. Así, señala insistentemente que no basta con que un documento contenga datos personales para que concurra causa de denegación, sino que éstos «deben afectar a derechos fundamentales de sus titulares para impedir el acceso a terceros» (*Informe anual a las Cortes Generales 2009*, p. 361). Es más, en su Informe de 2012 señala que no pueden utilizarse los datos personales protegidos, cuyo fin es el respeto a la intimidad personal, para denegar sistemáticamente solicitudes de información, ya que «En la mayoría de las ocasiones, el acceso a la información ambiental puede darse sin vulnerar la protección de datos personales, simplemente separando o tachando estos, y en otro gran número de casos los datos no constituyen datos personales protegidos» (*Informe anual a las Cortes Generales 2012*, p. 298). También J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 48) advierte que la excepción de la protección de datos de carácter personal «frecuentemente veda el acceso o permite solo el suministro parcial salvo el inexcusable consentimiento del interesado, teniendo en cuenta que la exclusión generalizada de la identificación de personas físicas no parece siempre justificada, bien por no afectar a datos específicamente protegidos, bien porque en muchos casos actúan realmente como empresarios (actividades sujetas a licencia) o bien porque la propia legislación ambiental pondera exigencias personales de cualificación y prevé específicas responsabilidades de tales personas».

(138) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 48-49). Sobre el necesario equilibrio entre la transparencia y la protección de datos y el derecho a la privacidad, *vid.* E. GHICHOT REINA (2007: 43-74), S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017a: 248-281); R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2014: 241-280), J. L. PIÑAR MAÑAS (2010: 1023-1044) y (2014: 45-62), J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (2016: 53-85).

(139) En el mismo sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 49).

relevante para ir clarificando no sólo el contenido del concepto de información ambiental, sino también el alcance de cada una de las excepciones previstas en el artículo 13. A esta tarea están contribuyendo los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos hasta la fecha. Sin embargo, también sería conveniente una revisión legal de las excepciones y una mayor concreción de las mismas —especialmente, de algunas de ellas—, ya que podría contribuir a introducir mayor seguridad en este ámbito y a adecuar su aplicación práctica al espíritu de la Ley y a las finalidades perseguidas (140).

En segundo lugar, no pueden obviarse las dificultades de las autoridades públicas, todavía más acuciantes en el ámbito de la administración local, para dar cumplimiento a sus obligaciones de difusión de información y para resolver las solicitudes de información ambiental. No puede ocultarse el incumplimiento de los plazos a la hora de dar respuesta a numerosas solicitudes de acceso a la información ambiental o el juego, en muchos casos, del silencio administrativo, lo que evidencia las dificultades todavía existentes para una efectiva aplicación del acceso a la información ambiental. Las administraciones, en muchos casos, resuelven de forma incompleta las solicitudes, otorgando acceso sólo a una parte de su contenido y con considerable retraso sobre el plazo máximo previsto. O, simplemente, no resuelven y se utiliza el silencio administrativo como medio de resolución, lo que merece ser objeto de crítica y supone una contradicción con el principio de eficacia que debe regir la actividad de las administraciones públicas conforme al artículo 103 de la Constitución (141). Sin duda, una mejor organización del acceso a la información ambiental en el seno de las autoridades públicas y la dotación de más recursos materiales y humanos contribuiría significativamente a un mejor cumplimiento de todas las obligaciones de las autoridades públicas en materia de información ambiental.

En tercer lugar, uno de los problemas más importantes es la necesidad de dotar el derecho de acceso a la información de garantías efectivas. La remisión, para la tutela de este derecho, al sistema general de recursos administrativos y al recurso contencioso-administrativo no es la solución idónea y puede convertir en la práctica en ilusorio el ejercicio de este derecho. Por una parte, los recursos administrativos no cumplen los requisitos de ser efectivos, objetivos y equitativos que impone el Convenio de Aarhus. Por otra, la lentitud y los costes

(140) También J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 47-48) aboga por una revisión legal y aplicativa de las excepciones.

(141) En este sentido, se expresa el Defensor del Pueblo en el *Informe anual a las Cortes Generales 2003*, p. 931. En sus informes anuales, el Defensor del Pueblo denuncia que sigue siendo alarmante el número de solicitudes cuya fecha de resolución supera con creces el plazo máximo previsto y que, además, ha sido dictada tras la intervención del Defensor del Pueblo, facilitándose en la mayoría de los casos la información pedida toda vez que no concurre causa legal alguna de denegación.

procesales de los procedimientos judiciales contencioso-administrativos tampoco convierten a ésta en una vía idónea (142). Como advierte, ITUREN I OLIVER, «Si lo fundamental del derecho de acceso es que éste se ejerza de una manera rápida para poder servir a los intereses de protección de la naturaleza no puede la garantía de este mismo derecho descansar sobre un mecanismo de impugnación tan lento y que no ofrece una respuesta de tutela adecuada a las necesidades de la defensa del medio ambiente» (143). Estamos, por tanto, ante uno de los talones de Aquiles (144) de la aplicación del derecho de acceso a la información ambiental que no ha acabado de resolverse satisfactoriamente en la Ley 27/2006. Quizá hubieran debido explorarse nuevas vías, como la creación de comisiones independientes que pudiesen revisar las denegaciones de acceso a la información antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En definitiva, estamos ante un derecho reconocido en términos muy avanzados y amplios, pero cuya garantía descansa sobre mecanismos de impugnación lentos y que no ofrecen una respuesta adecuada a las necesidades planteadas. Es este un tema que no ha acabado de resolverse satisfactoriamente en la Ley 27/2006, ya que no existen todavía garantías efectivas para el cumplimiento del derecho. Tampoco ha contribuido a su solución la Ley 19/2013, ya que, al resultar de aplicación al acceso a la información ambiental únicamente con carácter supletorio, ha motivado, como hemos señalado, que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno venga negando sistemáticamente la aplicación de la reclamación ante este organismo al ámbito de la información ambiental. En nuestra opinión, es imprescindible dotar de una protección eficaz al acceso a la información ambiental mediante un recurso especial (145). Por ello, debiera rectificarse esta doctrina y extenderse —si es necesario, mediante una reforma legal— al acceso a la información ambiental la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno prevista en la Ley 19/2013, en la línea

(142) A través de un ejemplo concreto puede apreciarse fácilmente el retraso en obtener la información ambiental, si se acude a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aun cuando el acceso se considere procedente. Así, ponemos como ejemplo el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª; ponente: Rafael Fernández Valverde). La asociación AEDENAT solicitó acceso a las actas de inspección referentes a un supuesto escape radioactivo de una factoría en Cádiz. El acceso a esta información se denegó el 21 de diciembre de 1998. Posteriormente, se presentó el correspondiente recurso contencioso-administrativo, resuelto por la Audiencia Nacional en una Sentencia de 29 de febrero de 2000, tras la cual el tema llegó, vía recurso de casación, al Tribunal Supremo, resolviéndose en la Sentencia de 17 de febrero de 2004, considerando procedente el acceso a las actas de inspección. De este modo, se daba la razón a AEDENAT, pero seis años después de su solicitud de información

(143) A. ITUREN I OLIVER (2005: 119).

(144) En palabras de I. LASAGABASTER HERRARTE, A. GARCÍA URETA, I. LAZCANO BROTONS (2004: 284).

(145) En este mismo sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 49).

de lo propugnado por el Defensor del Pueblo y buena parte de la doctrina, tal y como han hecho ya algunos organismos autonómicos de transparencia (por ejemplo, los de Cataluña y Murcia).

En cuarto lugar, más allá del tema de las garantías, que ya hemos señalado, también sería conveniente introducir algunas otras mejoras en el derecho de acceso a la información ambiental mediante solicitud, en línea con los avances que ha introducido la Ley 19/2013 en la regulación general del acceso a la información pública. Desde esta perspectiva, RAZQUIN LIZARRAGA (146) apunta, entre otras posibles mejoras que podrían realizarse, la ampliación del primer bloque de autoridades ambientales recogido en el artículo 2.4.1 de la Ley 27/2006 para hacerlo coincidir con el ámbito subjetivo más amplio del derecho de acceso a la información pública (147); la instauración de la obligación

(146) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 47).

(147) El artículo 2.4.1 de la Ley 27/2006 atribuye la condición de autoridad pública, a los efectos de esta Ley, al Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas; a la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la administración local y las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las comunidades autónomas o a las entidades locales; a los órganos públicos consultivos; y a las corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas, incluidos Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. En cambio, el artículo 2.1 de la Ley 19/2013 es más amplio, habida cuenta de que incluye la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad: las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas; las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100; las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones; las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo, con inclusión de los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título de la Ley.

de que la presentación —al margen de la consulta telefónica o *in situ*— y el suministro sean por medios telemáticos; la incorporación de la intervención de terceros afectados por las excepciones en la tramitación de las solicitudes de información ambiental; y el establecimiento de la regla general de gratuidad del suministro en correspondencia con su entrega en formato electrónico, salvo que el solicitante pida copias de documentos.

Igualmente, sería necesario mejorar el encaje entre la normativa específica de acceso a la información ambiental y la general de acceso a la información pública, con el objeto de poner fin a algunos de los problemas suscitados a raíz de las pautas generales de relación entre ambas normas establecidas por la disposición adicional 1^o de la Ley 19/2013. Si esta disposición adicional únicamente hubiera recogido la aplicación prevalente de la normativa específica para aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, cuando sea más amplia —tal y como ha hecho el artículo 5.2 de la Ley 19/2013 en relación con las obligaciones de transparencia contenidas en esta Ley, al entenderlas sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad—, se hubieran evitado muchas de las incertidumbres a que ha conducido, al tiempo que se habría garantizado la posición de la Ley 19/2013 como norma de mínimos. Como señala RAZQUIN LIZARRAGA, «la relación entre regulación específica y general no debe ser de exclusión, sino de complementariedad, de suerte que la cobertura del derecho de acceso a la información ambiental sea el resultado de la suma entre ambos regímenes» (148). Por su parte, FERNÁNDEZ RAMOS (149), a la vista de los avances registrados en los últimos años en la legislación de acceso a la información pública en general, plantea la conveniencia de reconsiderar la actual dualidad de marcos normativos en el acceso a la información pública, uno general y otro específico en materia ambiental. Y GUICHOT REINA (150) considera que «no tiene sentido mantener una triple regulación legal (ley general de acceso a la información pública, ley sectorial de acceso a la información ambiental y ley de reutilización de la información pública) con una delimitación de ámbitos de aplicación difusa y soluciones en ocasiones diversas para las mismas cuestiones de fondo. Distinción que no responde más que a un motivo puramente histórico y coyuntural». En su opinión, al ser sumamente artificial deslindar sus respectivos ámbitos de aplicación, «procedería una regulación unitaria que establezca el régimen común y las especialidades en materia ambiental —el elenco de informaciones ambientales

(148) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 43).

(149) S. FERNÁNDEZ RAMOS (2018: 19-68).

(150) E. GUICHOT REINA (2016: 161-162).

sujetas a publicidad activa— y de reutilización —básicamente, el coste y las limitaciones al uso—».

En quinto lugar, no puede olvidarse que la aplicación efectiva de la Ley 27/2006 y, a los efectos que aquí nos interesan, del derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud, exige un esfuerzo considerable por parte de las autoridades públicas: de formación tendente a sensibilizar al personal a su servicio respecto de los derechos y las obligaciones previstos en esta Ley, así como a las propias autoridades públicas responsables de facilitar información (máxime teniendo en cuenta la extensión del concepto de autoridad pública que realiza la Ley) (151); de desarrollo e implantación de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; de adopción de medidas apropiadas, aplicando los recursos organizativos, humanos, financieros y técnicos necesarios para cumplir con los plazos máximos de suministro de información y garantizar que la información se haga efectivamente disponible (152); de articulación de su obligación de asistencia efectiva al solicitante (por ejemplo, elaborando guías o directrices prácticas que expliquen cómo se debe redactar una solicitud y su remisión por medios electrónicos, documentos que expliciten los derechos del solicitante); de información al público sobre los derechos que se derivan de la Ley 27/2006... Asimismo, es imprescindible que el pago que exijan las autoridades públicas sea razonable para evitar que el cobro de precios exorbitados impida el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información ambiental (153). Tampoco pueden obviarse las dificultades instrumentales para el ejercicio de la libertad de acceso a la información sobre medio ambiente, por la propia complejidad de la información ambiental (154).

Resulta un tanto sorprendente que después de más de veintitrés años de legislación específica sobre acceso a la información ambiental en España

(151) *Vid.* en este sentido la Disposición adicional undécima de la Ley 27/2006, que prevé la puesta en marcha de una Plan de formación en el marco de la Administración General del Estado.

(152) La organización del acceso a la información ambiental es fundamental para que el acceso pueda ser real y efectivo. En este sentido, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 45) advierte que «La amplitud de la información ambiental exige una adecuada organización que permita la sencilla y ágil accesibilidad a ella por el público, pudiendo avanzarse mediante el establecimiento de un servicio integral de información ambiental, que abarque las dos facetas —activa y pasiva— y esté dotado de los recursos materiales y humanos necesarios».

(153) En el *Informe anual a las Cortes Generales 2011*, el Defensor del Pueblo denuncia que algunos órganos administrativos exigen sumas desorbitadas e ilógicas en concepto de tasas por el acceso a la información ambiental. Pone como ejemplo un caso en que la Administración (Demarcación de Costas de Cantabria), aunque había suministrado la información en soporte CD y así fue solicitada, había calculado 1.78 euros por hoja con independencia del formato en que la había entregado. Como el proyecto constaba de 1.400 hojas, el importe era totalmente desorbitado.

(154) Sobre ello, *vid.* A. MAGARIÑOS COMPAIRD (2000: 23-34).

(primero la Ley 38/1995, después la Ley 27/2006) esta legislación aún sea desconocida por muchas administraciones públicas encargadas de aplicarla, especialmente en el ámbito local.

Es del todo necesario que se garantice el cumplimiento de las obligaciones que para las autoridades públicas se derivan del artículo 5 de la Ley 27/2006, en particular, la adopción de las medidas que se imponen para hacer efectivo el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental (entre ellas, al menos alguna de las siguientes: designación de unidades responsables de información ambiental; creación y mantenimiento de medios de consulta de la información solicitada; o creación de registros o listas de la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o puntos de información, con indicaciones claras sobre dónde puede encontrarse dicha información). Asimismo, es fundamental dar cumplimiento a las obligaciones específicas en materia de difusión de información ambiental. El cumplimiento efectivo por parte de las autoridades públicas de estas obligaciones evitaría, sin duda, un buen número de solicitudes de información ambiental, ya que la información ya estaría disponible y actualizada. De ahí que sea tan importante dar cumplimiento efectivo a este cometido y avanzar en la difusión de la información por las autoridades públicas (155).

Las autoridades públicas deben enfrentarse, además, y superar la opacidad con que se ha recubierto tradicionalmente a las actuaciones administrativas, lo cual va a exigir un cambio importante de mentalidad en su actuación y una apuesta por la transparencia. Y ello es especialmente importante en el campo de la protección del medio ambiente, en el que, por los intereses que están en juego, deben superarse las reticencias al acceso a la información ambiental, visto muchas veces como una vía de control de su actividad no siempre comprendida y menos deseada por la administración (156). El acceso a la información debe dar lugar a una nueva función de las administraciones públicas: la de formación y de información, que, como señala BETANCOR RODRÍGUEZ, «es una función esencial de las Administraciones públicas, en general, y, en particular, en el caso de la protección ambiental, porque facilitar la

(155) En este ámbito, tal y como pone de relieve J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 46), puede avanzarse en varias direcciones: facilitando un contenido informativo amplio sobre todas las actividades o productos con relevancia ambiental; creado un portal general de información ambiental que incluya el contenido informativo específico exigido por la Ley 27/2006 y que también integre toda la información, de forma directa o mediante enlaces a las bases de datos correspondientes; asegurando la interoperabilidad de los distintos medios o puntos de divulgación y una adecuada agregación de datos; extendiendo a los datos con relevancia ambiental el contenido de la información; y garantizando la comunicación y accesibilidad plena y normalizada por medios electrónicos y avanzando en el uso de los datos abiertos en aras de la protección del medio ambiente.

(156) *Vid.* A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2001: 1174).

constitución de uno de los elementos básicos de cualquier política ambiental: la responsabilidad personal, además de ayudar a la labor de las Administraciones en un plano siempre tan complicado como el de la ejecución de sus decisiones» (157). Debe cambiar, pues, la actitud de las administraciones públicas, muchas veces reacias a otorgar la información a los solicitantes, no existiendo causa legal que ampare tal desestimación. El Defensor del Pueblo lo pone de manifiesto de forma reiterada, en sus Informes anuales. A tenor de lo expuesto, es imprescindible un cambio de paradigma en nuestras administraciones públicas y una apuesta por la transparencia en su actuación, con el fin de que el derecho de acceso a la información ambiental se ejerza de forma real y efectiva.

En sexto lugar, también queremos llamar la atención sobre el impacto que está teniendo para el derecho de acceso a la información ambiental la proliferación en materia ambiental de las técnicas de la comunicación y la declaración responsable. La transformación en las técnicas de intervención administrativa ambiental (sustitución de autorizaciones por comunicaciones y declaraciones responsables) que se ha producido en España los últimos años —como consecuencia de los procesos de liberalización y simplificación administrativa derivados de la incorporación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (158), de las medidas de reactivación de la economía adoptadas para hacer frente a la crisis económica (159), y de la aprobación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado—, puede incidir negativamente en el acceso a la información ambiental. Si hasta ahora la intervención gravitaba sobre el control *a priori* de las actividades, como consecuencia de la desregulación y la reducción de la intervención administrativa producidas —menor que en otros ámbitos por cuanto aún se mantienen regímenes de autorización previa—, ahora estamos en un escenario donde buena parte de la intervención administrativa —especialmente sobre las actividades de menor incidencia ambiental— se canaliza no a través de controles ambientales preventivos —las clásicas autorizaciones administrativas—, sino a través de comunicaciones previas y declaraciones responsables, en las que el peso de la intervención de la Administración está en un momento posterior, una vez la actividad ya ha empezado a funcionar. Ambos instrumentos permiten, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de

(157) A. BETANCOR RODRÍGUEZ (2001: 1174-1175).

(158) Sobre el impacto de la Directiva de servicios en el ámbito de la protección del medio ambiente en España, *vid. I. GALLEGO CÓRCOLES* (2013: 145-196); *G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA* (2012: 339-372); y *J. J. PERNAS GARCÍA* (2012: 271-323).

(159) *Vid. J. J. PERNAS GARCÍA* (2013: 351-398).

su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones Públicas. En los casos de actividades sujetas a declaración responsable, el ciudadano es eximido de aportar determinados datos o documentos ante la administración, de manera que esa documentación se mantiene en poder de la persona, aunque pueda ser requerida por la administración en caso necesario. Desde esta perspectiva, la sustitución de autorizaciones administrativas por declaraciones responsables puede suponer una restricción del derecho de acceso a la información ambiental, ya que no estaríamos hablando estrictamente de información en poder de las autoridades públicas (160). En estas coordenadas, resulta esencial prestar especial atención, como pone de manifiesto RAZQUIN LIZARRAGA, «a la recogida y actualización de la información en cuanto instrumento de verificación de la actuación pública y en particular del adecuado desarrollo de las funciones de supervisión e inspección, con especial consideración de la liberalización de actividades mediante las técnicas de la comunicación y de la declaración responsable que dificultan la transparencia» (161).

Por último, no queremos finalizar este balance de casi veinticuatro años de normativa de acceso a la información ambiental en España sin hacer una breve referencia a una corriente que, desde algunos sectores doctrinales, se va abriendo en pro de la configuración del acceso a la información ambiental como un derecho fundamental, al considerar que existen elementos que permiten avanzar en la consideración del acceso a la información ambiental como un derecho humano o fundamental (162). Esta caracterización vendría cubierta, en opinión de RAZQUIN LIZARRAGA, «por la consideración del derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental, con base en la doctrina del TEDH y en la inclusión del derecho de acceso a los documentos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 42)» (163).

(160) En este sentido, A. NOGUEIRA LÓPEZ (2012: 105).

(161) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 46).

(162) En esta línea, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 43-45).

(163) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 44-45). También S. FERNÁNDEZ RAMOS (2017b: 200) ha defendido el carácter de derecho fundamental del derecho de acceso y considera que «debe reafirmarse la naturaleza del derecho de acceso a la información pública como derecho informativo con sustantividad propia, que se incardina directamente en el art. 20.1.d) CE, entendido no ya como derecho a recibir (de forma pasiva) información ya elaborada (como producto informativo), sino entendido como un derecho de libertad (no prestacional o pasivo): la libertad de informarse, de acceder a las fuentes de información pública, pilar fundamental para garantizar el pluralismo informativo en un Estado democrático de Derecho. Y, hoy en día, esta posición está avalada por la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre el contenido de la libertad de información en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual es parámetro principal de interpretación de la Constitución, conforme al artículo 10.2 CE».

En definitiva, a la vista de lo expuesto, la configuración del derecho de acceso a la información ambiental en la Ley 27/2006 mejora sustancialmente la regulación de este derecho, solventando los principales problemas de adecuación con el Derecho de la Unión Europea que se habían suscitado bajo la vigencia de la Ley 38/1995. Es una regulación completa y avanzada. Falta ahora que esta regulación que existe sobre el papel se traduzca también en una aplicación efectiva de este derecho por parte de las autoridades públicas y queden atrás algunos de los problemas señalados. Para ello, deberá romperse con una tradición de opacidad en las administraciones públicas españolas y dotar al ejercicio de este derecho de los medios organizativos adecuados, así como de garantías efectivas. La aplicación correcta de la Ley 27/2006 supone, aún, un reto para las autoridades públicas.

En suma, como señala RAZQUIN LIZARRAGA, «si la información es poder y el poder procede del pueblo, que ostenta el derecho-deber a un medio ambiente adecuado, es necesario apoderar a todas las personas con el más amplio acceso a la información ambiental. Debe proseguir el avance en la plena y renovada implantación efectiva del primer pilar del Convenio de Aarhus para favorecer una democracia informada, participativa y responsable que garantice la protección del medio ambiente y contribuya al desarrollo sostenible» (164).

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo, LOZANO CUTANDA, Blanca, PLAZA MARTÍN, Carmen (1999): «El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: problemas competenciales y ultraeficacia protectora», *Revista de Administración Pública*, 148, pp. 99-132.
- BELTRÁN AGUIRRE, José Luis (1995): «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente», *Revista Vasca de Administración Pública*, 41, pp. 545-564.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés (2014): *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid.
- (2001): *Instituciones de Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid.
- BLANES CLIMENT, Miguel Ángel (2014): «La incidencia de la nueva ley de transparencia en materia ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 28, pp. 115-150.
- CASADO CASADO, Lucía (2018): *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Generalitat de Catalunya, Barcelona.

(164) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA (2018: 49).

- (2016): «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: ¿una vía de impugnación aplicable al acceso a la información ambiental?», *Revista Catalana de Dret Públic*, 52, pp. 22-42.
 - (2014): «Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 819-846.
 - (2013): «El acceso a la información ambiental en España: luces y sombras», *Derecho PUCP*, 70, pp. 241-278.
 - (2009): «El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia», *Revista de Administración Pública*, 178, pp. 281-322.
- CASADO CASADO, Lucía (2008): «El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud», en Antoni PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 225-298.
- CASTELLS ARTECHE, José Manuel (1984): «El derecho de acceso a la documentación de la administración pública», *Revista Vasca de Administración Pública*, 10, vol. I, pp. 135-153.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (1999): «El dret d'accés a la informació en matèria de medi ambient. Anàlisi de la Lei 38/1995, de 12 de desembre, d'accés a la informació en matèria de medi ambient», *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, 24, pp. 117-161.
- (1998): *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio (2017): «El derecho de acceso a la información ambiental y su adaptación a la normativa general sobre transparencia administrativa: algunos casos controvertidos», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 37, pp. 131-161.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio (2007): «Excepciones al derecho de acceso a la información en materia medioambiental», *Estudios de Derecho Judicial*, 137 (dedicado a: *Examen del a nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*), pp. 141-168.
- DE LA VARGA PASTOR, Aitana (2015): «Estudio de la publicidad activa de la información pública. Especial referencia a la información ambiental y a la aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 6, 1, pp. 1-52.
- DE LA VARGA PASTOR, Aitana, FUENTES GASÓ, Josep Ramon (2008): «Las autoridades públicas ante las nuevas obligaciones en materia de información

- ambiental. Especial referencia a la difusión de información ambiental», en Antoni PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 187-224.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano (2018): «Información ambiental y transparencia pública», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 39, pp. 19-68.
- (2017a): «Acceso a la información pública versus protección de datos personales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 184, pp. 248-281.
 - (2017b): «Informe El derecho fundamental de acceso a la información pública», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 13, pp. 188-206.
 - (2009): *El Derecho de Acceso a la Información Medioambiental*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, PÉREZ MONGUIÓ, José María (2017): *El derecho de acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Aranzadi, Cizur Menor.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, SORO MATEO, Blanca (2001): *La articulación del ordenamiento jurídico ambiental en el estado autonómico*, Atelier, Barcelona.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael (2007): «La integración de las exigencias del Convenio de Aarhus en el sistema procesal español a través de la Ley 27/2006», *Estudios de Derecho Judicial*, 137 (dedicado a: *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*), pp. 35-114.
- GARCÍA-ÁLVAREZ, Gerardo (2012): «La incidencia de la Directiva de Servicios en el Derecho ambiental», en Vicenç AGUADO I CUDOLÀ y Belén NOGUERA DE LA MUELA (dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, pp. 339-372.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2013): «La incidencia de la Directiva de servicios en el medio ambiente», en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Consuelo ALONSO GARCÍA (dirs.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 145-196.
- GARCÍA URETA, Agustín (2014): «Ejecución de la política ambiental europea, transparencia y acceso a la información sobre aspectos económicos», en Ricardo Jesús GARCÍA MACHO (dir.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid, pp. 213-242.
- (1994): «Perspectivas sobre el derecho de acceso a la información sobre el ambiente: un repaso a la Directiva 90/313/CEE», *Revista de Derecho Ambiental*, 13, pp. 119-164.
- GUICHOT REINA, Emilio (2016): «El acceso a la información ambiental: relaciones entre normativa general y normativa sectorial. En particular, el sentido del

- silencio y la garantía de la reclamación ante una autoridad administrativa independiente», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 33, pp. 125-162.
- GUICHOT REINA, Emilio (coord.) (2014): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid.
- (2014): «Transparencia: aspectos generales» (capítulo III), en E. GUICHOT REINA (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, pp. 35-62.
 - (2012): «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 30, pp. 28-41.
 - (2007): «Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio», *Revista Catalana de Dret Públic*, 35, pp. 43-74.
- ITUREN I OLIVER, Albert (2005): «El derecho de acceso a la información ambiental. Notas y reflexiones», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 8, pp. 101-121.
- JARIA I MANZANO, Jordi (2008): «El fundamento constitucional de los derechos de participación en materia de medio ambiente y su desarrollo en la Ley 27/2006» en Antoni PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 119-147.
- (2007): «Política ambiental y modelo territorial», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 137, pp. 217-245.
 - (2005): «Problemas competenciales fundamentales en materia de protección del medio ambiente», *Revista Vasca de Administración Pública*, 73 (I), pp. 117-134.
- JORDANO FRAGA, Jesús (2007): «La Administración en el Estado ambiental de Derecho», *Revista de Administración Pública*, 173, pp. 101-141.
- KRÄMER, Ludwig (2018): «Citizens rights and administrations' duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus Convention», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, 1, pp. 1-26.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, GARCÍA URETA, Agustín y LAZCANO BROTONS, Iñigo (2004): *Derecho Ambiental. Parte General*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, Jesús (2009): «El derecho a la información medioambiental», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144, pp. 667-678.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (1994): «Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas».

- mas», en José Luis REQUERO IBÁÑEZ (dir.), *Protección administrativa del medio ambiente*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, pp. 9-64.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (2007): «Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente», *Estudios de Derecho Judicial*, 137 [Blanca LOZANO CUTANDA, Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (dirs.), *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente*], Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 169-206.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (dirs.) (2007): *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, en *Estudios de Derecho Judicial*, 137 Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (dir.), LAGO CANDEIRA, Alejandro, LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe (2014): *Tratado de Derecho Ambiental*, Centro de Estudios Financieros, Madrid.
- MAGARIÑOS COMPAIRED, Antonio (2000): «Dificultades instrumentales para el ejercicio de la libertad de acceso a la información sobre el medio ambiente», *Revista Mensual de Gestión Ambiental*, 15, pp. 23-34.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2016): «La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y ¿eficaz?», en López Ramón, Fernando (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Zaragoza, 5 y 6 de febrero de 2016*, INAP, Madrid, pp. 291-328.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1994): *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard (2014): «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 241-280.
- MÉDICI COLOMBO, Gastón (2018): «El Acuerdo Escazú: la implementación del principio 10 de Río en América Latina y el Caribe», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, 1, pp. 1-66.
- MORA RUIZ, Manuela (2007): *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Lex Nova, Valladolid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1981): «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales en materia de medio ambiente», *Documentación Administrativa*, 190, pp. 351-382.

- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (2012): «La administración comprobadora: defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 99-127.
- OLIVERAS JANÉ, Neus, ROMÁN MARTÍN, Laura. «El encaje de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente en el sistema constitucional de reparto de competencias», en Antoni PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 149-186.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre (2008): «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales», en Antoni PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, pp. 349-403.
- PERNAS GARCÍA, Juan José (2013): «Los procesos de liberalización y simplificación administrativa y su incidencia en las técnicas de intervención administrativa ambiental», en Lucía CASADO CASADO, Josep Ramon FUENTES GASÓ y Judith GIFREU FONT (dirs.), *Prestación de servicios, administraciones públicas y derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 351-398.
- (2012): «El efecto desregulador de la Directiva de servicios y su incidencia en la ordenación administrativa ambiental», en Alba NOGUEIRA LÓPEZ (dir.), *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 271-323.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (2014): «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en José Luis PIÑAR MAÑAS (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Reus, Madrid, pp. 45-62.
- (2010): «Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario», en Albert RUIZ OJEDA (coord.), *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, pp. 1023-1044.
- PIGRAU SOLÉ, A. (dir.) (2008): *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona.
- POMED SÁNCHEZ, Luis (1998): «La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 98, pp. 165-190.

- QUINTANA LÓPEZ, Tomás (1987): «La distribución de competencias en la protección del medio ambiente. Referencia especial a las actividades mineras», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 235-236, pp. 533-572.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio (2018): «El acceso a la información en materia de medio ambiente en España: balance y retos de futuro», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, 1, pp. 1-58.
- (2010): «El acceso a la información en materia de medio ambiente en España: balance y retos de futuro», *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, pp. 867-904.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel (2007): *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Aranzadi, Cizur Menor.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Luis (2016): «Transparencia y protección de datos personales: criterios legales de conciliación», en Dolors CANALS I AMETLLER (ed.), *Datos. Protección, transparencia y buena regulación*, Documentación Universitaria, Girona, pp. 53-85.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1998): «Transposición y garantía del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente», en Agustín GARCÍA URETA (coord.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, pp. 297-308.
- (1995): «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», *Revista de Administración Pública*, 137, pp. 31-55.
- TRIAS PRATS, Bartomeu (2012): «Veinticinco años de acceso a la información ambiental en Italia: de la Ley 349/1986 a la Directiva Inspire», *Revista de Administración Pública*, 188, pp. 393-420.
- VALERO TORRIJOS, Julián, FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (coords.) (2014): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Aranzadi, Cizur Menor.
- YÁÑEZ DÍAZ, Carlos (2006): «El derecho a la información medioambiental: el Convenio de Aarhus y el Derecho español», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 224, pp. 333-362.
- ZABALLOS ZURILLA, María (2019): «El largo camino hacia la aplicación efectiva del convenio de Aarhus», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, pp. 1-40.

INTERFAZ URBANO-FORESTAL E INCENDIOS FORESTALES: REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA

IGNACIO PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL
CONCEPCIÓN JIMÉNEZ SHAW

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. Origen y significado del término «interfaz urbano-forestal». 2. La creciente importancia de la interfaz urbano-forestal en los actuales incendios forestales. 3. Objetivo del artículo.– II. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES SOBRE LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL: 1. La confluencia en la interfaz de las legislaciones de montes y de medio natural, de urbanismo y edificación, y de protección civil. 2. Las distintas titularidades y sistemas de gestión de los terrenos urbanos y forestales. 3. La formación del técnico que ha de redactar el plan de autoprotección.– III. LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL EN LA NORMATIVA EUROPEA.– IV. LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL EN LA NORMATIVA ESTATAL: 1. Legislación forestal: A) La Ley de incendios forestales de 1968 y el Reglamento de incendios forestales de 1972. B) La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. 2. Normativa sobre edificación. 3. Legislación urbanística y sobre uso del suelo. 4. Legislación sobre protección civil. 5. Los deberes normativos que se establecen por la legislación estatal a las Comunidades Autónomas.– V. ALGUNAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y AUTOPROTECCIÓN APLICABLES EN LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL: 1. Andalucía. 2. Aragón. 3. Cataluña. 4. Galicia.– VI. CONCLUSIONES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El artículo analiza la situación jurídica en España de la prevención y defensa de las edificaciones frente a los incendios forestales, en particular en la llamada interfaz urbano-forestal (IUF), que se define como la zona en la que el terreno edificado entra en contacto con el monte. Primero se analizan los problemas jurídicos (competenciales y prácticos) a los que se enfrenta la regulación en materia de IUF, tras lo cual se revisan las disposiciones aplicables en la normativa de la Unión Europea y en las normas estatales (forestales, de edificación, de urbanismo y ordenación del territorio, y de protección civil). Finalmente, se examinan las soluciones que han ofrecido las legislaciones de cuatro Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Cataluña y Galicia). Se concluye, entre otros aspectos, que la regulación de la IUF está dispersa en muchas legislaciones, de distinto ámbito territorial, y que resulta difícil determinar las obligaciones de los propietarios de terrenos edificados en relación con la prevención de incendios.

Palabras clave: interfaz urbano-forestal; incendios forestales; protección contra incendios; montes; derecho urbanístico; protección civil; normativa de edificación; obligaciones de los propietarios.

ABSTRACT: *This paper analyzes the legal situation in Spain of the prevention and defense of buildings against wildfires, particularly in the Wildland/Urban Interface (WUI), defined as the area in which the built-up land comes into contact with the woodland. First, it analyzes the legal problems (competencial and practical ones) faced by the WUI regulation, and then it reviews the applicable provisions included in the European Union regulations and in the State laws (forests and natural environment law, building law, urban planning and civil defence). Finally, the solutions offered by the legislation of four regional governments (Andalusia, Aragon, Catalonia and Galicia) are examined. It concludes, among other aspects, that the WUI regulation is dispersed in a lot of legislations, and with different territorial scope, and that it is difficult to determine the obligations of the owners of the buildings in relation to fire protection measures.*

Key words: wildland/urban interface; wildfires; fire protection; woodlands; urban law; civil defense; building law; owners' charges.

I. INTRODUCCIÓN

1. Origen y significado del término «interfaz urbano-forestal»

El artículo 6.k) de la ley básica nacional de montes (Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en adelante LMt) define al incendio forestal como el fuego que se extiende sin control sobre combustibles forestales situados en el monte, definición que concuerda literalmente con la que da el Diccionario Forestal Español (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CIENCIAS FORESTALES, 2005: 590). Debe, a su vez, recordarse que los artículos 5.1 y 6.a) de la misma ley señalan, por un lado, que forestal es todo aquello relativo a los montes (luego «monte» es lo mismo que «terreno forestal»), y que se entiende por monte (entre otros terrenos que importan menos a los fines de este artículo) «*todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación*» (1), definición amplísima recogida de la anterior Ley de Montes de 8 de junio de 1957, y que históricamente se ha revelado muy útil para la defensa y mejora del medio natural de nuestra Nación, pero que va mucho más allá de lo que las

(1) Como puede verse, tanto la definición de incendio forestal como la de monte dadas por la LMt resultan tautológicas, ya que contienen la palabra «forestal» (relativo a los montes, según la propia Ley), incluyendo por tanto la palabra que se pretende definir dentro de la propia definición. Esta tautología no existía en la normativa anterior a 2003, por lo que se puede salvar acudiendo al artículo 4.1 del Reglamento de Montes, aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero (vigente en todas aquellas en aquellas Comunidades y Ciudades Autónomas que no tengan normativa reglamentaria equivalente, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo), que aclara que las especies vegetales cuya presencia causa que un terreno adquiera la condición de monte (que serán por tanto «especies forestales», y también «combustible forestal» en caso de un incendio) son aquellas «*que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo*».

personas ajenas al sector forestal o poco conocedoras de él entienden generalmente por «monte», lo que causa que a veces se use en la legislación con poca consciencia de sus implicaciones.

Por tanto, en la misma expresión «incendio forestal» existe una dualidad que no siempre se aprecia, ya que, de usada, el hablante no la analiza literalmente: por un lado, hace referencia a una emergencia («incendio»), que nos remite al ámbito de la protección civil; y por otra, se refiere a una realidad física objetiva («forestal») de la naturaleza de los terrenos sobre los que se desarrolla. Esta tensión se aprecia en la normativa que se ha dictado sobre incendios forestales, desde hace más de medio siglo: de hecho, sorprende que la primera Ley promulgada en España específicamente referida de forma íntegra a dicho fenómeno, es decir, la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, sobre incendios forestales, considerara al incendio (como bien señaló VÉLEZ, 1991: 99) fundamentalmente «una alteración del orden público», encargando de la extinción a la autoridad civil, a pesar de lo cual, y sin duda por el peso de la evidencia, el sistema de extinción español siguió basado principalmente en la Administración Forestal (Distritos Forestales primero, ICONA después), y hoy sigue así en buena parte de las Administraciones Forestales autonómicas.

Cuando más se acentúa el carácter del incendio forestal como emergencia es, lógicamente, cuando más se debilita su naturaleza forestal, es decir, cuando el fuego avanza hacia la zona donde concluye el monte y empieza el terreno edificado, y especialmente si está habitado. Esa zona es la conocida hoy como «interfaz urbano-forestal» (en adelante, IUF). Como señala GALIANA (2012: 206), este término se empleó por primera vez en inglés («*the urban/wildland fire interface*») en California a mediados de la década de 1970, para hacer referencia a un tipo de incendio cada vez más frecuente en dicho Estado, si bien previamente se habían usado expresiones similares (2). Su uso se generalizó en el resto de los Estados Unidos a partir de 1985, a raíz de una serie de incendios que afectaron especialmente a zonas habitadas, lo que motivó la creación en 1986 de un programa federal de actuación en zonas de interfaz: la «National Wildland/Urban Interface Fire Protection Initiative» (DAVIS, 2011). Desde los Estados Unidos, la expresión se extendió a países como Australia o Canadá, y finalmente llegó a Europa. Además de la interfaz, existe otra situación (aún más peligrosa y difícil de gestionar en caso de incendio) en la que las edificaciones y la vegetación se mezclan por igual en el territorio sin solución de continuidad, situación que en inglés fue denominada «intermix» (STEWART *et al.*, 2007), palabra se podría traducir al español como «entremezcla».

(2) Como «*rural-urban interface*», «*residential-wildland interface*» o «*human-wildland interface*» (BADÍA y VALLDEPERAS, 2015: 11).

En España, «*interface*» se ha traducido por «interfaz», voz que está incluida en el diccionario de la RAE, con el significado de «*conexión o frontera común entre dos aparatos o sistemas independientes*». Por su parte, el Diccionario Forestal español recoge como correcta la expresión «interfaz urbano forestal», que define como «*zona donde se encuentran o mezclan viviendas y otras estructuras antrópicas con vegetación forestal y otros tipos de combustibles vegetales, lo que requiere un modelo de protección contra el incendio distinto del que se aplica en el terreno forestal*» (SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CIENCIAS FORESTALES, 2005: 610). Obsérvese que esta última definición incluiría dentro de la interfaz urbano-forestal tanto la situación que en inglés se denominaría «*interface*» como la que correspondería a «*intermix*».

El uso de la expresión «interfaz urbano-forestal» se ha generalizado tanto en la normativa estatal como en numerosas disposiciones autonómicas: el caso más claro es la Directriz básica de planificación de protección civil de emergencia por incendios forestales aprobada en 2013, que incluye incluso una definición de IUF, como veremos más adelante en este estudio (3). Existe no obstante una relevante excepción, ya que la modificación de la LMT operada por Ley 21/2015, de 20 de julio, ha preferido usar el término «interfase», incluyéndolo en el artículo 44.3, cuestión sobre la que se volverá en este trabajo. Es cierto que el Diccionario Forestal (*op. cit.*: 610) recoge la entrada «interfase» definiéndola como «*zona de contacto entre otras dos*», y la entrada «interfase urbano forestal» como sinónimo de «interfaz urbano forestal» (expresión esta última que se entiende principal). Pero «interfase» no tiene la misma acogida en el diccionario de la RAE: aun cuando ha accedido a él en la última edición, aparece con dos acepciones que no son aplicables al campo que nos ocupa (4).

Por lo antes expuesto, en este estudio se usará el término «interfaz», que parece el más correcto, y que entendemos incluye como caso particular a la situación de «entremezcla». Y lo usaremos, como indica el Diccionario de la RAE, como palabra del género femenino («la interfaz»), lo cual indicamos puesto que en ocasiones, incorrectamente, se usa con género masculino («el interfaz») (5).

(3) Dicha Directriz usa el término «interfaz» varias veces más en el texto, e incluso se incluye en el nombre del Anexo II, dedicado a las especificaciones relativas a los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal de las nuevas edificaciones o «*instalaciones ubicadas en áreas de interfaz urbano-forestal*».

(4) «*Período entre dos divisiones sucesivas de una célula*»; y «*superficie de separación entre dos fases*».

(5) Aparentemente, y por tanto, debiera hablarse de interfaz «urbano-forestal», y no «urbano-forestal», pero también cabe entender que hay una elipsis: es una interfaz entre el terreno urbano, y el forestal.

2. La creciente importancia de la interfaz urbano-forestal en los actuales incendios forestales

La existencia de zonas de IUF conlleva problemas ambientales que más van allá de los incendios forestales (6), pero no cabe duda de que los más graves son los que se relacionan con éstos. En primer lugar, los problemas más claros y evidentes se producen cuando el fuego procedente de terrenos forestales alcanza la IUF. Entonces, como hemos dicho, se acentúa el carácter de emergencia extraordinaria del incendio forestal, puesto que peligran muchos bienes y vidas de personas no implicadas en las tareas de extinción, a diferencia de lo que sucede en los montes, en los que la presencia humana es mucho menor. Además del riesgo que el fuego implica en sí para esos bienes y personas, la llegada del incendio a zonas habitadas conlleva de inmediato una gran alarma social (CASTELLNOU *et al.*, 2005), que dificulta aún más las labores de extinción, e incluso las actuaciones de protección civil para seguridad de la población. Y, por otra parte, esta situación obliga al operativo de extinción a considerar como objetivo prioritario la protección de las zonas edificadas, postergando su función de defensa del propio monte, lo que facilita la propagación del incendio por los terrenos forestales, entre otros problemas (CABALLERO, 2001: 2-3).

Pero no debe olvidarse que la presencia de las zonas edificadas es también un riesgo de inicio o de agravamiento de incendios forestales (ALCÁZAR *et al.*, 1998). De inicio, puesto que las actividades que se desarrollan en zonas habitadas con frecuencia pueden causar un incendio (barbacoas, circulación de vehículos a motor, cortocircuitos, trabajos con herramientas, etc.); y de agravamiento, por la presencia de combustibles que no son propios del monte y conllevan riesgos de explosión (gases licuados, gasóleos, gasolina, aparatos eléctricos), o por la existencia frecuente de setos de vegetación en los linderos de las parcelas.

Estos problemas, además, son crecientes. Como señala GALIANA (2012: 210-211), tanto la expansión de las zonas urbanas hacia el monte como la progresión espontánea de la vegetación forestal hacia los cascos urbanos causan que cada vez haya más zonas de IUF, bien porque avancen los terrenos urbanizados, bien porque avance el monte, o bien porque sucedan ambas cosas. Por ejemplo, es frecuente que las zonas de cultivos agrícolas (de secano

(6) GALIANA (2012) señala asimismo los de fragmentación de hábitats, introducción de especies invasoras o alteración del ciclo hidrológico, a los que añaden BADÍA, TULLA y VERA (2010: 4) los de pérdida de biodiversidad, elevados costes municipales del mantenimiento de las infraestructuras urbanas y de servicios y pérdida de valor cultural, identitario y emocional de los paisajes. A ello podemos añadir nosotros que las zonas forestales circundantes con frecuencia sufren contaminación, deterioro, y excesiva presión antrópica, con las consiguientes consecuencias para los valores naturales afectados.

y de huerta) que tradicionalmente rodeaban los cascos urbanos de los pueblos se hallen hoy en dejación o en abandono, crecientemente poblados de matorral, formando un continuo con la vegetación que puebla los montes circundantes. Según MONTIEL y HERRERO (2010), en el año 2000 habría en España aproximadamente 1,1 millones de hectáreas de zonas de interfaz urbano-forestal, y esa superficie se habría incrementado en un 6,8 por 100 desde 1987. Y es obvio que en los años transcurridos desde entonces, ha aumentado todavía más.

3. Objetivo del artículo

Definido, pues, tanto el problema como su importancia, el presente estudio pretende analizar la situación jurídica en España de la prevención y defensa de las edificaciones frente a los incendios forestales, en particular de aquellas edificaciones que configuran la zona de interfaz urbano-forestal.

Para ello se analizarán en primer lugar los problemas jurídicos (tanto competenciales como de orden práctico) a los que se enfrenta la legislación en materia de IUF, tras lo cual se revisarán las disposiciones aplicables en España, distinguiendo en función de los sujetos que las dictan y de su ámbito de aplicación, lo que da lugar a la siguiente clasificación:

- 1) Normativa de la Unión Europea.
- 2) Normas estatales, que se dictan al amparo de títulos competenciales del Estado, y se imponen a las CC.AA. A su vez, estas normas se pueden clasificar en función del sector competencial en que se hallan, del modo siguiente:
 - 2.1) Forestal, y en especial sobre incendios forestales.
 - 2.2) Edificación, urbanismo y ordenación del territorio.
 - 2.3) Protección civil.
- 3) Normas autonómicas, que desarrollan y pormenorizan esta normativa estatal, con muy diversos contenidos.

No se analizará la normativa estatal sobre instalaciones turísticas al aire libre, puesto que la competencia del Estado en este ámbito es muy reducida, al haber recibido las Comunidades Autónomas la totalidad de funciones y potestades públicas en relación a la materia turística (MELGOSA, 2003), y además haber derogado el legislador estatal muchas de las normas preconstitucionales sobre instalaciones de turismo que restaban vigentes, mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero (7).

(7) Es cierto que sigue vigente el Real Decreto 2545/1982, de 27 de agosto, sobre creación de campamentos de turismo («campings»), pero está desplazado prácticamente con carácter general por la normativa dictada por todas las Comunidades Autónomas.

De las normas antes clasificadas, este estudio se centra principalmente en las estatales, puesto que resulta muy difícil compilar de manera exhaustiva las normativas de las diecisiete Comunidades Autónomas. No obstante, se apuntarán algunas de las soluciones que han ofrecido distintas legislaciones autonómicas, a partir de una muestra de cuatro de ellas.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS GENERALES SOBRE LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL

Para tratar de resolver los problemas en materia de incendios forestales que causa la existencia de las zonas de IUF, los legisladores han establecido fundamentalmente, como veremos, dos tipos de medidas: de un lado, las relativas a la prevención de incendios forestales, que se concretan sobre todo en realizar una selvicultura preventiva de incendios forestales (8) en los montes; y de otra parte las denominadas de «autoprotección», que incumben a los cascos urbanos y urbanizaciones cercanos a los montes o incluidos en ellos, medidas que fundamentalmente consisten en la creación de franjas perimetrales en las que los modelos de combustible forestal sean poco peligrosos desde el punto de vista de los incendios, y de viales para el acceso de los medios de extinción y para facilitar la evacuación. Desde un punto de vista técnico, la diferencia es clara: para los terrenos forestales se han de elaborar Planes de prevención, encaminados a la gestión del combustible forestal; para las instalaciones y viviendas en zonas de peligro, Planes de Autoprotección de incendios forestales con medidas de protección tanto pasivas como activas, para impedir que el incendio afecte a las edificaciones, y facilitar la evacuación de la población y el acceso de los medios de extinción. Conviene destacar que las medidas de autoprotección han de adoptarse también en relación con las construcciones ilegales que ya no se puedan demoler.

Así pues, el planteamiento teórico es sencillo: labores, simultáneas y complementarias entre sí, de prevención-autoprotección en las dos realidades físicas distintas que confluyen en la IUF (el monte y el terreno edificado). Y es igualmente sencillo el principio general que debiera presidir la regulación

(8) En este sentido, nuestra opinión —que ya expresamos en PÉREZ-SOBA (2015: 243)— es que en realidad, aun cuando se hable de distintos tipos de selvicultura (preventiva de incendios, hidrológica, de conservación de hábitats, o adaptativa, por ejemplo) son más bien enfoques parciales de una misma realidad (la de buscar una masa forestal en buen estado de gestión), y se refieren a los matices o condicionantes que pueden prevalecer en cada caso. En definitiva: la selvicultura ha de ser multifuncional (SERRADA, 2008: 19), y por tanto conservar y mejorar el estado de la masa forestal en su conjunto, lo cual conllevará a su vez mejoras en todas las funciones que presta dicha masa: también, la de su resistencia y resiliencia frente a los incendios. Sobre cuáles son los condicionantes específicos de una selvicultura de prevención de incendios forestales, véase por ejemplo VÉLEZ (2000a).

jurídica de la IUF: como expone TOLIVAR (2014), al ser obvio que el fuego no distingue de fronteras ni delimitaciones urbanísticas o forestales, lo deseable sería un tratamiento jurídico integral de los incendios que puedan afectar a distintos tipos de espacio y de vegetación, en particular de los grandes incendios forestales (9).

Sin embargo, la realidad se aleja mucho de esa teoría tan sencilla, ya que esas dos zonas (forestal y urbana) que se encuentran en la IUF se corresponden a su vez con legislaciones y ámbitos competenciales distintos, y con titularidades y sistemas de gestión radicalmente diferentes, lo que complica muy notablemente tanto su regulación integral como la mera ejecución de las normas. Analizaremos a continuación esas dificultades.

1. La confluencia en la interfaz de las legislaciones de montes y de medio natural, de urbanismo y edificación, y de protección civil

La propia naturaleza de la interfaz como frontera o conexión entre dos sistemas pone encima de la mesa, precisamente, la dificultad que conlleva su regulación al no encajar perfectamente ni como una materia forestal, ni como propia del planeamiento urbanístico, encontrándose a caballo entre ambas.

En cuanto a la legislación y la competencia administrativa, en el terreno forestal es directamente aplicable, de manera esencial, la legislación de montes, que en no pocas regiones se ha complementado con legislación específica e independiente sobre incendios forestales, y a la que además se suma de manera accesoria (pero a veces muy relevante) la referida a espacios naturales protegidos, biodiversidad y patrimonio natural, normativas todas ellas en las que la principal competencia corresponde en general [aunque hay relevantes excepciones (10)] a las Comunidades Autónomas.

En cambio, en las zonas edificadas, y muy especialmente en las que tienen la calificación de urbanas en el planeamiento urbanístico, las legislaciones principales son las de edificación, urbanismo y ordenación del territorio, correspondiendo amplias competencias a los Ayuntamientos, con la supervisión autonómica en determinados aspectos como la aprobación de los instrumentos de planeamiento. A estas legislaciones principales de urbanismo, de compe-

(9) Véase, en el mismo sentido, AGUDO GONZÁLEZ (2011: 370 y ss.), a quien también cita TOLIVAR.

(10) Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma del País Vasco la Administración Forestal corresponde principalmente a las Diputaciones Forales, y en la Comunidad Canaria, a los Cabildos Insulares. En la Comunidad de Aragón, aun cuando hay mandatos legales vigentes desde 2001 de entregar importantes competencias forestales a unas entidades locales supramunicipales denominadas «comarcas», dichas previsiones no se han ejecutado, manteniendo la Comunidad Autónoma sus competencias íntegras como Administración Forestal.

tencia municipal, se añaden otras referidas a determinadas instalaciones o edificaciones muy típicas de la IUF, como las zonas de acampada, los campamentos turísticos o las casas rurales aisladas, reguladas en la legislación sobre turismo, que es (salvo excepciones) de competencia autonómica.

Y no hemos de olvidar que sobre todas estas realidades se proyecta, como antes se ha dicho, la legislación sobre «protección civil», un concepto que durante décadas ha sido algo indefinido y que por ello ha tenido una clara vis expansiva, hasta alcanzar una definición francamente amplia en la jurisprudencia constitucional, según la cual incluye tanto las acciones preventivas de catástrofes, como la respuesta inmediata a las emergencias, como las actuaciones para el restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada (11). Esta amplitud de la definición de la protección civil conlleva que existan en dicha materia competencias concurrentes del Estado, de las Comunidades Autónomas (12) y de distintos tipos de Entidades Locales (13), que afecten

(11) La STC 155/2013, de 10 de septiembre (FJ 3º) define la «protección civil» como aquel «conjunto de reglas y protocolos dirigidos a regular la forma de actuar de las Administraciones públicas movilizandolos distintos medios y servicios necesarios para hacer frente o dar respuesta a una situación de emergencia, coordinando los diversos servicios que han de actuar para proteger a personas y bienes, para reducir y reparar los daños y para volver a la situación de normalidad». Véanse también las SSTCC 87/2016, de 28 de abril (FJ 4º) y 58/2017, de 11 de mayo (FJ 3º). No obstante, coincidimos con OCHOA MONZÓ (1995: 217-218) en que no debe abusarse de la vis expansiva potencial del concepto de protección civil: las legislaciones sectoriales destinadas a prevenir riesgos en la industria, los montes, los espectáculos públicos o los edificios no se hallan necesariamente en el ámbito de la protección civil.

(12) La STC 133/1990, de 19 de julio, afirmó que «por la misma naturaleza de la protección civil, que persigue la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia, se produce en esta materia un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones públicas (de índole o alcance municipal, supramunicipal o insular, provincial, autonómica, estatal) que deben aportar sus respectivos recursos y servicios. Desde esta perspectiva, y en principio, la competencia en materia de protección civil dependerá de la naturaleza de la situación de emergencia, y de los recursos y servicios a movilizar». Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse reiteradamente sobre controversias competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas acerca de la protección civil (entre otras, las SSTCC 155/2013, de 10 de septiembre; 87/2016, de 28 de abril; o 58/2017, de 11 de mayo), creando una jurisprudencia que, como señala BARCELONA (2018: 250), sitúa a la protección civil como una materia de principal competencia autonómica, salvando lo que pertenece al Estado ex artículo 149.1.29 CE por razón de la seguridad pública. Por ello, ha sido objeto de multitud de leyes autonómicas y ha accedido a distintos Estatutos de Autonomía de los aprobados a comienzos del siglo XXI, siendo importante subrayar que dicha legislación no ha suscitado controversia competencial, con la excepción de la referencia contenida en el Estatuto catalán de 2006, cuya constitucionalidad por cierto fue avalada sin reparos por el TC (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 78º).

(13) El artículo 26.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, obliga a los municipios con población superior a 20.000 habitantes a prestar «en todo caso», los servicios de protección civil y de prevención y extinción de incendios.

al incendio como emergencia (antes, durante y después de que se produzca el incendio en sí) con independencia de que sea forestal o urbano. En este sentido, es incluso muy frecuente que la legislación de protección civil otorgue la competencia en la dirección de la extinción a organismos distintos según el terreno afectado por el fuego sea forestal o no, correspondiendo en el primer caso a la Administración Forestal (a través de los sistemas específicos de retenes o brigadas forestales, dirigidos por los agentes forestales, Ingenieros Técnicos Forestales o Ingenieros de Montes al servicio de la Comunidad Autónoma) y en el resto a los cuerpos de bomberos.

Hemos tratado de resumir esta compleja situación jurídica en la siguiente tabla:

Competencia	Administración competente principal (en general)	Normativa principal	Normativa complementaria
Gestión forestal	Administración forestal de las CC. AA.	Leyes de Montes y de incendios forestales	Leyes de espacios naturales protegidos, biodiversidad y patrimonio natural
Edificación, urbanismo y ordenación del territorio	Ayuntamientos	Código Técnico de Edificación. Leyes de Urbanismo y Ordenación Territorial. Planes.	—
Protección Civil	Protección Civil del Estado, de las CC. AA. y de las Entidades Locales	Leyes de Protección Civil	Normativa sobre servicios de extinción de incendios
Turismo	Administración de turismo de las CC. AA.	Normativa sobre instalaciones turísticas en suelo rural	—

Además, la STC 111/2016, de 9 de junio, aclaró que el citado precepto «*no impide que los municipios que no alcanzan esas barreras poblacionales desarrollen también estos servicios. No les impone la obligación de establecerlos, simplemente*». Y debe recordarse que también tienen competencias en materia de protección civil y de prevención y extinción de incendios las Diputaciones provinciales (artículo 36.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril), e incluso otras entidades locales reguladas por la legislación autonómica, como las comarcas en Aragón, las áreas metropolitanas, o los consorcios (BARCELONA, 2018: 260).

La consecuencia de lo anterior es una marcada dispersión de las normas que abordan esta cuestión, tanto desde el punto de vista de la materia regulada (legislación forestal, específica sobre incendios forestales, normativa sobre edificación, planes urbanísticos, planes de protección civil, disposiciones sobre actividades turísticas), como en lo que se refiere a su ámbito territorial (con normas estatales, autonómicas y locales) cuestión que no se aborda en la tabla anterior para no complicarla más aún.

Cabe apuntar desde este momento que en el supuesto de que resulten aplicables más de una de estas disposiciones, las consecuencias jurídicas que no sean incompatibles deben sumarse. Es decir, si dos normas resultan de aplicación debe aplicarse lo dispuesto en ambas, lo que plantea no pocos problemas prácticos, puesto que en las disposiciones se detectan (como iremos viendo en este trabajo) no pocos solapamientos, contradicciones, ambigüedades y omisiones. Además, la proliferación de normas dispersas hace surgir dudas sobre la exigibilidad de adoptar determinadas medidas de autoprotección en urbanizaciones que fueron construidas antes de la entrada en vigor de las disposiciones que las establecen.

Todo ello hace que resulte difícil determinar las obligaciones de los propietarios de terrenos edificados para tratar de minimizar el riesgo en caso de incendio forestal que pudiera afectarles, y evitar igualmente el inicio de incendios que puedan afectar a los montes colindantes. Ello deriva sin duda en una situación de importante inseguridad jurídica, que es especialmente preocupante si consideramos además las gravísimas consecuencias que puede tener para el propietario el inicio de un incendio causado por la omisión de obligaciones de prevención.

2. Las distintas titularidades y sistemas de gestión de los terrenos urbanos y forestales

Por otra parte, y como hemos dicho, la distinta realidad jurídica de los terrenos que se enfrentan en la IUF alcanza también a su titularidad y su gestión. Las fincas urbanas suelen ser de pequeña extensión, de propiedad muy mayoritariamente privada y claramente identificada, y sobre ellas se ejercen actos posesorios con bastante intensidad y continuidad. En cambio, los terrenos forestales pueden ser de cualquier extensión (incluyendo montes medianos, grandes o muy grandes), de cualquier tipo de propiedad (pública o privada, e incluso en los de titularidad privada podemos hallarnos con titulares colectivos cuasipúblicos, como los montes de socios o los vecinales en mano común), y con una gestión en general poco intensa, que en no pocos casos llega a la dejación o al total abandono, falta de gestión que se debe tanto a la despoblación rural como a la frecuente falta de rentabilidad de los productos

forestales tradicionales (madera, leñas, pastos, etc.), y al descuido en que no pocas Comunidades Autónomas tienen la gestión forestal pública.

Estas diferencias tan marcadas causan frecuentemente problemas prácticos:

— Para actuar en todas y cada una de las parcelas urbanas que lindan con los terrenos forestales, hay que lograr el acuerdo, o al menos el consentimiento, de un alto número de propietarios, que no siempre (piénsese en el caso de las segundas residencias) están presentes habitualmente en su propiedad. Desde este punto de vista, un importante factor a considerar es el aspecto económico: al «boom» del sector inmobiliario, que favoreció la proliferación de urbanizaciones en enclaves forestales, siguió una crisis económica, que hace, por un lado, que no sean infrecuentes las parcelas urbanas no edificadas (y cuya edificación no se prevé) que se pueblan de vegetación forestal espontánea convirtiéndose en un factor de riesgo añadido; y por otro, que los propietarios de las parcelas edificadas se sientan poco inclinados a afrontar la inversión económica necesaria para adoptar este tipo de medidas.

— En cuanto a los propietarios forestales, se da la paradoja de que, aunque en muchas ocasiones no pueden rentabilizar sus terrenos, se verían obligados a llevar a cabo importantes inversiones para la prevención de incendios de las que se benefician básicamente los habitantes de las urbanizaciones que, por su ubicación en el monte, disfrutan del paisaje y de la vida en contacto con la naturaleza. Es más: las aspiraciones en cuanto al uso del territorio que pueden tener los habitantes de los núcleos rurales y los de las zonas urbanizadas puede diferir, y mucho, de modo que cada grupo tenderá a limitar los usos realizados por el otro.

— Las actuaciones que deban llevarse a cabo en terrenos (sean urbanos o forestales) cuya propiedad es desconocida, o está en dejación o abandono, obligan a ejecuciones subsidiarias, de difícil consecución y cuyos gastos son de casi imposible recuperación.

La resolución de estos problemas de orden práctico conduce, sin duda alguna, a la imposición por el legislador, sobre distintos propietarios, de una serie de obligaciones más o menos intensas, regulando el contenido de los derechos dominicales en relación con determinadas exigencias del interés general. Por tanto, la normativa sobre la interfaz supone indirectamente la alteración del estatuto jurídico de la propiedad, tanto de la forestal, como de la urbana. Ello no supone en principio un problema conceptual: es bien sabido que la función social que ha de desempeñar la propiedad de acuerdo con el artículo 33.2 CE, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (valga, por todas, la STC 37/1987, FJ 2º), no puede entenderse hoy como un simple límite externo al ejercicio de ese derecho, sino como una parte integrante de él, de modo que la propiedad no es ya un derecho pleno ni absoluto, sino un derecho definido en sí para el beneficio social. Ahora bien, y como es también

sabido, el estatuto jurídico de la propiedad está afectado por el principio de reserva de ley (artículos 33.2 y 53.1 CE), y de hecho la antes citada sentencia del TC (14) entiende que ello prohíbe toda deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad (especialmente, la privada) por el uso de la técnica reglamentaria.

Esto supone que el legislador ha de regular mediante Ley estas limitaciones o cargas legales de la propiedad sita en las zonas de IUF. Es cierto que esta regulación puede ser extensa y expresa, o bien una habilitación para un desarrollo reglamentario posterior; en efecto, la reserva de Ley tampoco vacía de posibilidades la posterior vía reglamentaria: la jurisprudencia constitucional acepta la regulación por vía reglamentaria en aquellos aspectos que requieran una apreciación técnica o en los que concurran circunstancias variables que convenga separar de la regulación abstracta propia, en los cuales debe entenderse que decae la exigencia de reserva legal, puesto que *«no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias»* (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14º). Pero ello se refiere, como queda dicho, a los casos en los que la Ley «no pueda» ir más allá, es decir, que al reglamento corresponde una labor tan sólo de complementación y concreción, estando vedado el que hagan *«una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador»* (STC 83/1984, de 24 de julio). Y debe recordarse que esta misma sentencia declaró la inconstitucionalidad de las leyes cuando las habilitaciones para desarrollo reglamentario contenidas en ellas fueran tan amplias y genéricas que supusieran una verdadera deslegalización. Desde este punto de vista, trataremos de analizar en este trabajo si la proliferación de obligaciones que para los propietarios de los terrenos sitos en la IUF aparecen en multitud de normas de rango reglamentario tiene una habilitación legal suficiente en las leyes nacionales aplicables, en el caso de que los legisladores autonómicos no hayan dictado leyes previas expresas sobre la materia.

(14) En el mismo sentido se pronunció la STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 4º): *«esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos ‘únicamente al imperio de la ley’ y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas».*

3. La formación del técnico que ha de redactar el plan de auto-protección

Por otra parte, hay que señalar que las medidas de autodefensa no suponen sólo una dificultad desde el punto de vista económico sino también técnico, en particular en cuanto a la determinación del técnico competente para la redacción del plan de autoprotección. Este técnico ha de ser un titulado que tenga la capacidad técnica para llevar a cabo dichos planes, de forma que se garantice la idoneidad de las medidas adoptadas, lo que no parece baladí, habida cuenta la importancia de los incendios forestales desde el punto de vista de la seguridad de las personas y las cosas. Estas materias deben quedar en manos de auténticos expertos, y la administración que sea competente para aprobar dichos planes debe exigir las titulaciones que acrediten esa condición, ya que de lo contrario asumiría una responsabilidad por aprobar un documento sin las debidas garantías técnicas.

Para prevenir los incendios y facilitar su extinción hay que conocer y comprender el terreno forestal que circunda las edificaciones que se deben proteger, el comportamiento del fuego en las distintas situaciones, las herramientas y métodos de selvicultura, y sobre todo los modelos de combustible, a lo que luego aludiremos. Resulta obvio que los técnicos que actúan habitualmente en las zonas urbanizadas (Arquitectos, Arquitectos técnicos, Ingenieros de Caminos, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas, etc.), carecen de esos conocimientos, lo que conduce a la conclusión de que son los técnicos especialistas en materia de montes [Ingenieros de Montes e Ingenieros Técnicos Forestales (15)] los únicos capacitados para establecer las medidas de protección de las zonas urbanizadas.

Sin embargo, la legislación nacional guarda al respecto un silencio absoluto, mientras que en la autonómica es absolutamente excepcional la exigencia de dichas titulaciones. Sólo hemos hallado dos referencias al respecto:

a) La más clara se halla en el artículo 13.6 de la Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia, que establece que el planeamiento de la defensa frente a los incendios forestales debía redactarse por «*técnicos competentes en materia forestal*», si bien hay que decir que esta expresión fue introducida en la Ley en una reforma realizada en 2017 (que luego analizaremos), y resulta bastante menos clara que la que existía en el texto original: «*titulado universitario forestal competente*». De hecho, parece que el legislador quiere insinuar incluso que no sea precisa la titulación universitaria para redactar los planes.

(15) O bien personas con titulaciones universitarias de máster o grado, posteriores a la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) que expresamente habiliten para el ejercicio de dichas profesiones.

b) El anexo 2 del Decreto catalán 123/2005, de 14 de junio, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana, al tratar de los «clareos» (16) en las franjas de protección, exige un informe técnico de carácter forestal firmado por un profesional con titulación universitaria forestal, pero sólo para los casos en que haya pendientes superiores al 40% y barrancos, sin que se establezca esa exigencia para ningún otro caso.

Afortunadamente, la jurisprudencia (17) viene salvando este silencio de la norma, estableciendo en reiteradas ocasiones que el autor de un plan de prevención de incendios forestales ha de ser un Ingeniero de Montes o un Ingeniero Técnico Forestal.

III. LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL EN LA NORMATIVA EUROPEA

Como es bien sabido, una de las carencias más llamativas de la política ambiental europea es, precisamente, la inexistencia de una política forestal europea común, al menos en un sentido estricto, puesto que sí tienen directa incidencia en los montes muchas de las otras políticas de la UE, como las de desarrollo rural, cambio climático, energía, biodiversidad o bioeconomía (GAFO, 2015). Se ha intentado remediar esta carencia mediante distintos documentos orientadores que tratan de reflejar valores y objetivos comunes, de los cuales los principales han sido las Estrategias Forestales Europeas de 1998 y de 2013, las cuales se refieren sólo tangencialmente al problema de los incendios forestales. Este tratamiento menor es buena muestra de las grandes disparidades de los montes de los Estados europeos: los incendios, que en los países de la cuenca mediterránea son un problema forestal de primer orden, no lo son casi en absoluto en los países del norte y centro de Europa. Estas disparidades son, precisamente, el principal obstáculo para lograr una política forestal común.

Por eso, en la política europea los incendios forestales se tratan fundamentalmente como un problema de protección civil, en el cual las aportaciones de

(16) En realidad, son tratamientos selvícolas: pueden ser clareos, pero también claras, desbroces, podas, etc.

(17) El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ha desestimado varios recursos de los ingenieros técnicos agrícolas que pretendían ser competentes para suscribir planes de prevención de incendios forestales (sentencias 588/2011, de 28 de junio, 663/2011, de 12 de julio y 93/2012, de 31 de enero). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sentencia 95/2016, de 16 de febrero) ha desestimado el recurso planteado por varios licenciados en ciencias ambientales que pretendían poder ocupar puestos de trabajo en dicha Comunidad Autónoma con funciones relacionadas con la prevención y extinción de incendios forestales. En ambos casos la Sala de lo contencioso-administrativo ha valorado la trascendencia para la seguridad de las cosas y las personas de este tipo de trabajos.

la UE se centran en el establecimiento de directrices en materia de prevención (proporcionando información actualizada y homogénea a los países miembros a través del European Forest Fire Information System, EFFIS), o respondiendo, en caso de grandes desastres, a través del Centro de Información y Monitorización (MIC) de la Comisión Europea (BADÍA y VALLDEPERAS, 2015: 16). Es en este ámbito donde ha tenido expresa cabida el problema de la IUF en la normativa europea.

De hecho, ya la Resolución del Consejo de 16 de octubre de 1989, relativa a las orientaciones en materia de prevención de riesgos técnicos y naturales se refería en su parte expositiva al «*riesgo que supone la proximidad geográfica entre lugares peligrosos y lugares habitados*» y reconocía la «*importancia de controles sobre la planificación de la ocupación del suelo al autorizarse nuevas instalaciones y en el desarrollo urbano alrededor de las instalaciones existentes*», por lo que finalmente solicitaba que la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, iniciara una reflexión sobre la prevención de los riesgos naturales en la Comunidad, en particular en lo relativo a los riesgos sísmicos, los incendios forestales y las inundaciones.

En este sentido, el Reglamento (CEE) n° 2158/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo a la protección de los bosques comunitarios contra los incendios, ya incluyó en su artículo 2.1 la obligación de los Estados miembros de clasificar sus territorios según el grado de riesgo de incendio forestal, indicando que se podrían clasificar como «*zonas de alto riesgo*», entre otras, aquéllas en que el riesgo permanente o cíclico de incendio forestal amenazara gravemente «*la seguridad de las personas y los bienes*», aclarando que, en el caso de España, de Portugal y de Grecia, dichas zonas podrían encontrarse en cualquier lugar de sus respectivos territorios nacionales (18). Para dichas zonas de alto riesgo, y para las de medio, los Estados miembros debían comunicar a la Comisión planes de protección contra los incendios forestales.

Ahora bien, tampoco puede decirse que la aplicación de este Reglamento sirviera para avanzar mucho en la delimitación de las zonas de IUF en nuestra Nación, puesto que el resultado fue que, por Decisión n° 1619/1993 de la Comisión, de 24 de junio de 1993, la totalidad del territorio español fue calificado como zona de alto riesgo. El período de vigencia de dicho Reglamento concluyó en 2002 (19), y la disposición que lo sustituyó, que fue el Reglamento (CE) n° 2152/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, sobre el seguimiento de los bosques y de las inte-

(18) En cambio, se especificaban las regiones italianas y francesas en las que se podían declarar estas zonas. Las zonas de «*riesgo medio*» no tenían relación con los riesgos específicos para la población, sino sólo con las amenazas significativas para los ecosistemas forestales.

(19) En principio, según el artículo 10 del texto original del Reglamento inicial, debía haber concluido en 1997, pero fue objeto de sucesivas prórrogas.

racciones medioambientales en la Comunidad (conocido como Eje Bosques o «Forest Focus») puso más bien énfasis en desarrollar el sistema de información para la recogida de datos comparables sobre los incendios forestales a escala comunitaria, o en la posibilidad de que los Estados miembros pudieran realizar estudios para identificar las causas y la dinámica de los incendios forestales, así como sus repercusiones en los bosques.

Así, aunque otros Reglamentos europeos han permitido la financiación de otras acciones en materia de prevención y restauración de incendios forestales (20), la idea de vincular las ayudas europeas en materia de incendios forestales a la inclusión del terreno en cuestión en una zona de alto o medio riesgo se ha repetido en los distintos reglamentos de ayuda al desarrollo rural (21). Luego veremos cómo ha incorporado la legislación nacional española este mandato de zonificación de manera algo más detallada que la hecha en 1993, pero cabe subrayar, a los efectos del presente trabajo, que entre las conclusiones del Consejo de 26 de abril de 2010, sobre la prevención de incendios forestales en la Unión Europea, se halla la de «*incorporar medidas de prevención de incendios en la planificación del territorio, prestando atención a las zonas forestales junto a zonas urbanas, para garantizar una construcción segura e infraestructuras adecuadas para mejorar la resiliencia de los bosques al fuego*»

Cabe plantearse si esta obligación impuesta por el Consejo se está cumpliendo a día de hoy y la respuesta difiere en función de la Comunidad Autónoma en la que se centre la atención, pues la normativa estatal ha de considerarse insuficiente para abordar en todos sus aspectos las garantías que se exigen, como se puede comprobar a continuación.

(20) Por ejemplo, el Reglamento 614/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, relativo al instrumento financiero para el medio ambiente (LIFE+) permitía financiar actuaciones como las siguientes: estudios, modelización, seguimiento y evaluación de bosques e incendios forestales; reuniones, seminarios, formación, redes, acciones de comunicación campañas de prevención, y restauración tras incendios forestales.

(21) El artículo 48.2 del Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) establecía que «*las acciones preventivas contra los incendios se aplicarán a las zonas clasificadas de riesgo de incendio forestal alto o medio por los Estados miembros de acuerdo con sus planes de protección forestal*». Por su parte, el artículo 24.2 de la norma que lo sucedió, que ha sido el Reglamento (UE) n.º 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, señaló que «*las zonas forestales que en los planes de protección forestal elaborados por los Estados miembros hayan sido clasificadas en las categorías de medio a alto riesgo podrán optar a ayuda relacionada con la prevención de incendios forestales*».

IV. LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL EN LA NORMATIVA ESTATAL

1. Legislación forestal

A) La Ley de incendios forestales de 1968 y el Reglamento de incendios forestales de 1972

Lo primero que cabe señalar es que los problemas específicos de las zonas habitadas en relación con los incendios forestales se hallan ya en la primera Ley española específica sobre la materia, la Ley 81/1968, de 5 de diciembre, de incendios forestales (en adelante LIF) (22). Ésta establecía en su artículo 3.e), que el Ministerio de Agricultura debía «establecer las normas de seguridad que deben observarse en [...] las viviendas, edificaciones e instalaciones de carácter industrial [...] que existan en los montes o en sus inmediaciones». En desarrollo de dicho precepto, el artículo 25.i) del Reglamento de aplicación de la citada Ley, aprobado por Decreto 3769/1972, de 23 de diciembre, estableció que dichas normas de seguridad incluían, en el caso de las viviendas, «dotar de una faja de seguridad de 15 metros de anchuras mínima, libre de residuos, de matorral espontáneo y de vegetación seca, las viviendas, edificaciones e instalaciones de carácter industrial en zona forestal, colocando matachispas en las chimeneas».

Ahora bien, esta obligación no era automática y general para los propietarios. Por un lado, el empleo de la expresión «zona forestal» generaba cierta confusión, pues si se entendía en un sentido estricto como «monte», en rigor sólo se puede referir a edificaciones rurales aisladas, no a núcleos de población, que son terrenos urbanos colindantes con los montes, o incluso rodeados por ellos, pero no sitios en ellos, puesto que la definición de monte excluye a los terrenos urbanos (23). Y por otro lado, el propio reglamento establecía en su artículo 21 (completamente acorde con el artículo 5.2 LIF) que la concreta obligación de ejecutar esas medidas preventivas debía ser establecida por los Gobernadores civiles «previa consulta o a propuesta de los Jefes de los Servicios Provinciales del ICONA» (24), es decir, simplemente se habilita a la Administración para exigir

(22) Puede llamar la atención que los incendios forestales no tuvieran un tratamiento más específico en la legislación forestal dictada antes de 1968, y en particular en la excelente Ley de Montes de 8 de junio de 1957. Pero, como señala OLIVÁN (1995: 236), ello se entiende recordando que en esa época los incendios no eran uno de los principales problemas que aquejaban a los montes. Lo pasaron a ser a partir de finales de la década de 1960, a causa fundamentalmente de la despoblación rural, y aún más en las décadas siguientes, en las que a esa despoblación, que siguió aumentando, se añadieron otros factores (el envejecimiento de la población que aún reside en los pueblos, el descuido de la gestión forestal pública o los ya mencionados fenómenos de urbanización dispersa, entre otros).

(23) Artículo 5.2 de la LMT: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los demás apartados de este artículo, no tienen la consideración de monte: [...] b) Los terrenos urbanos.»

(24) Reza así este precepto, en lo que interesa a este caso: «Previo consulta o a propuesta de los Jefes de los Servicios Provinciales del ICONA, los Gobernadores civiles

a los particulares que adopten las medidas de seguridad, en casos concretos que se deben determinar expresamente por la Administración.

Era cierto, no obstante, que la Ley y el Reglamento de incendios forestales se mostraban más exigentes con los propietarios sitios en las llamadas «zonas de peligro» que, según el artículo 7 LIF, debían ser declaradas por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, con informe de la Organización Sindical (25). En ellas, los Organismos, empresas o particulares responsables de (entre otras infraestructuras) «*instalaciones de cualquier tipo, temporales o permanentes*» estaban obligadas a adoptar, en el plazo y forma que se señalara, las medidas preventivas que en cada caso determinara el Ministerio de Agricultura, y en el caso de que las empresas o particulares no las cumplieran, el Ministerio podía ejecutar dichos trabajos con cargo a los obligados, sin perjuicio de las sanciones que por incumplimiento de lo ordenado pudieran corresponderles (art. 9 LIF; arts. 53-56 del Reglamento). Pero estas zonas nunca fueron declaradas (al menos con base en la LIF), así que esa severidad quedó sólo en el papel.

La LIF fue expresamente derogada en el apartado 1.c) de la disposición derogatoria de la LMT, que integró en su texto un capítulo sobre disposiciones básicas relativas a incendios forestales (como luego veremos). Por su parte, el reglamento de incendios forestales de 1972 sigue vigente en donde no exista normativa más específica al respecto (26), a tenor de lo establecido en

podrán, en las comarcas forestales que determinen: a) Dirigirse a los Servicios Provinciales de la Administración y a las Entidades estatales y paraestatales para recabar la ejecución de determinadas medidas preventivas de incendios forestales en el ámbito de sus respectivas competencias, tales como [...] la adopción de las medidas de seguridad señaladas en el artículo 25, párrafo i), para las viviendas, industrias y otras edificaciones emplazadas en zonas forestales. b) Ordenar a las Entidades concesionarias y particulares que tomen las mismas medidas de seguridad que se han citado en el párrafo a) anterior respecto a [...] limpieza de [...] residuos, matorral leñoso y vegetación seca alrededor de edificaciones emplazadas en los montes, que sean de su propiedad o dependencia».

(25) En este sentido, el Reglamento de la LIF parece incluir una velada alusión al problema de la IUF cuando trata de los criterios a que se debe atender para identificar estas zonas de peligro. En efecto, mientras que el artículo 7 LIF sólo consideraba que las zonas debían comprender «*masas forestales que, amenazadas por incendios, requieran especial protección*», el reglamento (art. 33.2) obligaba a la Dirección del ICONA a considerar también, entre otros criterios, al de «*densidad y distribución de la población*».

(26) Aunque el número 3 de la disposición derogatoria única del Decreto 125/2007, de 5 de octubre, del Gobierno de las Islas Baleares, por el que se dictan normas sobre el uso del fuego y se regula el ejercicio de determinadas actividades susceptibles de incrementar el riesgo de incendio forestal, deroga expresamente en el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma las disposiciones del reglamento de incendios de 1972, lo hace sólo en lo que se opongan a lo establecido en aquél. No deja de llamar la atención que una norma autonómica afirme textualmente que deroga otra estatal, cuando evidentemente no está legitimada para ello, ni siquiera en su ámbito territorial, sino que únicamente puede sustituirla o desplazarla (JIMÉNEZ CAMPO, 1997: 40).

el apartado 2 de la Disposición Derogatoria de la LMt (27) y en el artículo 4 del Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo (28). No obstante, cabe dudar de que una norma reglamentaria cuya habilitación legal previa ha quedado derogada, sin ser claramente sustituida por otra norma con rango de ley, pueda ser aplicada para limitar la propiedad privada. Por otra parte, y como hemos adelantado antes, tanto la LIF como su reglamento son unas normas que apenas han tenido aplicación práctica en nuestro país en cuanto a las numerosas competencias que atribuyen a los Gobernadores Civiles o alcaldes, quizá porque al poco de dictarse el reglamento de aplicación sobrevino la aprobación de la Constitución y el traspaso de competencias forestales a las Comunidades Autónomas: en particular, ni se declararon zonas de peligro, ni se dispusieron las medidas preventivas obligatorias.

B) La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes

Como acabamos de anticipar, la Constitución española de 1978 (CE) llevó a cabo un reparto de competencias forestales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de forma que al Estado corresponde la legislación básica, y las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía, pueden dictar leyes forestales respetando las normas básicas estatales, así como llevar a cabo la gestión con base en esta normativa. Esto es lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 149.1.23 CE, que establece como título competencial exclusivo del Estado la legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales, y de los Estatutos de Autonomía que han incluido las competencias más amplias a favor de las Comunidades Autónomas, con dicho límite de la normativa básica estatal.

Al amparo fundamentalmente del citado apartado 23 del artículo 149.1 (29), el legislador nacional dictó en el año 2003 una Ley de Montes

(27) «Las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de los textos derogados a los que se refiere el apartado anterior continuarán vigentes, en tanto no se opongan a lo previsto en esta ley, hasta la entrada en vigor de las normas que puedan dictarse en su desarrollo».

(28) «En el Reglamento de incendios forestales, aprobado por el Decreto 3769/1972, de 23 de diciembre, se derogan el título I, los capítulos I, IV, V del título II, el título IV, el capítulo VI del título V, el título VI y las disposiciones adicionales. No obstante, los citados artículos mantendrán su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa».

(29) La ley de montes también utilizaba otros títulos competenciales: unos básicos, como el del régimen de las Administraciones Públicas (ap. 18 del 149.1); otros exclusivos, como el de regulación del derecho de propiedad (ap. 8 del 149.1), o fomento y coordinación de la investigación científica y técnica (ap. 15 del 149.1). En cambio no citaba el de seguridad pública (ap. 29 del 149.1), en el que como veremos se ha apoyado el Tribunal Constitucional para decidir que los preceptos sobre incendios de la Ley de Montes son constitucionales.

básica estatal, la Ley 43/2003 de 21 de noviembre (que hemos venido designando como LMt), que derogó expresamente tanto la importantísima Ley de Montes de 8 de junio de 1957 como la LIF. Como ya se ha avanzado, la Ley 43/2003 incluyó en su Título IV, dedicado a la «conservación y protección de montes», un Capítulo III denominado «incendios forestales», cuya constitucionalidad ha sido discutida, y confirmada por el TC, en algunos de sus aspectos. En efecto, se planteó recurso contra el artículo 46.2 (que obliga a un mando único y a un director técnico de la extinción con la preparación adecuada para la extinción del fuego forestal) y contra el 47.1 (que regula las facultades exorbitantes que asisten al director de extinción (30)), y la STC 49/2013, de 28 de febrero de 2013, declaró constitucionales ambos preceptos, al entender que estaban amparados tanto por el título de legislación básica de montes como por el de seguridad pública (art. 149.1.29 CE). El TC consideró válido el título previsto en el apartado 23 del artículo 149.1 (legislación básica de montes) por entenderlo una regulación común mínima necesaria para garantizar eficiencia y seguridad en la extinción (que no agota la regulación por la Comunidad Autónoma, la cual puede definir qué se considera incendio de escasa entidad, o qué se considera formación específica acreditada), así como un nivel similar de eficacia en la extinción y un tratamiento idéntico de los límites a los derechos de los particulares. En cuanto al título referido a la seguridad pública, también lo consideró aplicable al considerar que en este caso existe una exigencia superior de interés nacional en imponer un mando único y un director técnico con la necesaria preparación para la extinción de incendios en un país con gran masa forestal y que sufre incendios con frecuencia, y porque la fijación uniforme de poderes de movilización de recursos y el sacrificio de derechos de los particulares se considera parte del núcleo de la competencia estatal de seguridad pública (FJ 12°).

A la luz de esta sentencia, es indiscutible que el legislador nacional tenía competencia para aprobar tanto los preceptos discutidos como el artículo 44 del texto original de la LMt, sobre prevención de incendios forestales, cuyo apartado 3 tenía el siguiente contenido (en lo que interesa a nuestro trabajo): *«Las comunidades autónomas regularán en montes y áreas colindantes el ejercicio de todas aquellas actividades que puedan dar lugar a riesgo de incendio, y establecerán normas de seguridad aplicables a las urbanizaciones, otras edificaciones, obras, instalaciones eléctricas e infraestructuras de transporte en terrenos forestales y sus inmediaciones, que puedan implicar peligro de incendios o ser afectadas por estos»*. Este apartado en concreto fue reformado por la antes citada Ley 21/2015, de 20 de julio, quedando con la redacción

(30) Movilización de medios públicos y privados, entrada en fincas de toda titularidad, y medidas que suponen intervención de bienes de propiedad privada sin consentimiento de sus titulares.

que se recoge a continuación, en la que la referencia a la IUF es ya explícita, en una frase final introducida en tal reforma: «*Las comunidades autónomas regularán en montes y áreas colindantes el ejercicio de todas aquellas actividades que puedan dar lugar a riesgo de incendio, y establecerán normas de seguridad aplicables a edificaciones, obras, instalaciones eléctricas e infraestructuras de transporte en terrenos forestales y sus inmediaciones, que puedan implicar peligro de incendios o ser afectadas por estos. En particular, regularán de forma específica la prevención de incendios forestales y las medidas de seguridad en las zonas de interfase urbano-forestal*». Así, la IUF ha tenido entrada explícita en la ley básica estatal, aunque sea utilizando la expresión «interfase», antes criticada (31).

Del texto del artículo 44.3 LMt se desprende con claridad que el Estado renuncia a regular la prevención y normas de seguridad en estos casos, remitiéndose a la regulación que deben adoptar las Comunidades Autónomas, que deberá ser específica. El precepto alude a los montes (de cuya definición legal, como hemos dicho antes, están excluidos expresamente los terrenos urbanos, y aquellos otros que excluya la Comunidad Autónoma en su normativa forestal y urbanística (32)) y también a las «áreas colindantes», que por tanto no son terrenos forestales, si bien la Ley, ni define hasta dónde debe alcanzar la colindancia, ni tampoco define la interfaz o «interfase» (a pesar de que en algunos borradores de anteproyecto de la Ley 21/2015, de 20 de julio, se valoró modificar el artículo 6 LMt para introducir una definición legal de la IUF). En conclusión: la remisión a la normativa autonómica es claramente genérica, lo que hace dudar de que este precepto de la LMt sea bastante para permitir a los legisladores autonómicos establecer limitaciones al derecho de propiedad mediante normas de carácter reglamentario.

También es de interés, al objeto del presente estudio, el artículo 48 LMt, que trata de las «zonas de alto riesgo de incendio», figura que sucede a las «zonas de peligro» de la LIF de 1968, y mediante la cual se incorpora a la legislación española el concepto creado por el Reglamento (CEE) n° 2158/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, que antes hemos analizado. En efecto, el apartado 1 de dicho precepto establece que podrán recibir dicha declaración aquellas áreas «*en las que la frecuencia o virulencia de los incendios forestales y la importancia de los valores amenazados hagan necesarias medidas especiales de protección contra los incendios*». Se establece por tanto una dualidad de

(31) De hecho, en el Anteproyecto de Ley que se sometió a información pública del 17 de enero al 17 de febrero de 2014 se empleaba el término «interfaz», que sin embargo fue cambiado en el texto definitivo del Proyecto de Ley remitido al Congreso por Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 enero de 2015.

(32) Art. 5.2 LMt.

criterios: por un lado, la alta probabilidad (33) de que se produzca un incendio, especialmente si es virulento; y por otro la importancia de los valores que se pueden ver amenazados por los incendios, con independencia de que éstos sean frecuentes o no. La marcada diferencia entre estos dos criterios hace que de hecho el artículo 48.1 designe estas zonas con dos nombres distintos, que parecen corresponderse claramente con cada uno de los criterios expuestos: «zonas de alto riesgo de incendio o de protección preferente». No obstante, la expresión «zona de protección preferente» no ha tenido éxito alguno: de hecho, ni siquiera vuelve a usarse en todo el resto de la Ley, que habla en cambio otras siete ocasiones, sólo, de «zonas de alto riesgo de incendio».

Según establece el artículo 48.2 LMT, son las Comunidades Autónomas las que declaran zonas de alto riesgo y aprueban los planes de defensa cuya redacción conlleva esta declaración. No obstante, en la modificación de la LMT aprobada en 2015, se incluyó en el artículo 48.1 una frase final que permite que el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en colaboración con las Comunidades Autónomas, establezca las directrices y criterios para la definición de estas zonas «*especialmente sensibles al riesgo de incendio*». El artículo 48 recoge también en su apartado tercero el contenido mínimo que debe tener un plan de defensa, pero en línea con su ámbito de aplicación (los montes, a tenor de lo establecido en el artículo 2 LMT) se limita a recoger como contenido de los planes de defensa medidas que se aplican a los terrenos forestales y a los propietarios forestales, no a los propietarios de suelo urbano aludido al monte (34). Ello no impide, como es lógico, que lo hagan las Comunidades Autónomas, como de hecho señala ese apartado al aludir a que los planes de defensa deberán incluir, además de lo que dispone la LMT, «*todo aquello que establezca el correspondiente Plan autonómico de emergencias*». Por último, cabe reseñar que las Comunidades Autónomas podrán establecer en su normativa que los trabajos a realizar se puedan declarar de interés general, e incluso determinar el carácter oneroso o gratuito de su ejecución subsidiaria (art. 48.4 LMT).

En síntesis, la ley básica estatal de montes, si bien alude expresamente a la interfaz urbano-forestal, lo hace tan sólo a los efectos de conminar a las

(33) Según el Diccionario de la RAE, la primera acepción de la palabra «riesgo» es «*contingencia o proximidad de un daño*», por lo que es plenamente correcta la definición de «riesgo de incendio» que da el Diccionario Forestal español: «*probabilidad de que se inicie un fuego, determinada por la presencia y actividad de los agentes causantes*». Por tanto, una zona «de alto riesgo de incendio» sería, «sensu stricto», aquella donde es muy probable que se inicie un fuego forestal, con independencia de cualquier otra consideración.

(34) Aun así, el apartado e) del artículo 48.3 LMT establece entre los contenidos mínimos de los planes de defensa «*la regulación de los usos que puedan dar lugar a riesgo de incendios forestales*», sin especificar el tipo de uso ni la naturaleza del terreno donde se realicen.

Comunidades Autónomas a que regulen las medidas de seguridad a adoptar en la misma. Y en cuanto a las zonas de alto riesgo de incendio, entre las que se podrían encontrar zonas de interfaz, se remite igualmente en bloque a la normativa autonómica, pues, si bien es cierto que establece el deber del Ministerio competente en materia forestal de establecer los criterios para la definición de las zonas, la realidad es que ese deber no se ha cumplido, y cada Comunidad Autónoma (como veremos luego someramente) ha hecho la declaración de las zonas de alto riesgo sin contar con ninguna directriz u orientación emanada de la Administración General del Estado.

Esta renuncia por parte del legislador nacional a abordar de forma específica las medidas a adoptar en la IUF puede entenderse como una postura prudente, que trata de evitar el conflicto con las Comunidades Autónomas, pero ello se compadece muy mal con el hecho de que el Estado, en otras ocasiones, ha utilizado muy decididamente sus títulos competenciales para regular drásticamente las medidas preventivas de incendios forestales. En efecto, tras el terrible incendio que tuvo lugar en la provincia de Guadalajara en julio de 2005, en el que ardieron 12.732 hectáreas forestales y fallecieron once personas (nueve miembros de un retén de extinción de incendios y dos agentes forestales), se dictó inmediatamente (sólo dos días después de extinguido el incendio) el Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio, en el que se establecieron medidas verdaderamente extraordinarias de prevención, algunas tan extremas que (aunque eran temporales) simplemente fueron ignoradas (35). En la Disposición final primera de esta norma se indicaba expresamente que se dictaba al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.23.º y 149.1.29.º de la Constitución, y que era «*de aplicación general en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las medidas adicionales y de mayor protección que hayan adoptado o puedan adoptar las comunidades autónomas*», sin producirse, por cierto, polémica competencial alguna. Cabe mencionar que, incluso en esta drástica norma, el problema de la IUF fue casi totalmente evitado por el legislador nacional, que se limitó a señalar, en el artículo 15.1, que «*los entes locales mantendrán actualizado un plano de delimitación de los diversos núcleos y urbanizaciones existentes en su término municipal*», obligación que

(35) Por ejemplo, el apartado a) del artículo 13 prohibía hasta el día 1 de noviembre de 2005, «*en todo el territorio nacional*» (es decir, también en todos los terrenos urbanos, incluso en el centro de las grandes capitales), «*encender fuego en todo tipo de espacios abiertos*», mientras que el apartado b) del mismo precepto prohibía el mero acto de fumar en los montes de toda España, así como el tránsito de personas (incluso para pasear a pie) en los montes de las zonas de alto riesgo, salvo autorización expresa de las Administraciones autonómicas. Este Real Decreto-Ley (que fue convalidado sin problema alguno por el Congreso) es, en nuestra opinión, una muestra paradigmática de una norma meramente efecista, dictada de manera precipitada para responder a una catástrofe con enorme repercusión en la opinión pública, y que no resultó útil, casi en absoluto, para resolver el problema al que se refería.

por cierto está vigente, puesto que (a diferencia de otros preceptos del Real Decreto-Ley) no tiene límite temporal alguno.

La conclusión es clara: al amparo de ambas competencias estatales (legislación básica sobre montes y seguridad pública), la LMT hubiera podido establecer unas medidas de prevención mínimas de carácter obligatorio y supletorio para el caso de que la Comunidad Autónoma no haya regulado específicamente la prevención de incendios forestales y las medidas de seguridad en las zonas de interfaz urbano-forestal. Y, en todo caso, el legislador nacional podría hacerlo; y en el caso de las zonas de peligro, debe hacerlo, aunque sea sólo para establecer sus criterios de delimitación, que podrían analizar el problema específico de la IUF.

2. Normativa sobre edificación

Desde un punto de vista histórico, hay que traer a colación las sucesivas normas básicas de edificación (36), en las que se ha ido estableciendo, fundamentalmente, la obligación de crear una franja libre de vegetación de 25 metros de ancho entre la zona edificada y la forestal. Esta regla se encuentra establecida al menos desde la aprobación de la Norma básica de la edificación NBE-CPI-81, «Condiciones de protección contra incendio en los edificios» (que se produjo por Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril) en cuyo artículo 5.1. «Condiciones de entorno» se encuentra el siguiente subapartado:

«5.1.4. La localización de urbanizaciones, hoteles, hospitales o cualquier otro edificio de uso público en zonas limítrofes o interiores a áreas forestales, calificadas como de reconocido peligro de incendio por el Ministerio de Agricultura, obliga al cumplimiento de las siguientes condiciones:

– Deberá existir una franja de 25 m de anchura separando la zona edificada de la forestal. Dicha franja estará libre de edificios así como de arbustos o vegetación que pueda suponer peligro de incendio y dispondrá de un camino perimetral.

– La zona edificada o urbanizada, dispondrá de dos vías de acceso y de evacuación alternativas, cada una de las cuales tendrán una anchura de 5 m, más arceles laterales».

A estas dos condiciones se les añadiría otra más por Real Decreto 1587/1982, de 25 de junio (que aprobó la NBE-CPI-82): «— Al comienzo de un camino sin salida, se advertirá esta condición mediante la señal oportuna.»

Tanto la norma NBE-CPI-81 como la NBE-CPI-82, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 2059/1981, de 10 de abril, eran sólo de aplicación a los edificios de nueva construcción, y a los que se reformaran cambiando su

(36) Un análisis histórico de las normas técnicas sobre incendios en edificios se halla en FERNÁNDEZ BECERRA (2009).

uso o introduciendo modificaciones sustanciales, a juicio de los Organismos y Corporaciones que hubieran de intervenir en el visado, supervisión, informe y licencia de obra del proyecto de reforma. Por tanto, no establecía obligaciones para edificaciones construidas con anterioridad, o cuya reforma no cambiara su uso o no fuera sustancial. Por otra parte, como se desprende de la lectura del apartado 5.1.4 de la NBE-CPI-81, supeditaba la adopción obligatoria de estas medidas específicas a que se tratara de zonas calificadas oficialmente como de «reconocido peligro de incendio», expresión que al menos con esa denominación literal está ausente (como hemos visto) de la normativa entonces vigente en materia de incendios forestales, que se refería sólo a «zonas de peligro», que además no debían ser declaradas por el Ministerio, sino por el Consejo de Ministros. En todo caso, y como hemos dicho, no se declararon esas zonas de peligro, así que las previsiones de las NBE-CPI-81 y NBE-CPI-82 carecían en la práctica de carácter obligatorio. Y menos aún lo serían cuando la siguiente norma sobre la materia, la NBE-CPI/91 (aprobada por Real Decreto 279/1991, de 1 de marzo), que sustituyó a las anteriores, no contempló ninguna medida preventiva de incendios forestales.

Esa omisión fue afortunadamente corregida por el apartado 2.2 del Apéndice 2 de la siguiente Norma sobre el asunto, la NBE-CPI/96 (aprobada por Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre), cuyo contenido era similar al de la NBE-CPI-81, contemplando una regla de prevención (franja de 25 m) y una regla encaminada a favorecer la extinción y la evacuación (las vías o la vía de acceso debían tener una anchura mínima libre de 5 m). No obstante, aunque ya no se vinculaba la obligación de esas normas a la previa declaración de «zona de peligro de incendios», la fuerza obligatoria del Apéndice 2 era bastante dudosa, desde el momento en que sus dos primeros párrafos señalaban lo siguiente: *«Tanto el planeamiento urbanístico como las condiciones de diseño y construcción de los edificios, en particular el entorno inmediato de éstos, sus accesos, sus huecos en fachada y las redes de suministro de agua, deben posibilitar y facilitar la intervención de los servicios de extinción de incendios. Corresponde a las autoridades locales regular las condiciones que estimen precisas para cumplir lo anterior, pero en ausencia de dicha regulación, se pueden adoptar las recomendaciones que se indican en este apéndice»*. Como se ve, el apéndice se calificaba expresamente como de recomendación, y de aplicación potestativa.

La NBE-CPI/96 no se halla hoy vigente, puesto que ha sido derogada por el vigente Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo. El CTE incluye una serie de Documentos Básicos (37),

(37) De acuerdo con la Disposición final tercera del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, estos Documentos Básicos, aun siendo aprobados por Real Decreto, se pueden modificar por Orden del Ministerio con competencias en materia de vivienda, en una típica manifestación de «autodegradación» normativa.

entre los que se encuentra el SI («Seguridad en caso de incendio»), en cuya Sección SI-5 («Intervención de los bomberos») existe un apartado 1.2 («Entorno de los edificios»), que reza del siguiente modo:

«En zonas edificadas limítrofes o interiores a áreas forestales, deben cumplirse las condiciones siguientes:

a) Debe haber una franja de 25 m de anchura separando la zona edificada de la forestal, libre de arbustos o vegetación que pueda propagar un incendio del área forestal así como un camino perimetral de 5 m, que podrá estar incluido en la citada franja;

b) La zona edificada o urbanizada debe disponer preferentemente de dos vías de acceso alternativas, cada una de las cuales debe cumplir las condiciones expuestas en el apartado 1.1 (38);

c) Cuando no se pueda disponer de las dos vías alternativas indicadas en el párrafo anterior, el acceso único debe finalizar en un fondo de saco de forma circular de 12,50 m de radio, en el que se cumplan las condiciones expresadas en el primer párrafo de este apartado».

Estas normas son, formalmente, casi las mismas que se hallaban en el Apéndice 2 de la NBE-CPI/96, sin más que aclarar que el camino perimetral de 5 metros puede estar incluido en la franja de 25 metros (lo que no estaba expreso en la norma de 1996), y disminuir la exigencia acerca de la anchura mínima de los viales de acceso con respecto a lo que se venía exigiendo desde 1981, puesto que pasa de 5 metros a 3,5. No obstante, el principal cambio reside en que ya no son unas meras recomendaciones (39). El Código Técnico de la Edificación tiene carácter básico y se dicta al amparo de las competencias que se atribuyen al Estado en los artículos 149.1.16^o, 23^o y 25^o de la Constitución Española, en materia de bases y coordinación nacional de la sanidad, protección del medio ambiente y bases del régimen minero y energético, respectivamente. Para ello contaba con una previa habilitación legal contenida en la Disposición final segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), que habilitó al Gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara dicho Código Técnico, en el que se establecieran *«las exigencias que deben cumplir los edificios»* en relación con los requisitos básicos establecidos en el artículo 3, apartados 1.b) y 1.c) de la indicada Ley, es decir, con respecto a la seguridad y a la habitabilidad. Así pues, las normas básicas de edificación son reglamentaciones técnicas de obligado cumplimiento en todo el territorio español, que las Comunidades

(38) Estas condiciones son: a) anchura mínima libre 3,5 m; b) altura mínima libre o gálibo 4,5 m; y c) capacidad portante del vial 20 kN/m².

(39) El apartado 1 del Documento Básico SI señala: *«La correcta aplicación de cada Sección supone el cumplimiento de la exigencia básica correspondiente. La correcta aplicación del conjunto del DB supone que se satisface el requisito básico "Seguridad en caso de incendio"».*

Autónomas podrán «completar», pero no ignorar. De hecho el TSJ de Madrid ha añadido a los citados títulos competenciales el de seguridad pública, y ha anulado el Reglamento de Prevención y Extinción de incendios de la Comunidad de Madrid por establecer sus propios requisitos, sustituyendo los establecidos en la norma estatal (40).

Ahora bien, el CTE, aun siendo claramente obligatorio, a diferencia de los documentos anteriores, para todas las edificaciones, sigue teniendo (según su artículo 2) un ámbito de aplicación limitado a las obras de edificación de nueva construcción y de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes. Por eso, aun cuando estas disposiciones se alzan como una norma a la que pueden recurrir las Administraciones locales para condicionar las licencias a su cumplimiento, resultan insuficientes en relación con las urbanizaciones preexistentes, así como con las construcciones ilegales prescritas. En todo caso, es la única disposición de aplicación en todo el territorio nacional que imponga una obligación de esta índole.

3. Legislación urbanística y sobre uso del suelo

Estrechamente relacionada con la legislación examinada en el apartado anterior, es preciso hacer referencia igualmente a la normativa urbanística estatal, pues en ella se pueden encontrar disposiciones relevantes desde el punto de vista que nos ocupa.

Procede pues examinar la vigente Ley del Suelo estatal, que es el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSRU), aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en cuyo artículo 15.1.b) se recoge, siguiendo la tradición del ordenamiento urbanístico, el deber de los propietarios de terrenos, urbanizaciones y edificaciones de conservarlos en las condiciones legales de *seguridad*, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos. Este deber legal de conservación del propietario se configuraba como un deber urbanístico vinculado al contenido normal del derecho de propiedad delimitado por la ordenación urbanística; es decir, se liga constitucionalmente con la función social de la propiedad consagrada por

(40) La STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006 establece que «*la Norma Estatal Básica de la Edificación sobre Condiciones de Protección contra Incendios de los Edificios, son de obligado cumplimiento por la Comunidad de Madrid que podrá completarlas o suplir sus lagunas, pero no obviarlas ni sustituirlas por otras distintas.*» En ese sentido, la STS de 22 de mayo de 2015 reconoció competencia a los Ayuntamientos para aprobar ordenanzas que completen el CTE, o establezcan valores más estrictos que los establecidos como mínimos por el Código, aun cuando no especifique éste una habilitación legal expresa específica a las Entidades Locales para ello.

el art. 33.2 CE, como han declarado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo.

No obstante, y sobre todo a partir de la reforma de la Ley del Suelo operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (ahora refundida en la Ley del Suelo y rehabilitación urbana antes citada), se ha ensanchado significativamente el deber de conservación, incluyendo nuevos contenidos que superan la antigua equivalencia entre conservación-reparación (SOSPEDRA, 2013), lo que ha motivado que haya autores que hablen de «hipertrofia» de dicho deber (GARCÍA ÁLVAREZ, 2013). El Preámbulo de dicha Ley 8/2013, de 26 junio, se refería a tres niveles de dicho deber, uno de los cuales, el segundo, sería el de adaptación y actualización progresiva de las edificaciones a las normas legales que les vayan siendo explícitamente exigibles en cada momento y que asocia las condiciones de uso con la evolución de las necesidades sociales. En todo caso, el Preámbulo se refería a que el deber de conservación tiene un carácter marcadamente dinámico: *«No se trata de aplicar con carácter retroactivo la normativa, sino de incluir en este deber las obligaciones que para la edificación existente explícitamente vaya introduciendo la normativa del sector con el objetivo de mantener sus condiciones de uso, de acuerdo con la evolución de las necesidades sociales»*.

Pues bien, desde esta perspectiva es fácil comprender que el apoyo de las Administraciones para que los propietarios de edificaciones o urbanizaciones autorizadas con anterioridad a la normativa técnica de edificación examinada, lleven a cabo las obras precisas para que se doten de medidas de seguridad frente a los incendios forestales, será precisamente la legislación del suelo y rehabilitación. Sin duda el término clave es, en este caso, la seguridad de las edificaciones, y en este sentido hay que destacar que el concepto de «seguridad» está presente en la Ley como principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (art. 3 TRLSRU), y como requisito básico de las edificaciones cuya ausencia permite a las Administraciones adoptar medidas que aseguren la realización de las obras pertinentes (art. 4.4 TRLSRU). Asimismo, el artículo 16, específico sobre los deberes y cargas del derecho de propiedad del suelo en situación rural o vacante de edificación, establece que *«el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales»*.

Por tanto, sería este deber de conservación en condiciones de seguridad el que permitiría a las Administraciones no sólo obligar, por ejemplo, al propietario del solar lleno de maleza a que la elimine, sino exigir a los propietarios que tienen edificaciones autorizadas antes de la entrada en vigor

de la normativa sobre edificación antes mencionada, la realización de obras encaminadas a la construcción de franjas cortafuegos en el perímetro de las urbanizaciones y de vías de acceso de los vehículos de extinción y evacuación, con determinadas características. Es relevante por tanto poner de manifiesto la virtualidad de estas disposiciones.

Ello no obsta a que se constate que la aplicación de estas disposiciones puede plantear muchos problemas de tipo práctico. En primer lugar, la exigencia del nuevo deber de conservación de las edificaciones no deja de ser problemática, puesto que es tan amplio que resulta difícil obligar al propietario, ni siquiera «progresivamente», a que adapte su edificio a normas dictadas con posterioridad a su autorización inicial sin caer en la aplicación retroactiva de una disposición restrictiva de derechos individuales, lo que está vedado por el artículo 9.3 de la Constitución. En segundo lugar existe un evidente problema económico: ¿quién corre con el coste de las obras? Aunque el artículo 15 TRLSRU, en sus apartados 2 y 3, establece como límite de coste a asumir por el propietario el de la mitad del valor del inmueble, ni esa afirmación deja de presentar problemas (41), ni debe olvidarse que el propio TRLSRU establece que cuando se supere dicho límite, las obras correrán a cargo de los fondos de la Administración que ordene las obras que lo rebasen (42). Y por último no hemos de olvidar los problemas que antes hemos expresado en relación con la titularidad de los terrenos en los que ha de hacerse la obra —piénsese en la franja libre de vegetación que debe circundar la urbanización, y que frecuentemente ha de llevarse a cabo en el monte colindante— o por ejemplo, si cabe que la limpieza y mantenimiento de la franja que se encuentra en terreno forestal se lleve a cabo a costa de la urbanización y no del propietario del monte. Abordar las posibles soluciones a estos problemas excede del objeto de este trabajo, por lo que quedan aquí simplemente apuntados.

Para acabar este apartado, conviene recordar que la normativa sobre suelo ha de ser plasmada en los territorios concretos a través del planeamiento urbanístico. Si bien serán las restantes Administraciones territoriales —Comunidades Autónomas y Entidades Locales— las responsables de la aprobación de dicho planeamiento, procede apuntar también en este apartado, aun cuando se

(41) Como señala GARCÍA ÁLVAREZ (2013: 107), ese parámetro del 50% del coste de nueva construcción de un edificio similar prescinde del valor real del edificio actual, lo que parece una carga claramente excesiva para el propietario.

(42) Como señala RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2002: 283-284), suele suceder que en nuestro derecho urbanístico se da un caso de incoherencia valorativa, puesto que quien cumple voluntariamente sus deberes legales de conservación se ve a menudo en una situación más desfavorable que quien los incumple, incluso a sabiendas, puesto que al incumplidor se le exime de las cargas de elaborar un proyecto, de solicitar licencia, y de abonar el impuesto local correspondiente, y es posible que hasta se le subvencione.

refiera a la normativa estatal, que los planes urbanísticos tienen un importante papel que cumplir al considerar las determinaciones, tanto para suelo urbano como para suelo rural, relacionadas con los riesgos naturales, entre los que se encuentra, cada uno de los más importantes, el de incendios forestales. En este sentido procede traer a colación lo dispuesto en el art. 20.1.c) TRLSRU, que establece que las Administraciones Públicas competentes en ordenación territorial y urbanística deberán atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a una serie de principios entre los que se encuentra «la prevención de riesgos naturales».

4. Legislación sobre protección civil

También desde la perspectiva de la protección civil se encuentra una importante normativa que se ha superpuesto a la de los incendios forestales, en concreto desde 1985, año en que se dicta la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil (43). Dado que en ese momento el Estado no tenía previsto dictar la ley básica de montes a la que se refería el apartado 23 del artículo 149.1 de la Constitución (recordemos que dicha Ley no se aprueba, como hemos visto, hasta 2003), sería la normativa estatal de protección civil la que legislara más ampliamente sobre los incendios forestales.

El artículo 8 de la Ley de Protección Civil de 1985 establecía una jerarquía planificadora de dos tipos: Planes Territoriales (de Comunidad Autónoma, Provinciales, Supramunicipales, Insulares y Municipales) y Planes Especiales (por sectores de actividad, tipos de emergencia o actividades concretas), basados todos ellos en una Norma Básica de Protección Civil aprobada por el Estado, que debía contener las directrices esenciales para la elaboración de todo tipo de Planes (44). Esta jerarquía no ha sufrido cambios significativos en los actuales artículos 13 al 15 de la Ley 17/2015, de 9 de julio,

(43) Incluso antes de la aprobación de esta Ley, el Ministerio del Interior había aprobado, por Orden de 17 de junio de 1982, el Plan Básico de Lucha contra Incendios Forestales y sus normas complementarias, el cual, aunque no ha sido derogado de manera expresa, cabe entender que lo ha sido de manera implícita por las posteriores Directrices Básicas de Protección Civil en materia de incendios forestales.

(44) Como señala Izu (2009: 356), la Constitución, al regular la seguridad pública, no otorga al Estado competencia expresa para dictar legislación básica en materia de protección civil, pero los pronunciamientos del TC en torno a las competencias estatales que justifican la promulgación de la Ley de Protección Civil y sus normas de desarrollo «son prácticamente idénticas a las que hace cuando analiza la naturaleza de la legislación básica». Véase, por ejemplo, la STC 133/1990, de 19 de julio: «no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias.»

del Sistema Nacional de Protección Civil, que ha sustituido y derogado a la Ley de 1985.

A su vez, la Ley de Protección Civil de 1985 procuraba dar una cobertura legal a las obligaciones establecidas en dichos documentos de planificación, de la siguiente manera:

— Habilitando al Gobierno en su artículo 5 a establecer un catálogo de actividades cuyos titulares están obligados a establecer las medidas de seguridad y prevención en materia de protección civil que reglamentariamente se determinen. Una habilitación extensa, como se ve, pero que no ha sido discutida por la doctrina ni la jurisprudencia. Esta obligación es aún más expresa en la vigente Ley 17/2015, de 9 de julio, cuyo artículo 7 ter define la autoprotección como un deber, concretando en su apartado 2 que *«los titulares de los centros, establecimientos y dependencias, públicos o privados, que generen riesgo de emergencia, estarán obligados a adoptar las medidas de autoprotección previstas en esta ley, en los términos recogidos en la misma y en la normativa de desarrollo»*.

— Y tipificando como infracción a la Ley en su artículo 19.2 los incumplimientos de las obligaciones derivadas *«de los planes y de los reglamentos, así como de las órdenes que dicten las autoridades en cumplimiento de los mismos»*. Esta tipificación se halla hoy en el artículo 45 de la Ley 17/2015, de 9 de julio.

Estas habilitaciones legales hacen que los planes de protección civil no sean ya sólo normas de actuación coordinada de las administraciones en caso de emergencia, sino también, y crecientemente, pasen a ser *«instrumentos previsores y preventivos que [...] imponen obligaciones no sólo a los poderes públicos, sino indirectamente a los propios particulares, siquiera vehiculizadas a través de fuertes medidas de limitación individual como la posible exigencia de prestaciones personales, o las que se deriven de otra normativa sectorial»* (OCHOA, 1995: 345). Ello justifica que este autor concluya (p. 346) que *«los planes de protección civil son disposición de carácter general similares a los Planes de Urbanismo»*.

La Norma Básica de Protección Civil fue aprobada por el Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, y se halla aún vigente. Su apartado 6 establece que el riesgo de emergencias por incendios forestales debe ser objeto de planes especiales en los ámbitos territoriales que lo requieran, planes que han de ser elaborados de acuerdo con una previa directriz básica, cuya aprobación corresponde al Gobierno (según el apartado 8 de la Norma Básica). De hecho, este expreso deber de elaborar Planes Especiales para incendios forestales ha alcanzado el rango de Ley en el artículo 15.2 de la antes citada Ley 17/2015, de 9 de julio.

La primera Directriz Básica de Planificación de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales fue aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1993 (publicado en el Boletín Oficial del Estado por Orden del Ministerio del Interior de 2 de abril de 1993), estableciendo un sistema de planificación a diferentes niveles: Plan Estatal, Planes de Comunidades Autónomas, Planes de Actuación de Ámbito local, y por último, Planes de autoprotección elaborados por diferentes entidades públicas o privadas. En el apartado 3.4.1 de la Directriz se preveía que los planes de actuación de ámbito local tenían que integrar los planes de autoprotección de «*empresas, núcleos de población aislada, urbanizaciones, campings, etc.*», que estuvieran ubicados en zonas de riesgo, planes de autoprotección que tenían una muy somera regulación en el apartado 3.5.

La Directriz de 1993 ha sido sustituida por la vigente Directriz básica de planificación de protección civil de emergencia por incendios forestales, aprobada por Real Decreto 893/2013, de 15 de noviembre, en la que se establecen los criterios mínimos que habrán de seguirse por las distintas Administraciones Públicas para la confección de los planes de protección civil de emergencia por incendios forestales en el ámbito territorial y de competencias que a cada una corresponda. La Directriz de 2013 hace muchas más referencias a la IUF que su predecesora, y lo hace desde su mismo apartado 1.1 («Antecedentes»), afirmando que es precisamente este riesgo una de las razones de su modificación: «*Así mismo, el creciente grado de desarrollo urbano en los entornos forestales (interfaz urbano-forestal), hace que los posibles incendios forestales ocurridos en estas zonas vengan representando un riesgo especialmente grave debido a una serie de peculiaridades que entraña su extinción. Estas circunstancias exigen del conjunto de las administraciones públicas el revisar la planificación y gestión de medidas encaminadas no sólo a mitigar, sino también a prevenir y evitar, en la medida de lo posible, los incendios forestales y sus efectos*» (45). Consecuentemente con esta preocupación, es esta Directriz la primera norma estatal que (como ya se señaló más arriba) recoge una definición legal de la IUF, en su apartado 1.4: «*Interfaz urbano-forestal: Zona en las que las edificaciones entran en contacto con el monte. El fuego desarrollado en esta zona, no sólo puede alcanzar las edificaciones, sino que además puede propagarse en el interior de las zonas edificadas, cualquiera*

(45) Una afirmación casi idéntica se halla en el apartado 1.1 del vigente Plan Estatal de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales, que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2014, como consecuencia de la Directriz que estamos analizando: «*Así mismo, el creciente grado de desarrollo urbano en los entornos forestales, creando áreas de contacto entre ambos espacios, denominado interfaz urbano-forestal, hace que los incendios que ocurren en ellas supongan un riesgo especialmente grave motivado por las peculiaridades que entraña su extinción*».

que sea la causa de origen» (46). Y también introduce en ese mismo apartado una significativa matización a la definición de incendio forestal contenida en el artículo 6 LMt, cuando señala que, a los efectos de esta directriz, no sólo tendrán consideración de incendios forestales los fuegos que se extienden sin control sobre combustibles forestales situados en el monte, sino también «los que se produzcan en las áreas adyacentes al monte o de transición con otros espacios urbanos o agrícolas» (47). Se incluye por tanto dentro del ámbito de aplicación de la planificación de protección civil en materia de incendios forestales la prevención de incendios en las áreas «adyacentes al monte», aun cuando sean urbanas o agrícolas.

También en la parte dispositiva de la Directriz Básica de 2013 hay una importante presencia de la IUF, en especial en el título III, que recoge la estructura y contenido mínimo de la planificación a los distintos niveles. En efecto, en todos y cada uno de los niveles de planificación (planes autonómicos de emergencia, planes municipales, planes de actuación de ámbito local y planes de autoprotección) se encuentran referencias a la IUF:

— El apartado 3.3.2 recoge entre las funciones básicas de los planes de comunidades autónomas de emergencia por incendios forestales la siguiente: «d) Zonificar el territorio en función del riesgo y las previsibles consecuencias de los incendios forestales, incluyendo las zonas de interfaz urbano-forestal así como las zonas de alto valor medioambiental. Delimitar áreas según posibles requerimientos de intervención y despliegue de medios y recursos, así como localizar la infraestructura física a utilizar en operaciones de emergencia». Obsérvese que en este apartado se halla la misma dualidad de criterios que ya hemos comentado al hablar de las «zonas de alto riesgo» (o «de protección preferente») previstas en el artículo 48 LMt: el riesgo de incendios, por un lado, y sus previsibles consecuencias, por otro.

— El apartado 3.5.2 recoge entre las funciones básicas de los planes municipales la siguiente: «g) Poner en marcha medidas de autoprotección de los núcleos urbanos y edificaciones, encaminadas a evitar el riesgo de interfaz urbano-forestal, a través de la creación y mantenimiento de franjas perimetrales».

— Y el apartado 3.5.3, sobre contenido mínimo de los planes de actuación de ámbito local, obliga a incluir en ellos la «catalogación de las situaciones de interfaz urbano-forestal y su riesgo asociado, para la planificación preventiva y gestión de emergencias por incendio forestal».

(46) A su vez, esta definición es repetida al pie de la letra por el apartado 1.6 del Plan Estatal de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales de 2014.

(47) Esta matización se halla, idéntica, en el apartado 1.6 del Plan Estatal de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales de 2014.

No obstante, la principal referencia que hace esta Directriz a la IUF se halla en los *planes de autoprotección* por riesgo de incendio forestal, a los que se refiere el apartado 3.6. La misma definición de los planes de autoprotección los circunscribe expresamente a la IUF: «*es el documento que establece las previsiones relativas a una instalación, edificación o conjunto de las mismas, ubicadas en un área de interfaz urbano-forestal, que tienen por objeto evitar la generación o propagación de incendios forestales y facilitar las labores de extinción a los servicios públicos especializados cuando su actuación resulte necesaria*». En el citado apartado 3.6. se establecen las funciones básicas de los planes de autoprotección, y su contenido mínimo, recogiendo en el Anexo II una serie de especificaciones que han de contener los planes de autoprotección de las nuevas instalaciones y edificaciones ubicadas en áreas de interfaz urbano-forestal, mientras que el Anexo III contiene las especificaciones referidas a los planes de autoprotección de lugares e instalaciones de acampada, muchos de los cuales contienen edificios, lo cual justifica que la Directriz los incluya dentro de los «planes de autoprotección», que como hemos visto se limitan a las zonas de IUF. No obstante, hubiera sido muy deseable que la propia Directriz definiera de forma precisa qué entiende por «lugares e instalaciones de acampada» (48). Por otra parte, conviene subrayar que el contenido mínimo de los planes de autoprotección se entiende siempre sin perjuicio de lo dispuesto en la también vigente Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia, aprobado por Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo.

Las especificaciones del Anexo II son bastante más estrictas que las figuran en el Código Técnico de Edificación de 2016, y por tanto deben aplicarse (en los supuestos en que se deba) con preferencia a éstas: la faja perimetral de protección alrededor de la urbanización alcanza un mínimo de 30 metros de ancho (y si es posible con una anchura al menos, ocho veces la altura de la vegetación dominante), medida desde el límite exterior de la edificación pero «*dentro de la misma propiedad*», y debe hallarse libre de vegetación seca y con la masa arbórea aclarada, a lo que se añaden otras medidas específicas para las edificaciones sitas en las zonas de alto riesgo y para urbanizaciones y edificaciones con uso industrial. (49) Por su parte, el Anexo III reduce la anchura

(48) En la legislación estatal, sólo se define «campamento de turismo» o «camping», en el artículo 1 del Real Decreto 2545/1982, de 27 de agosto, entendiéndose por tal «*el espacio de terreno debidamente delimitado, dotado y acondicionado para su ocupación temporal, con capacidad para más de diez personas que pretendan hacer vida al aire libre, con fines vacacionales o turísticos y utilizando como residencia albergues móviles: tiendas de campaña, caravanas u otros elementos similares fácilmente transportables*».

(49) Además de la faja perimetral de 30 metros, recogida en el apartado a) del Anexo II, se recogen las siguientes medidas: «*b) En las zonas de alto riesgo (ZAR) de incendio*

de la faja perimetral a un mínimo de 10 metros de ancho dentro de la misma propiedad, alrededor del camping, medida a partir del perímetro exterior del mismo, y que (aunque habrá de estar libre de vegetación seca y de depósitos de carburante y con la masa arbórea aclarada) podrá ser utilizada como vial interior, añadiendo después condiciones sobre las pistas y los hidrantes muy similares a las del Anexo II, y otras medidas específicas sobre la información a los alojados, las barbacoas, los extintores, etc.

La Directriz establece con claridad la competencia en relación con estos planes de autoprotección: sus Anexos II y III son supletorios a la normativa que pueda establecer cada Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias (50); la Comunidad Autónoma puede dictar sus propias normas en este sentido, siempre que respete las funciones básicas y los contenidos mínimos de la Directriz; y la elaboración de los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal será responsabilidad de la persona, física o jurídica, titular de las instalaciones o edificaciones a las que el plan se refiera.

Ahora bien, no es tan clara la Directriz (o al menos induce a cierta confusión) acerca de a qué instalaciones o edificaciones concretas alcanza la obligación de elaborar y ejecutar un plan que contenga como mínimo estas medidas. Hay en primer lugar una matización que sí parece clara: el Anexo II es sólo de aplicación a las instalaciones y edificaciones que se realicen tras la entrada en vigor de la Directriz, mientras que el Anexo III no se refiere

declaradas por cada Comunidad Autónoma, será necesario adoptar medidas especiales de autoprotección pasiva de la edificación o instalación frente a posibles fuentes de ignición procedente de incendios forestales. c) Las infraestructuras de servicio a las edificaciones o instalaciones incluidas en zonas de alto riesgo (ZAR) de incendio, tendrán, según lo establecido en el artículo 48.6 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, servidumbre de uso para su utilización por los servicios de prevención y extinción de incendios. A estos efectos las pistas que se realicen habrán de reunir las siguientes características: – ancho de la vía: de cinco metros en viales con dirección en dos sentidos, y a tres metros en viales de sentido único. Se establecerá en estas vías la debida señalización de acuerdo con las normas de tráfico. – radio mínimo de giro interior de las curvas: 5 metros. – gálibo de seguridad de poda de árboles: 5 metros. – pendiente de la vía: inferior al 12%, pudiendo llegar ocasionalmente al 20% como máximo. – zonas de cambio de sentido para cada kilómetro de vía, debiendo ser de 200 metros cuadrados y 8 metros mínimo de largo. d) Las urbanizaciones y edificaciones para uso industrial deberán disponer de una red perimetral de hidrantes según normativa específica o, al menos: – diámetro de la conducción de 100 mm. – caudal de 17 l/s. – presión mínima de 1 bar. e) En su defecto contará con tomas de agua (caudal de 12 l/s o de acuerdo con lo establecido reglamentariamente). f) Todos los sistemas de defensa contra incendios deberán estar adecuadamente señalizados, de acuerdo con la normativa en vigor».

(50) Lo que se establece al final del apartado 3.6 es lo siguiente: «Con carácter supletorio a la normativa que pueda establecer cada comunidad autónoma en el ámbito de sus competencias, los planes de autoprotección por incendio forestal de las nuevas instalaciones y edificaciones ubicadas en áreas de interfaz urbano-forestal, se atenderán a lo establecido en el Anexo II, y los lugares e instalaciones de acampada a lo establecido en el Anexo III».

sólo a nuevas instalaciones: como indica claramente el apartado 6.3 de la Directriz, son de aplicación a «*los lugares e instalaciones de acampada*», sin que se especifique que sean nuevos. Pero no resulta tan claro si la obligación de redacción y ejecución de planes de autodefensa es general. La lectura descontextualizada de las primeras frases de los Anexos II (51) y III (52) puede hacer pensar que en todos los supuestos de nuevas urbanizaciones y edificaciones que se vayan a realizar en el monte, o sean colindantes con éste o con «*zonas de influencia forestal*» (53), o en todos los lugares y zonas de acampada nuevos o ya existentes que se hallen en esa misma situación con respecto a los terrenos forestales, se deben cumplir las medidas descritas en tales Anexos. Ahora bien, esa interpretación es claramente contradicha por el apartado 3.6.1 de la Directriz, que señala que la elaboración (y se entiende también que ejecución) de los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal será responsabilidad del titular de las instalaciones o edificaciones, «*de conformidad con lo que se establezca por el órgano competente de la Comunidad Autónoma que corresponda*». Es decir, se encarga a las Comunidades Autónomas que concreten qué edificaciones o instalaciones han de disponer de plan de autoprotección, luego lo que se establece en los Anexos II y III son las medidas que han de contener necesariamente dichos planes, en el caso de que hayan de realizarse. Así pues, serán los planes autonómicos de emergencia por incendios forestales los que habrán de recoger los supuestos en que resulta obligatorio un plan de autoprotección, sin que se pueda entender que el Estado ha establecido esta obligación para todos los supuestos en que la urbanización o instalación se halle en la IUF. Sentada la obligatoriedad, la responsabilidad de la elaboración corresponderá a la persona titular de las edificaciones o instalaciones, y será en estos casos, en los que, a falta de una norma autonómica sobre el contenido, sea aplicable lo dispuesto en los Anexos II y III.

Son varias las Comunidades Autónomas que no han cumplido con la obligación de establecer con precisión los supuestos en que es obligatoria la

(51) «*Las nuevas instalaciones destinadas a explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales y las viviendas vinculadas a estas, así como las nuevas urbanizaciones y edificaciones para uso residencial, comercial, industrial o de servicios resultantes de la ejecución de planes de ordenación urbanística que afecten a zonas de monte o de influencia forestal, y que no tengan continuidad inmediata con la trama urbana y resulten colindantes con el monte o zonas de influencia forestal, deberán cumplir con las siguientes medidas:...*».

(52) «*Los lugares e instalaciones de acampada que no tengan continuidad inmediata con la trama urbana y resulten colindantes con el monte o zonas de influencia forestal, tendrán que cumplir [...] con las especificaciones siguientes:...*».

(53) Expresión aún más imprecisa, si cabe, que no define ni la Directriz Básica, ni la Ley básica de Montes. Sí hay legislaciones autonómicas que han usado y definido esta expresión, como luego veremos.

redacción de un plan de autoprotección, pudiendo considerarse una asignatura pendiente en la actualidad, lo que resulta especialmente relevante a la vista de su importancia en la época de alto riesgo de incendio.

5. Los deberes normativos que se establecen por la legislación estatal a las Comunidades Autónomas

Como se ha visto, tanto las disposiciones de la ley básica de montes como la Directriz básica de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales se remiten a la normativa autonómica, y esta última también a los planes que han de aprobar las Comunidades Autónomas. Por tanto, es la normativa autonómica la verdaderamente decisiva a la hora de establecer concretas obligaciones para la defensa de la IUF. Deben ser dichas Comunidades las que establezcan, como mínimo, los siguientes aspectos:

— En primer y fundamental lugar, la zonificación de su territorio desde el punto de vista de riesgo de incendio forestal, declarando las «zonas de alto riesgo» (aunque hay Comunidades que emplean otra denominación para este tipo de zonas). Dentro de estas zonas de alto riesgo, o a la vez que ellas, parece igualmente fundamental que se definan geográficamente con la mayor precisión posible las zonas de IUF, para lo cual se han propuesto distintos criterios y herramientas técnicas en la literatura científica (ARROYO et al., 2005; BARRADO, 2016; LAMPIN-MAILLET y BOUILLON, 2011; LAMPIN-MAILLET et al., 2010). Como señalan BADÍA, TULLA y VERA (2010: 3), «*la localización y extensión de estas ZIUF [Zonas de Interfaz Urbano-Forestal] debe ser el primer eslabón de las políticas preventivas*», entre otros motivos, añadimos, por mera seguridad jurídica y eficacia de las normas.

— En segundo lugar, y a partir de la definición geográfica anterior, determinar con toda precisión las urbanizaciones o instalaciones que concretamente requieran de un plan de autoprotección, pudiendo completar los contenidos mínimos previstos para dichos planes en la Directriz Básica estatal, o requerir otros que sean más exigentes. Además, la Comunidad habrá de establecer el procedimiento para la aprobación de los planes.

— Por otro lado, cabe que las Comunidades Autónomas (o incluso los Ayuntamientos en sus Ordenanzas) dicten medidas adicionales o complementarias a las previstas en el CTE sobre la IUF, o especifiquen la aplicabilidad del nuevo y reforzado deber de conservación de las edificaciones en condiciones de seguridad, en relación con los incendios forestales, o concreten en sus leyes de urbanismo la consideración del riesgo de incendio en los planeamientos, o legislen de alguna manera acerca de los problemas de orden práctico a los que nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo, en particular de los que se derivan de la titularidad de los terrenos.

Todo eso, además, refiriéndonos sólo a aquellos aspectos legislativos a que se refieren las normas estatales que ya hemos analizado. Pero hay que tener en cuenta, como ya hemos expresado, que a esos ámbitos además se sumarán los de otras competencias muy típicamente autonómicas, como las de turismo o espacios naturales protegidos, a las que hemos aludido en el apartado II.1 de este trabajo. Ello hace que la complejidad de esta materia resulte muy acusada, pero además, y como veremos, el examen de las normas autonómicas revela que la actuación de las distintas Comunidades Autónomas que han abordado este problema ha sido muy poco uniforme, lo cual crea obligaciones evidentemente muy diferentes para situaciones que son sustancialmente iguales, dependiendo de la región donde se ubique la edificación de que se trate.

V. ALGUNAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y AUTOPROTECCIÓN APLICABLES EN LA INTERFAZ URBANO-FORESTAL

Como ya hemos adelantado, no pretendemos hacer una exposición exhaustiva de la normativa de las diecisiete Comunidades Autónomas, pero sí examinar la solución que se ha dado en algunas de ellas, seleccionando varias que lo han abordado con perspectivas diferentes (muy heterogéneas, en realidad), y en particular las dos (Cataluña y Galicia) que lo han hecho más extensamente. Se analizará, siguiendo el orden alfabético, la normativa de Andalucía, Aragón, Cataluña y Galicia.

1. Andalucía

En Andalucía se dictó en 1999 la Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales, materia que hasta ese momento se había abordado por la Ley autonómica de montes (54). En su artículo 42 se establece la obligación de contar con Planes de Autoprotección para «*empresas, núcleos de población aislada, urbanizaciones, campings, e instalaciones o actividades ubicadas en Zonas de Peligro*». Dichos planes serán elaborados, «*con carácter obligatorio y bajo su responsabilidad, por los titulares, propietarios, asociaciones o entidades urbanísticas colaboradoras o representantes de núcleos de población aislada, urbanizaciones, campings, empresas e instalaciones o actividades ubicadas en Zonas de Peligro*» (art. 44.1), y su aprobación corresponde a las Entidades Locales (art. 44.3). En

(54) Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía.

el mismo sentido se pronuncia el Reglamento para la aplicación de la Ley, aprobado por Decreto 247/2001, de 13 de noviembre.

El vigente Plan de Emergencia por Incendios Forestales de Andalucía (55), aprobado por Decreto 371/2010, de 14 de septiembre, estableció en su Apéndice las Zonas de Peligro (56), que se refieren a términos municipales completos, o a zonas claramente identificadas mediante límites literales muy reconocibles, lo cual al menos da una gran seguridad jurídica sobre la zona geográfica de aplicabilidad de las normas. El apartado 4.5.2.2 del Plan detalla el contenido mínimo de los Planes de Autoprotección (57), incluyendo además las siguientes medidas en caso de edificaciones e instalaciones ubicadas en terrenos forestales y zonas de influencia forestal (58):

«— *Asegurar la existencia de una faja exterior de protección de 15 de metros de anchura mínima, libre de residuos, de matorral, y de vegetación herbácea, pudiéndose mantener la masa arbolada y arbustiva aclarada.*

— *Mantener limpios de vegetación seca los viales de titularidad privada, tanto los internos como los de acceso, así como las cunetas, en una anchura de 1 metro.*

— *Disponer de hidrantes ajustados a las prescripciones técnicas legalmente establecidas, conectados a la red de abastecimiento para suministrar agua a los vehículos de extinción en caso de incendio, debiendo tener fácil acceso a los vehículos autobomba y estar debidamente señalizados».*

Por su parte, el apartado 4.5.2.3 del Plan, bajo el título «Exigencia y aprobación», otorga la competencia a las autoridades locales para exigir la elaboración de los Planes de Autoprotección, aprobarlos y verificar su cumplimiento, y también contempla que deben integrarse en el Plan Local de Emergencias por incendios forestales.

2. Aragón

Analizaremos también el caso aragonés, en particular por la extensa referencia expresa que hace de la IUF dentro de su Plan Especial de Protección Civil en materia de incendios forestales, aunque —como veremos— esa cita extensa no se acaba traduciendo en medidas muy concretas.

(55) Sustituyó al aprobado por el Decreto 108/1995, de 2 de mayo.

(56) Luego modificadas por Decreto 160/2016, de 4 de octubre.

(57) La web de la Junta de Andalucía ofrece un modelo de plan de autoprotección.

(58) Estas zonas sí están definidas en la legislación andaluza: el artículo 3 de la Ley 5/1999, de 29 de junio, la define como «una franja circundante de los terrenos forestales que tendrá una anchura de 400 metros», si bien el Consejo de Gobierno podrá adecuar el ancho de la mencionada franja a las circunstancias específicas del terreno y de la vegetación. Esta anchura de 400 metros, que se halla en distintas normas autonómicas, está tomada del artículo 20.a) del Reglamento de incendios forestales de 1972.

El texto refundido de la Ley de Montes de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón) establece en su artículo 103.1 el deber del Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de medio ambiente de zonificar el territorio declarando las zonas de alto riesgo (art. 103.1), que se describen en términos muy parecidos a los de la legislación nacional. Esta zonificación se había dado en 2005 y en 2009 (59) mediante la designación como tales zonas de los terrenos forestales sitos en una serie de términos municipales completos, por lo cual ningún terreno urbano o agrícola podía hallarse dentro de esa declaración. En 2017 se ha aprobado una nueva zonificación, mediante una Orden (60) cuyo Anexo III («Memoria descriptiva de las zonas de alto riesgo»), tras hacer diversas consideraciones sobre la magnitud de los problemas de la IUF en la región (61), concluye señalando que *«lo que se ha recogido en la cartografía de Zonas de Alto Riesgo son las masas forestales colindantes con zonas de interfaz considerando las limitaciones de la escala del trabajo. Estas restricciones implican que no se han podido cartografiar los interfaces correspondientes a todas las construcciones que se encuentran en esta situación. Sí lo están al menos los núcleos de población y grupos de casas relevantes, dejando la labor de determinación del riesgo en grado de detalle en masas colindantes con elementos singulares a los Planes de Defensa que deben redactarse para las Zonas de Alto Riesgo de Incendio Forestal»*. Sin entrar en consideraciones

(59) Órdenes del Departamento de Medio Ambiente de 16 de agosto de 2005 y de 13 de abril de 2009.

(60) Orden DRS/1521/2017, de 17 de julio, del Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad.

(61) Afirma que *«en líneas generales el problema del interfaz urbano-forestal en Aragón es menor que en otras regiones por la menor exposición de las construcciones al fuego. Además el modelo de urbanización compacta y los materiales de construcción tradicionales basados en materiales incombustibles como la piedra y la teja hacen poco vulnerables al fuego los núcleos consolidados»*, pero a continuación señala que *«esta situación general presenta sin embargo una tendencia a invertirse debido a un cambio en el modelo de urbanismo y al abandono del aprovechamiento y de las labores de mantenimiento del combustible en múltiples terrenos marginales del entorno de los núcleos. Esta situación se presenta sobre todo en zonas forestales deprimidas como el Prepirineo y algunas zonas del Ibérico turolense y zaragozano. Además se han construido o recuperado múltiples viviendas rodeadas de masa forestal, muchas veces además con zonas ajardinadas en su interior con profusión de combustibles peligrosos como los setos. [...] Si bien no tienen la magnitud de lo que ocurre en otras zonas de España como zonas costeras o zonas interiores de las comunidades autónomas de Madrid, Cataluña o Valencia o los archipiélagos, sí que localmente es importante en zonas como el Matarraña, Maestrazgo, Mijares, Bajo Ebro forestal, Somontano Sur y algunas zonas del Prepirineo oriental, donde se ha[n] recuperado masías, mases, barrios y bordas en entornos de alta peligrosidad por incendio forestal. De manera más puntual aparecen otras viviendas y urbanizaciones de nueva construcción distribuidas por el resto de la geografía: Moncayo, Ibérico, Muelas del Ebro...»*

acerca de la insuficiencia de detalle que confiesa la Memoria (62), lo que jurídicamente conviene subrayar es que cuando la Orden aprobatoria (en su apartado Primero), describe entre las zonas de alto riesgo las de «Tipo 1», «situadas en entornos de interfaz urbano-forestal», se está refiriendo solamente a terrenos forestales, no a los urbanizados donde deberían realizarse los trabajos preventivos: es decir, y como pasaba en las delimitaciones de 2005 y de 2009, ninguna urbanización o núcleo urbano se hallaría, en rigor, dentro de las zonas de alto riesgo, sino que lindaría con ellas.

En cuanto a la planificación de protección civil en materia de incendios forestales, en 2018 se ha aprobado, por Decreto 167/2018, de 9 de octubre, del Gobierno de Aragón, un nuevo Plan Especial de Protección Civil de Emergencias por incendios forestales (PROCINFO) (63) que se refiere a la IUF en varias ocasiones. En primer lugar, el apartado 1.2 incluye, entre las funciones básicas del PROCINFO, la de «zonificar el territorio en función del riesgo y las previsibles consecuencias de los incendios forestales, incluyendo las zonas de interfaz urbano-forestal y las zonas de alto valor medioambiental», sin duda por la obligación legal que le establece el apartado 3.3.2 de la Directriz básica, antes reseñado. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto por el citado artículo 103.1 de la Ley de Montes de Aragón, no parece que en la Comunidad Autónoma de Aragón esa función corresponda al PROCINFO, sino al Departamento del Gobierno de Aragón competente en materia de medio ambiente. De hecho, la zonificación que el PROCINFO recoge en su apartado 3.2 y su Anexo IV es exactamente la misma que había sido establecida en 2017 por dicho Departamento (y por tanto, con las mismas limitaciones ya expuestas).

También su apartado 3.2 establece que en las zonas de alto riesgo «podrán ser reguladas con carácter general las limitaciones al emplazamiento de nuevas construcciones e infraestructuras, así como las medidas de seguridad que deberán mantener las ya existentes y el desarrollo de determinadas actividades para protegerse ante incendios forestales. Dicha regulación se realizará mediante Orden conjunta de los Consejeros competentes en materia de protección civil y medio ambiente, así como por Orden de cada uno de éstos, en función del objeto del desarrollo». Por tanto, el PROCINFO no hace ninguna nueva regulación sobre esa materia, sino que encarga su futura redacción. Pero mientras se aprueba, el Plan añade que «las nuevas instalaciones y edificaciones ubicadas en zonas de alto riesgo [...] se atenderán, al margen de las medidas que se exijan como resultado de los procesos de evaluación de impacto ambiental

(62) Y que justifica que la propia Orden aprobatoria disponga en su apartado Primero que las zonas de IUF han de ser «completadas con otras construcciones y viviendas aisladas o en pequeños grupos delimitadas en los Planes de Defensa de incendios forestales».

(63) Es el tercero en Aragón, tras los aprobados por Decreto 226/1995, de 17 de agosto y por Decreto 118/2011, de 31 de mayo.

que procedan, a las condiciones mínimas establecidas en el Anexo II del Real Decreto 893/2013, de 15 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil de emergencia por incendios forestales, y los lugares e instalaciones de acampada a lo establecido en el Anexo III del mismo y a lo contenido en este Plan. Esta regulación será supletoria a la que figure en los documentos de planificación que se aprueben según lo indicado en el capítulo 8 de este Plan (64) y en los Planes de Defensa de incendios forestales aprobados en base a la Ley 43/2003 y Ley 15/2006 (65)». Procede subrayar que, cuando el PROCINFO, al mencionar los Anexos II y III de la Directriz básica, añade la referencia a «lo contenido en este Plan», cabe entender que se refiere (aun cuando no lo exprese) a sus propios Anexos IX (titulado «Especificaciones relativas a los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal de las nuevas edificaciones o instalaciones ubicadas en áreas de interfaz urbano-forestal») y X (titulado «Especificaciones relativas a los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal de las instalaciones de acampada»). De cualquier manera, los Anexos IX y X del PROCINFO son sólo copias casi exactamente literales (66) de los Anexos II y III de la Directriz básica, hasta el extremo de ambos hablan incluso de las zonas de alto riesgo «declaradas por cada Comunidad Autónoma».

Aparentemente, por tanto, el PROCINFO habría cumplido el encargo hecho a la Comunidad Autónoma por el legislador nacional de determinar qué instalaciones han de cumplir los Anexos II y III de la Directriz básica: «las nuevas instalaciones y edificaciones ubicadas en zonas de alto riesgo» y «los lugares e instalaciones de acampada» (es de entender que también sitios en las zonas de alto riesgo). No obstante, y mientras las zonas de alto riesgo en Aragón sigan incluyendo sólo terrenos forestales, ni la futura regulación encargada por el PROCINFO, ni la remisión a los anexos de la Directriz, tendrían eficacia sobre terrenos urbanizados, que quedan fuera de las zonas de alto riesgo. Podrían afectar, en todo caso, a las nuevas urbanizaciones y a las zonas de acampada (nuevas o preexistentes) que se instalen sobre terrenos actualmente forestales.

Quizá más potencialidad para promover actuaciones en terrenos urbanos podría tener lo previsto en el apartado 8.1.3 del Plan, que incluye entre las

(64) Es decir, los planes de actuación de ámbito local y los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal.

(65) Llama la atención que el PROCINFO aprobado en 2018 siga haciendo referencia a la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, que fue expresamente derogada por el Decreto Legislativo 1/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón.

(66) El Anexo X es una copia literal, y el Anexo IX sólo se diferencia en que comete un error, al rotular dos apartados con la letra «c», designando por tanto con las letras d) y e) a los siguientes, que en la Directriz estatal son e) y f).

funciones básicas de los planes de actuación de ámbito local la de «poner en marcha medidas de autoprotección de los núcleos urbanos y edificaciones, encaminadas a evitar el riesgo de interfaz urbano-forestal, a través de la creación y mantenimiento de franjas perimetrales y de las infraestructuras de lucha contra incendios forestales necesarias», puesto que tales planes tienen como ámbito territorial el de todo el municipio. Sin embargo, el PROCINFO no establece qué términos municipales han de contar con estos planes, puesto que su apartado 8.1 difiere esta determinación a una decisión conjunta de «los Departamentos competentes en materia de incendios forestales y protección civil», que «una vez definidas las Zonas de Alto Riesgo» (definición que se había dado un año antes de la aprobación del PROCINFO), «determinarán reglamentariamente y en función del riesgo por incendios forestales, los municipios o comarcas que deberán disponer de un plan de actuación de ámbito local de emergencia por incendios forestales. Tendrán especial consideración aquellos municipios cuyo término municipal esté incluido, al menos, un 50% de su superficie en las Zonas de Alto Riesgo Tipo 2 y 3» (es decir, sin incluir las zonas forestales en IUF, que son de Tipo 1).

Dicha indefinición afecta también a la obligación de redactar los planes de autoprotección por riesgo de incendio forestal (cuyos contenidos mínimos en el PROCINFO son, paradójicamente, menos detallados que en la Directriz básica nacional), puesto que el apartado 8.2.4 del Plan aragonés sólo establece que «deberán elaborar un Plan de Autoprotección por incendios forestales los centros, establecimientos y dependencias sujetos a la Norma Básica de Autoprotección y que se encuentren en la zona de interface (67) [sic] urbano forestal o de influencia forestal y aquellas que el Gobierno de Aragón determine en el desarrollo de sus competencias de regulación de los Planes de Autoprotección o como desarrollo reglamentario de este Plan Especial». Ahora bien, y de nuevo, hemos de recordar que la única delimitación de la interfaz hecha por la Comunidad de Aragón son las zonas «Tipo 1» definidas en la Orden DRS/1521/2017, de 17 de julio, que se limitan a los terrenos forestales, en los que no se encontrarán por tanto muchos centros, establecimientos ni dependencias. Los sitios en terrenos urbanos estarán pendientes de ese desarrollo «reglamentario» de los planes de autoprotección, que expresamente se encarga al Consejo de Gobierno de Aragón. Por otra parte,

(67) No es la única vez que el PROCINFO utiliza la expresión «interface», ya que su apartado 1.3 también habla de «las zonas de interface urbano/industrial-forestal y agrícola-forestal». Como veremos luego, aparece también en la legislación gallega. Es una expresión incorrecta, ya que la palabra «interface» no existe en español, sino sólo en inglés. Por otra parte, el propio glosario de términos del PROCINFO (Anexo II), incluye el de «Interfaz urbano-forestal», aunque la definición que recoge es simplemente la exacta repetición de la ya dada previamente tanto en la Directriz básica de incendios forestales de 2013 como en el Plan Estatal de Protección Civil para Emergencias por Incendios Forestales de 2014.

nada dice el Plan de la administración responsable de aprobar estos planes, ni de su tramitación o vigencia (68).

Por último, procede recordar que el artículo 104.2 del texto refundido de la Ley de Montes de Aragón también prevé que *«de conformidad con la legislación básica estatal, el Gobierno de Aragón regulará el ejercicio de actividades que puedan dar lugar a riesgo de incendio, estableciendo normas de seguridad y condiciones especiales de uso, conservación o mejora, aplicables, con carácter general, a instalaciones o infraestructuras de cualquier naturaleza que afecten a los montes o a sus áreas colindantes»*. Pero esta habilitación tampoco ha sido usada por el Gobierno de Aragón, a pesar de que se le reclamó ya hace años (69).

3. Cataluña

Fue Cataluña la primera Comunidad Autónoma que abordó el problema de la IUF de manera específica, lo que no es de extrañar habida cuenta que es una de las regiones de España que tiene una urbanización más dispersa (MUÑOZ, 2010), lo que explica que los incendios forestales causen daños a edificaciones con mucha más frecuencia que en otras partes del territorio nacional (70). Ya en 1987 se dictó el Decreto 72/1987, de 4 de marzo, por el que se establecen medidas de prevención de incendios forestales, cuyo artículo 4 creaba el deber de las *«urbanizaciones situadas en zonas forestales»* de

(68) De hecho, las alegaciones presentadas en agosto de 2017 por el Colegio Oficial de Ingenieros de Montes en Aragón durante el trámite de información pública del proyecto de PROCINFO, expresamente reclamaban remediar esta indefinición: *«En particular, cree este Colegio que el PROCINFO debe identificar aquellas instalaciones o edificaciones obligadas a contar con Planes de Autoprotección, así como los términos municipales que deban contar con Planes de ámbito local, concretando los límites precisos de distancia o de características, y vinculándolo a la declaración de las zonas de alto riesgo, como hace la Ley [de Montes de Aragón]. Igualmente deberían concretarse: el plazo en que debe disponerse Planes de Autoprotección o de ámbito local, el procedimiento de tramitación, su vigencia, su difusión, sus revisiones, los efectos de no disponer de dichos Planes, etc.»* El Gobierno de Aragón no aceptó esta alegación, que entendemos muy razonable.

(69) En 2010, el «Informe sobre aspectos básicos de la prevención y extinción de los incendios forestales y sobre la restauración de terrenos incendiados en la Comunidad Autónoma de Aragón», que fue presentado por el Colegio Oficial de Ingenieros de Montes ante el Justicia de Aragón (COLEGIO DE INGENIEROS DE MONTES EN ARAGÓN, 2010), incluía entre sus recomendaciones más urgentes la de *«aprobar el Decreto de actividades e instalaciones de riesgo de incendio»* y la de *«integrar de un modo capital el riesgo de incendios forestales en todos los documentos planificadores de actividades en el mundo rural»*.

(70) BADÍA, TULLA y VERA (2010: 1) mencionan, como ejemplos de incendios que causaron en Cataluña serios daños en zonas urbanas y edificios, los de Sant Llorenç Savall (2003), Maçanet de la Selva (2006), Mont-roig del Camp (2007) y Horta de Sant Joan (2009).

mantener limpias de vegetación los viales, zonas de acceso, cunetas y «*todas las parcelas perimetrales*». Esta obligación fue luego recogida de manera idéntica por el Decreto 63/1988, de 28 de marzo, la norma que sustituyó y derogó al Decreto 72/1987. Posteriormente, el Decreto 64/1995, de 7 de marzo, que sustituyó y derogó al de 1988, ya no se refería a las urbanizaciones situadas «en zonas forestales», sino, con bastante más concreción, a las que no tuvieran una continuidad inmediata con la trama urbana y a la vez estuvieran situadas a menos de quinientos metros de terrenos forestales (art. 2). Para ellas se establecían más medidas concretas de prevención, incluyendo la elaboración de un plan de autoprotección. Además, en su anexo se listaban las zonas que se declaraban como de «alto riesgo de incendio», en cumplimiento de lo dispuesto por la legislación básica de montes.

Esta regulación se amplió, y alcanzó rango de Ley autonómica, en 2003, cuando fue promulgada la Ley 5/2003, de 22 de abril, de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana, y que es aún hoy la única Ley específica en España sobre el problema de la IUF. En principio, tal Ley se refería solamente a las urbanizaciones que no tuvieran una continuidad inmediata con la trama urbana y que estuvieran situadas a menos de quinientos metros de terrenos forestales, así como a las edificaciones e instalaciones aisladas situadas en terrenos forestales, pero excluyendo expresamente, en este último supuesto, las destinadas a explotaciones agrícolas y ganaderas y sus viviendas anexas, e implícitamente (al no ser mencionados) los núcleos de población distintos de las urbanizaciones. Sin embargo, el artículo 179 de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, amplió el ámbito de aplicación incluyendo también a todos los núcleos de población y a todas las edificaciones y las instalaciones situados en terrenos forestales o en la franja de quinientos metros que los rodea (71). El desarrollo de esta Ley se llevó a cabo por el Decreto 123/2005, de 14 de junio, de medidas de prevención de incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana.

Obsérvese que en esta Comunidad Autónoma, a diferencia de otras, la obligación de adoptar medidas preventivas no se vincula a la relación de las

(71) Esta ampliación motivó que también se cambiara el título de la norma, que pasó a ser el de «Ley de medidas de prevención de los incendios forestales en las urbanizaciones, los núcleos de población, las edificaciones y las instalaciones situados en terrenos forestales». La Ley 5/2003, de 22 de abril, también fue objeto de una pequeña reforma adicional por el artículo 204 de la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono.

edificaciones con las zonas de alto riesgo de incendio, sino a su distancia con respecto a cualquier terreno forestal. La «vocatio legis» se comprende bien, pero la aplicación práctica estricta de este criterio causaría que, con mucha probabilidad, todas las edificaciones situadas en el medio rural se vieran afectadas, habida cuenta de que es muy difícil que en suelo rústico una edificación no se halle a menos de 500 metros de una superficie que, por pequeña que sea, tenga la consideración de terreno forestal por presentar especies vegetales no agrícolas (recuérdese la amplísima definición de «monte o terreno forestal» contenido en el artículo 5 de la LMT (72), y que hemos glosado en el apartado I.1 de este trabajo). No obstante, la Ley 5/2003, de 22 de abril, especifica en su artículo 2 que son los Ayuntamientos los que deben determinar (73), mediante un plano de delimitación, las urbanizaciones, los núcleos de población, las edificaciones y las instalaciones afectadas por la ley, mediante un procedimiento que se ha regulado reglamentariamente (74), y que concluye en una aprobación por el pleno del Ayuntamiento y en la remisión del plan aprobado al Departamento competente de la Generalidad de Cataluña. Par facilitar esta tarea de delimitación, el Decreto 123/2005, de 14 de junio, define en su artículo 3.a) lo que debe entenderse, a los efectos de la Ley, como «urbanización» (75).

Se trata, por tanto, de una determinación muy exacta y garantista de las instalaciones y núcleos de edificación obligados, con lo que se cumple la primera condición básica que hemos señalado antes para la legislación autonómica en materia de IUF. A mayor abundamiento, la Disposición transitoria única del Decreto 123/2005, de 14 de junio, estableció plazos concretos (y muy exigentes, por cierto (76)), para la presentación de los planos de delimitación ante la administración forestal autonómica.

(72) Y que es bastante pacífica con la que contiene el artículo 2 de la Ley 6/1988, de 30 de marzo, Forestal de Cataluña, al que remite el artículo 2.3 de la Ley 5/2003, de 22 de abril.

(73) Ahora bien, pueden acordar con entes supramunicipales (como las Diputaciones Provinciales o las comarcas) y con la Administración de la Generalidad los mecanismos de apoyo necesarios para la elaboración del plano de delimitación, según el artículo 2.2 de la Ley.

(74) En el artículo 4.5 del Decreto 123/2005, de 14 de junio. Dicho procedimiento incluye la información pública, pero omite la audiencia a los identificados como interesados, que estimamos no es omisible, a la luz del artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

(75) «Agregado de parcelas y edificaciones destinadas a la vivienda emplazada de manera no conexas con el núcleo urbano primigenio e histórico».

(76) De entre tres y nueve meses desde la entrada en vigor del Decreto, dependiendo de la población del municipio.

Las obligaciones concretas para las urbanizaciones, los núcleos de población, las edificaciones y las instalaciones a que se refiere la Ley 5/2003, de 22 de abril, se listan en el artículo 3 de ésta:

a) Asegurar la existencia de una franja exterior de protección de al menos veinticinco metros de anchura a su alrededor, libre de vegetación seca y con la masa arbórea aclarada que cumpla las características que se establezcan por reglamento.

b) Mantener el terreno de todas las parcelas y zonas verdes interiores a la franja de protección en las mismas condiciones que se establezcan para las franjas de protección.

c) Elaborar un plan de autoprotección contra incendios forestales que debe incorporarse al plan de actuación municipal, de acuerdo con el Plan de protección civil de emergencias para incendios forestales en Cataluña (Infocat), según lo establecido en la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de protección civil de Cataluña.

d) Disponer de una red de hidrantes homologados para la extinción de incendios que cumpla las características establecidas por decreto.

e) Mantener limpios de vegetación seca los viales de titularidad privada, tanto los internos como los de acceso, y las cunetas».

En cuanto a la determinación de los sujetos obligados, el artículo 4 de la Ley establece que las obligaciones corresponden a los propietarios; en el caso de las urbanizaciones, a las comunidades de propietarios o entidad urbanística colaboradora, aunque si éstas no se han constituido, corresponden a los propietarios solidariamente; y en el caso de proyectos de nuevas urbanizaciones, al promotor. Como excepción, se señala que corresponden al Ayuntamiento las tareas de limpieza de los viales y los caminos internos y de acceso a la urbanización, salvedad que se aclara que debe entenderse de acuerdo con lo establecido en la legislación de régimen local, y por tanto referirse a aquellos de dichos viales que sean de dominio público, excluyendo a los de propiedad privada. No obstante, y de acuerdo con dicho precepto, hay determinadas obligaciones (en concreto, los trabajos de limpieza a los que se refieren las letras a), b) y e) del artículo 3.1 antes citado) que, si no son realizadas por los sujetos obligados, han de ser ejecutados subsidiariamente por el Ayuntamiento, el cual puede establecer la tasa para la prestación de estos servicios de acuerdo con la normativa reguladora de las haciendas locales. Con esta iniciativa, la Ley catalana es la única en España que transforma lo que en el resto de normativa dictada es una obligación de hacer en una obligación de pagar, ejecutable por la vía de apremio.

El Decreto 123/2005, de 14 de junio, también incluyó otras importantes concreciones de las medidas previstas en la Ley: el contenido mínimo de los planes de autoprotección contra incendios forestales (Anexo 1); las características que debe cumplir la franja exterior de protección (Anexo 2; que según el artículo 7 del Decreto es también aplicable a las parcelas interiores de la urbanización); los criterios para la ejecución de las actuaciones de tratamiento

de vegetación (Anexo 3); el tratamiento de los residuos de la poda y limpieza (artículo 10), etc. Puede señalarse también que existe una línea de subvenciones para el cumplimiento de las medidas de tratamiento de la vegetación establecidas en la Ley (77); y que la Diputación Provincial de Barcelona, en el ejercicio de sus competencias en materia de protección civil supramunicipal, cuenta con un específico «Plan de prevención y evacuación en urbanizaciones» (AGUILERA, 2015: 107-108).

A la vista de lo anterior, no cabe duda de que la legislación catalana ha avanzado notablemente en el tratamiento normativo específico de la IUF. Aun así, cabe señalar algunos problemas de orden práctico que a nuestro juicio persisten en la normativa autonómica de esta Comunidad. En primer lugar, los que señalan NAVALÓN y XIOL (2009: 165): que los órganos de gestión de las urbanizaciones (que son, de hecho, los primeros obligados), ni existen en todos los casos (lo cual deriva la obligación a una multitud de propietarios muy difícil de coordinar), ni cuando existen tienen la capacidad de cumplir todas las obligaciones de la Ley; y que el reconocimiento de las competencias del Ayuntamiento en cuanto a la ejecución no resulta clara (sólo subsidiaria ante incumplimientos previos, y limitada a ciertos aspectos, no a todos) (78). A ellos añadimos nosotros que la Ley prevé actuaciones que deben hacerse en los terrenos forestales colindantes a la urbanización, y por tanto de distinta propiedad, lo que conlleva todos los problemas que ya hemos señalado en el apartado II.2 de este trabajo, a los cuales la Ley da soluciones que no están exentas de dificultades prácticas. Así, aunque el artículo 6.1 de la Ley constituye una servidumbre forzosa sobre los terrenos afectados que no pertenecen a la urbanización para el acceso y la realización de los trabajos necesarios (79), evidentemente el artículo 6.3 ha de reconocer el derecho de los propietarios afectados a una indemnización a cargo de los sujetos obligados, que consiste en el valor total de la parte afectada de la finca sirviente y la compensación por los perjuicios que el paso pueda ocasionar, indemnización cuya concreta determinación parece bastante conflictiva entre personas de derecho privado. Y por otra parte, debe hacerse notar que esa servidumbre de acceso se limita

(77) Cuyas bases reguladoras fueron aprobadas por la Orden ARP/279/2016, de 17 de octubre.

(78) Estos autores también señalan como problema práctico que puede haber ejecuciones de obra que no se ajusten a lo previsto legalmente, pero hay que recordar que la Ley cuenta con un régimen sancionador propio (arts. 9 al 15), que castiga la inobservancia concreta de cada una de las obligaciones instauradas.

(79) En todo lo no previsto en la Ley 5/2003, de 22 de abril, es aplicable a la servidumbre el régimen establecido en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que sustituyó y derogó a la previa Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria o preferente.

a los terrenos afectados por la franja de protección, y no a los demás que se puedan precisar para llegar a esa franja pero estén fuera de ella, sobre los cuales el Decreto de desarrollo se limita a señalar en su artículo 6.4, que «*en el supuesto de que se tenga que pasar por las fincas vecinas, la afectación debe ser la mínima posible y tomando en consideración las indicaciones del/ de la propietario/a*», lo cual obvia que el propietario no sólo tiene derecho a dar «indicaciones», que deban ser «tomadas en consideración» sino que no tiene obligación legal alguna de permitir el paso por su finca, que por tanto puede prohibir sin más.

4. Galicia

Por último, se analizará la normativa de Galicia, otra de las Comunidades Autónomas en la que con más frecuencia se producen daños en edificaciones y núcleos de población a causa de los incendios forestales, tanto por el elevado número de incendios que padece (80) como por su peculiar paisaje rural, cuya altísima densidad de ocupación del espacio llama la atención de manera evidente y poderosa: «*Miremos donde miremos es difícil no encontrar alguna casa, un pequeño conjunto de casas o una aldea, comunicadas entre sí a través de pequeños y numerosos caminos [...] en Galicia se encuentran la mitad de todos los núcleos de población de España, o dicho de otro modo, en Galicia hay el mismo número de núcleos de población que en todo el resto de España*» (SÁNCHEZ PARDO, 2008: 318).

La primera normativa específica en Galicia sobre la IUF se dictó en 2005, mediante el Decreto 21/2005, de 20 de enero, de prevención de incendios y regulación de aprovechamientos forestales, si bien sobre la materia que nos ocupa se limitó a regular las fajas perimetrales de instalaciones especialmente peligrosas, como gasolineras o almacenes pirotécnicos. Este Decreto de 2005 fue derogado y sustituido por el Decreto 105/2006, de 22 de junio, por el que se regulaban las medidas relativas a la prevención de incendios forestales, a la protección de los asentamientos en el medio rural y a la regulación de aprovechamientos y repoblaciones forestales, en el cual ya halló la IUF un acomodo más extenso, especialmente en su artículo 21 (fajas de especial protección). No obstante, procede señalar que, aunque este Decreto está aún vigente en lo que no contradiga a la legislación que se ha dictado posteriormente (81), precisamente esta salvedad causa que una parte importante de sus

(80) Galicia sufrió el 42,29% de todos los incendios forestales que hubo en España en el período 2001-2010 (MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, 2012: 48).

(81) En virtud de la Disposición transitoria segunda de la Ley 3/2007, de 9 de abril, a la que enseguida nos referiremos.

disposiciones hayan quedado derogadas implícitamente, al ser más exigentes que las dispuestas por dicha legislación posterior.

Esta legislación posterior a 2006 nace de la Ley gallega específica sobre Ley de incendios forestales: la Ley 3/2007, de 9 de abril, de prevención y defensa contra los incendios forestales de Galicia (82). En relación con las nuevas urbanizaciones, edificaciones e instalaciones que resulten colindantes con monte o con zonas de influencia forestal (83) y no tengan continuidad inmediata con la trama urbana, su artículo 23 les obliga a cumplir con las siguientes medidas de prevención:

«a) Asegurar la existencia de una faja perimetral de protección para la gestión de la biomasa y retirada de especies de 50 metros de ancho, alrededor de la urbanización, edificación o instalación, computada desde el límite exterior de la edificación o instalación destinada a las personas, libre de vegetación seca y con la masa arbórea aclarada, que en ningún caso contendrá especies de la disposición adicional tercera, conforme a los criterios que se establecerán mediante orden de la consejería competente en materia forestal (84).

b) En las zonas de alto riesgo de incendio será necesario adoptar medidas especiales de autoprotección pasiva de la edificación o de la instalación frente a posibles fuentes de ignición procedente de incendios forestales.

c) En el caso de urbanizaciones y edificaciones para uso industrial, deberán disponer de manera perimetral de una red de hidrantes homologados para la extinción de incendios o, en su defecto, de tomas de agua, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente.

d) Presentar ante la Administración municipal un proyecto técnico de prevención y defensa contra incendios forestales que garantice el cumplimiento de lo que establece esta ley y la normativa que la desarrolle, así como el cumplimiento del plan municipal de prevención y defensa contra incendios forestales, en su caso».

Esta obligación, que en el texto vigente se refiere sólo a las nuevas urbanizaciones e instalaciones, se hallaba en el texto original de la Ley instituida

(82) Esta Ley ha sufrido distintas modificaciones por la Ley 1/2010, de 11 de febrero, la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, la Ley 7/2012, de 28 de junio, la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, y la Ley 9/2017, de 26 de diciembre. Estas modificaciones han sido a veces contradictorias: si en el texto original de la Ley la faja de protección debía ser de 50 metros de ancho, en la reforma de 2012 pasaba ser de 30 metros con una franja adicional de otros 20 en la que los dueños del terreno eran los responsables de la gestión de la biomasa, y en la reforma de 2017 (hecha tras los grandes incendios sufridos en esa Comunidad en ese mismo año) se volvía a establecer en 50 metros.

(83) Como en la legislación andaluza y en el Reglamento de incendios de 1972, estas «zonas de influencia» se identifican en el artículo 2.13 de la Ley gallega con una franja circundante de los terrenos forestales con un ancho de 400 metros, si bien excluyendo el suelo urbano, de núcleo rural y urbanizable.

(84) Dicha Orden fue la de 31 de julio de 2007, de la Consellería del Medio Rural, a la que luego nos referiremos al hablar de la Red de fajas de gestión de biomasa.

con carácter general para todas las instalaciones sitas en las zonas de alto riesgo, y para las urbanizaciones sitas en las zonas de influencia forestal. La reforma legal practicada en 2012 reformó este precepto para limitar su ámbito de aplicación.

Como novedad con respecto a las demás legislaciones autonómicas, destaca sobremanera en este artículo y otros de la Ley la medida de designar unas especies vegetales prohibidas dentro de las fajas perimetrales. Esta medida es, a nuestro juicio, carente de rigor. No son las especies las que determinan el peligro de los combustibles forestales, sino las estructuras de vegetación, que se concretan en los llamados «modelos de combustible» (VÉLEZ, 2000b), relacionados con la biomasa disponible para arder y con su estructura espacial, y no con la especie en cuestión. De hecho, algunas de las especies que cita la ley gallega como prohibidas tienen una inflamabilidad o combustibilidad muy similar, o incluso menor, a la de especies de frondosas autóctonas como el roble o el castaño (HERNANDO, 2009), y su presencia en la Ley más parece responder a prejuicios y tópicos erróneos muy difundidos en la sociedad (85) que a un criterio técnico. Mucho más acertado parece el criterio seguido por el Decreto catalán 123/2005, de 14 de junio catalán, que antes hemos citado, cuyo Anexo 2 prefiere listar especies a mantener o potenciar en las áreas de actuación, dentro de un modelo de combustible determinado, en lugar de señalar «especies prohibidas».

En cuanto a las urbanizaciones y edificaciones ya existentes, hay que partir de la base de que la Ley establece, como un concepto clave, el de la «Red de fajas de gestión de biomasa», que se define en el artículo 2.15 como «el conjunto de parcelas lineales del territorio estratégicamente ubicadas, donde se garantiza el control y la eliminación total o parcial de la biomasa forestal, mediante técnicas silvícolas (86) idóneas, con el objetivo principal de reducir el riesgo de incendio». El artículo 20 de la Ley clasifica estas redes en primarias, secundarias y terciarias, correspondiendo a la IUF, claramente, las secundarias, que «poseen la función prioritaria de protección de los núcleos poblacionales, las infraestructuras, los equipamientos sociales, las zonas edificadas, los parques y los polígonos industriales». Por fin, el artículo 21 de la Ley es el que regula estas fajas secundarias, para las cuales establece una anchura

(85) Es muy interesante el estudio que hace ALONSO (2012) sobre la «mala prensa» de los eucaliptos, que la tienen en casi todos los sentidos (también el de los incendios forestales), y que sin embargo está basada en una densa red de mitos, prejuicios e inexactitudes, tejida durante decenios, pero que resulta ser desmentida por los estudios científicos.

(86) No nos resistimos a anotar que, aunque en las normas jurídicas va siendo frecuente el uso de los términos «silvicultura» y «silvícolas» —que ciertamente están recogidos como correctos en el diccionario de la RAE y tienen sentido etimológico—, los términos históricamente asentados en nuestro país, y desde luego preferidos en la Ingeniería de Montes española, son los de «selvicultura» y «selvícolas», que son igualmente considerados como correctos por la RAE. Véase el completo estudio sobre esta materia de GONZÁLEZ DONCEL y GIL (2014).

de 50 metros, alrededor de: a) el suelo urbano, de núcleo rural y urbanizable; b) de las edificaciones, viviendas aisladas, urbanizaciones, depósitos de basura, cámpings, gasolineras y parques e instalaciones industriales situados a menos de 400 metros del monte; y c) de las edificaciones aisladas en suelo rústico situadas a más de 400 metros del monte. En dichas fajas, la Ley apenas dice nada de cuál ha de ser la gestión de la biomasa, excepto, precisamente, en lo que se refiere a la eliminación de las «especies arbóreas prohibidas», sobre la cual es taxativa en su artículo 21.2: «*con carácter general, en la misma franja de 50 metros mencionada en el número anterior no podrá haber árboles de las especies señaladas en la disposición adicional tercera*». Sobre los demás criterios de gestión de biomasa, los pospone hasta un desarrollo posterior, que se dio por la Orden de 31 de julio de 2007, de la Consellería del Medio Rural, que entre otros aspectos determina la altura máxima de la vegetación arbustiva y herbácea, en función de cobertura de suelo y su carga por hectárea que no será superior a los 2.000 metros cúbicos por hectárea, y que las copas de los árboles y los arbustos tendrán una distancia mínima de 10 metros de la edificación, sin que nunca se proyecten sobre el tejado.

Acerca de los sujetos obligados, el actual artículo 21ter.1 establece que, en las fajas secundarias definidas en el artículo 21, lo serán «*las personas físicas o jurídicas titulares del derecho de aprovechamiento sobre los terrenos forestales y los terrenos situados en las zonas de influencia forestal en que tengan sus derechos*», especificándose que, en el caso de las edificaciones o instalaciones que no cuenten con el preceptivo título habilitante urbanístico o que se hayan ejecutado incumpliendo las condiciones señaladas en aquel, la responsabilidad de la gestión de la biomasa vegetal corresponde a la persona propietaria de los terrenos edificados, que dispondrá de una servidumbre de paso forzosa para acceder a la faja establecida.

Por último, la Ley (art. 21.1) aparentemente pospone la concreta determinación de las instalaciones y edificaciones obligadas a adoptar estas medidas, hasta la aprobación de los correspondientes planes municipales de prevención y defensa contra los incendios forestales, planes que, de acuerdo con el artículo 16, han de ser elaborados obligatoriamente por los Ayuntamientos, y según el artículo 7, ser aprobados por ellos, aunque con previo informe vinculante y preceptivo de la dirección general competente en materia forestal de la Xunta de Galicia (87). Pero la Disposición transitoria tercera de la Ley aclara que,

(87) Aunque la estructura de los planes municipales de prevención y defensa contra incendios forestales debe ser establecida mediante orden de la consejería competente en materia forestal, dicho desarrollo no se ha producido, que sepamos. La Ley también prevé que los Ayuntamientos puedan aprobar ordenanzas de prevención de incendios concordantes con el objeto de la ley en suelo urbano, de núcleo rural y urbanizable situado a menos de 400 metros del monte.

mientras no se definan las redes secundarias en los planes municipales, «*serán de directa aplicación las obligaciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 21*». Este mandato tan taxativo no deja de presentar muchos problemas de aplicación práctica a causa de la amplitud de la definición legal de «monte», como los que ya hemos comentado al tratar de la normativa catalana.

Ahora bien, una vez establecidas las instalaciones y edificaciones afectadas por la obligación, el artículo 22 de la Ley establece un procedimiento para la gestión de la biomasa aparentemente sumarásimo:

— Las personas que resulten responsables procederán a la ejecución de la gestión de la biomasa en las fajas antes de que finalice el mes de mayo de cada año, a no ser que, por la extensión o especial dificultad de las labores, se precise una planificación anual de las actuaciones, que tendrá que ser aprobada por la Administración forestal.

— Si no lo hacen, la Administración pública competente (88) enviará a la persona responsable una comunicación en la que se le recordará su obligación y se le concederá para hacerlo un plazo máximo de quince días naturales. De no hacerlo, la Administración podrá proceder a la ejecución subsidiaria, especialmente respecto de la seguridad en las zonas de «*interface [sic] urbano-forestal*», sin perjuicio de la repercusión de los costes a la persona responsable.

— Podrán delimitarse, mediante decreto del Consejo de la Xunta de Galicia, zonas de actuación prioritaria y urgente, en las cuales el incumplimiento de las obligaciones habilitará a las administraciones competentes para proceder de manera inmediata a la ejecución subsidiaria. Adicionalmente, cuando concurren razones de grave riesgo para personas o bienes, las administraciones podrán delimitar, mediante resolución, en las fajas de su competencia, una o varias zonas como de actuación prioritaria y urgente, delimitación que ha de anunciarse previamente en el Diario Oficial con un apercibimiento de las consecuencias establecidas por la ley, y luego publicarse definitivamente, habilitando a proceder de manera inmediata a la ejecución subsidiaria.

— En los supuestos de ejecución subsidiaria, la persona responsable está obligada a facilitar los accesos necesarios a los sujetos que acometan los trabajos. En todo caso, la Administración y sus agentes y colaboradores podrán acceder a todo tipo de terrenos incluidos en las fajas, sin que sea preciso el consentimiento de su titular, salvo en el caso de los domicilios.

(88) De acuerdo con el artículo 22.7, la competencia para efectuar las comunicaciones y tramitar los procedimientos de ejecución subsidiaria regulados en dicho artículo corresponde a las entidades locales en los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21, así como en las fajas laterales de las redes viarias de su titularidad, y a la consejería competente en materia forestal en los demás casos. Véase también la Instrucción 1/2018, de 26 de abril, de la Consellería del Medio Rural, que establece los criterios de interpretación para la aplicación administrativa de las previsiones contenidas en la Ley 3/2007, de 9 de abril.

— El incumplimiento de las obligaciones que esta ley establece por parte de la persona propietaria del terreno implicará el incumplimiento de la función social de la propiedad y será causa de expropiación forzosa por interés social, en caso de que los costes acumulados de la ejecución subsidiaria que no pueda repercutir al obligado por desconocerse su identidad, superen el valor catastral de la parcela.

En esta misma línea de penalizar económicamente con dureza el incumplimiento de la Ley, una de las modificaciones más significativas de la Ley practicadas en 2017 fue la realizada en el artículo 48, al que se adicionó un apartado 9 para permitir la repercusión de los gastos de extinción a las personas que hubiesen incumplido las obligaciones de gestión de la biomasa vegetal o retirada de especies arbóreas que les impone la ley. Todo ello, sin perjuicio del propio régimen sancionador que la propia Ley posee.

La misma dureza de esta Ley ya nos avisa de la dificultad de su aplicación práctica, y más en el medio rural gallego, en el cual no sólo se da (como ya hemos dicho) una altísima densidad de ocupación del espacio, sino una fragmentación extrema de la propiedad, que alcanza con mucha frecuencia condiciones de minifundismo que son insólitas en casi todo el resto de España. La mera identificación de los sujetos obligados puede ser una labor muy compleja, a la que debieran añadirse después todas las derivadas de la ejecución subsidiaria, si es que procede. Y entre estas dificultades se hallaría la presupuestaria, puesto que, aun cuando supongamos que la Administración pueda recuperar (lo que en muchos casos es más que dudoso) los costes que le causen estas ejecuciones subsidiarias, no deja de estar obligada a consignar en sus presupuestos las cantidades precisas para los pagos de los trabajos, lo cual es difícil para todas las Administraciones, pero en especial para las locales (89).

VI. CONCLUSIONES

Como colofón de cuanto llevamos expuesto, podemos proponer las siguientes conclusiones:

1^ª) El término más correcto para definir en español la zona de encuentro entre los terrenos forestales y los urbanos es el de «interfaz urbano-forestal», con género femenino. A pesar de ello, en la legislación se hallan también expresiones como «interfase urbano-forestal» e incluso «interface urbano-forestal».

(89) Para tratar de resolver estas dificultades, el 9 de agosto de 2018 se firmó un Convenio de colaboración entre la Xunta de Galicia, la Empresa Pública de Servicios Agrarios Gallegos, S.A. (SEAGA), y la Federación Gallega de Municipios y Provincias (FEGAMP) para el establecimiento de un sistema público de gestión de la biomasa en las fajas secundarias.

2ª) A causa de la propia naturaleza de la interfaz urbano-forestal (IUF) como frontera o conexión entre dos sistemas, y de la dualidad que también afecta a los incendios forestales entre su consideración como emergencia y problema forestal, la regulación de la IUF está muy dispersa, en legislación de montes y de medio natural; de edificación, urbanismo y ordenación del territorio; de turismo; y de protección civil, siendo asimismo diversas las administraciones competentes. Como consecuencia, presenta solapamientos, contradicciones, ambigüedades y omisiones.

3ª) La distinta realidad jurídica de los terrenos que se enfrentan en la IUF alcanza también a su titularidad y su gestión, lo que causa, como problemas prácticos, los siguientes: la necesidad de lograr el consentimiento de un alto número de propietarios, que además pueden sentirse poco inclinados a afrontar la inversión económica necesaria para adoptar medidas preventivas; los propietarios forestales, si están obligados a cargar con dichos gastos, padecen cargas de las que se benefician básicamente los habitantes de las urbanizaciones; y las actuaciones que deban llevarse a cabo en terrenos cuya propiedad es desconocida obligan a ejecuciones subsidiarias, cuyos gastos son de muy difícil recuperación.

4ª) La resolución de los problemas que aquejan a la IUF precisa de la imposición por el legislador, sobre distintos propietarios, de una serie de obligaciones más o menos intensas, regulando el contenido de los derechos dominicales en relación con determinadas exigencias del interés general, lo cual supone indirectamente la alteración del estatuto jurídico de la propiedad, tanto de la forestal, como de la urbana. Precisa por ello normas con rango de ley, o habilitaciones contenidas en ellas.

5ª) Acerca de la legislación estatal sobre la IUF, cabe concluir lo que sigue:

5.1. Se ha dictado desde diferentes puntos de vista, con escasa coordinación, con poco cuidado en la terminología empleada, y con numerosos matices y salvedades en cuanto a su directa aplicabilidad. Desde el punto de vista del respeto a la reserva de ley, los planes de protección civil cuentan con clara habilitación legal, respaldada por la jurisprudencia constitucional, pero la legislación forestal nacional no cuenta con esa habilitación tan clara, lo que exige que los legisladores autonómicos dicten leyes previas expresas sobre la materia.

5.2. El Reglamento de incendios forestales de 1972, al que se podría acudir supletoriamente de no encontrarse una norma más específica, contempla la posibilidad de que se exija crear una faja de seguridad de 15 metros de anchura libre de vegetación a las edificaciones «en zona forestal», pero esa exigencia debiera ser expresa para cada caso. Por otra parte, la derogación expresa que ha sufrido su Ley habilitadora (la de incendios forestales de 1968) deja en duda su aplicabilidad.

5.3. La Ley básica de montes de 2003 no establece medidas aplicables en la IUF, sino que encarga a las Comunidades Autónomas establecerlas y declarar las zonas de alto riesgo de incendio, teniendo en cuenta entre otros aspectos la importancia de los valores amenazados por el previsible comportamiento del incendio.

5.4. El Documento Básico de Seguridad en caso de incendio del Código Técnico de la Edificación (CTE) exige el cumplimiento de una serie de condiciones en las zonas edificadas limítrofes o interiores a áreas forestales (franja de 25 m de anchura libre de vegetación separando la zona edificada de la forestal, y dos vías de acceso alternativas), pero es sólo aplicable a nuevas edificaciones e instalaciones. Estas normas se entienden sin perjuicio de las complementarias o más exigentes que puedan establecer las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

5.5. La legislación del suelo y rehabilitación urbana establece un deber de conservación en condiciones de seguridad, que permitirá a las Administraciones Públicas, si bien con ciertas limitaciones, obligar a los propietarios de edificaciones anteriores a las exigencias de los nuevos Códigos de edificación a adoptar medidas de seguridad. Asimismo obliga al planeamiento urbanístico a considerar en sus determinaciones la prevención de riesgos naturales.

5.6. Por último, la normativa sobre protección civil establece unas determinaciones muy específicas de los planes de autoprotección (incluyendo, en el caso de urbanizaciones y edificaciones, una franja perimetral de 30 metros de anchura en las urbanizaciones), pero son las Comunidades Autónomas las que deben establecer qué urbanizaciones o instalaciones en concreto requieren plan de autoprotección.

6ª) Es la normativa autonómica la verdaderamente decisiva a la hora de establecer concretas obligaciones para la defensa de la IUF, incluyendo, como mínimo, los siguientes aspectos:

a) En primer y fundamental lugar, la zonificación de su territorio desde el punto de vista de riesgo de incendio forestal, declarando las «zonas de alto riesgo». Dentro de estas zonas de alto riesgo, o a la vez que ellas, parece igualmente básico que se definan geográficamente con la mayor precisión posible las zonas de IUF.

b) A partir de la definición geográfica anterior, proceder a la determinación exacta de las urbanizaciones o instalaciones que concretamente requieran de plan de autoprotección, con posibilidad de completar los contenidos mínimos de esos planes con respecto a la norma estatal, o establecer unas exigencias mayores.

c) Adicionalmente, cabe que las Comunidades Autónomas dicten medidas adicionales o complementarias a las previstas en el CTE sobre la IUF, o

especificuen la aplicabilidad del nuevo y reforzado deber de conservación de las edificaciones en condiciones de seguridad, en relación con los incendios forestales, o concreten en sus leyes de urbanismo la consideración del riesgo de incendio en los planeamientos, o legislen de alguna manera acerca de los problemas de orden práctico a los que nos hemos ido refiriendo a lo largo de este trabajo, en particular de los que se derivan de la titularidad de los terrenos.

7º) Aun limitando nuestro análisis a la normativa de sólo cuatro Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Cataluña y Galicia), se aprecia que la actuación de las distintas Comunidades que han abordado la regulación de la IUF ha sido muy poco uniforme, lo cual crea obligaciones evidentemente muy diferentes para situaciones que son sustancialmente iguales, dependiendo de la región donde se ubique la edificación o instalación de que se trate.

8º) Aun en las normativas autonómicas más detalladas sobre la IUF (que son, de las analizadas, la gallega y la catalana), se detectan no pocos problemas prácticos para su aplicación, como el establecimiento de las indemnizaciones a favor de las personas que deben soportar cargas en sus terrenos por la presencia cercana de edificaciones ajenas, o el modo de ejecutar subsidiariamente las actuaciones por parte de la Administración.

9º) En conclusión, resulta difícil determinar las obligaciones de los propietarios de terrenos edificados para tratar de minimizar el riesgo de incendio forestal en la IUF. Ello deriva en una situación de importante inseguridad jurídica, que es especialmente preocupante si consideramos además las gravísimas consecuencias que puede tener para el propietario el inicio de un incendio causado por la omisión de obligaciones de prevención.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2011): «El derecho administrativo ante los incendios: una propuesta para un nuevo enfoque», en Ángel MENÉNDEZ REXACH (dir.) y Ana DE MARCOS FERNÁNDEZ (coord.), *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, pp. 369-422.
- AGUILERA SÁNCHEZ, Marta (2015): *El régimen jurídico de los incendios forestales. Especial referencia al contexto jurídico y territorial de Cataluña*, Tarragona, Publicacions Universitat Rovira i Virgili, 204 pp.
- ALCÁZAR, J.; GARCÍA, C.V.; GRAUET, M.; PEMÁN, J. y FERNÁNDEZ, A. (1998): «Human risk and fire danger estimation through multicriteria evaluation methods for forest fire prevention in Barcelona, Spain», en X. VIEGAS (ed.), *Forest Fires: Ecology and Control. III International Conference on Forest Fire Research*, Universidad de Coimbra, ADAI, vol. 2, pp. 2379-2387.

- ALONSO BOO, José Miguel (2012): *La mala prensa del eucalipto*, Universidad de Vigo, Tesis Doctoral, 583 pp.
- ARROYO MÉNDEZ, Lara A.; COCERO MATESANZ, David; MANZANERA DE LA VEGA, José Antonio; GARCÍA MONTERO, Luis G. y PASCUAL CASTAÑO, Cristina (2005): «El empleo de clasificadores de contexto para la obtención de cartografía en la interfase urbano forestal», *GeoFocus*, 5, pp. 115-128.
- BADÍA, Anna; TULLA, Antoni F. y VERA, Ana (2010): «Los incendios en zonas de interfase urbano forestal. La integración de nuevos elementos en el diseño de la prevención», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 331, 19 pp.
- BADÍA, Anna y VALLDEPERAS, Natalia (2015): «El valor histórico y estético del paisaje: claves para entender la vulnerabilidad de la interfaz urbano-forestal frente a los incendios», *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 521, 26 pp.
- BARCELONA LLOP, Javier (2018): «Las competencias de los municipios en materia de protección civil». *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 9, pp. 247-303.
- BARRADO RUBIO, Alba María (2016): *Delimitación de la Interfaz Urbano-Forestal (IUF) y riesgo de incendio con Tecnologías de Información Geográfica (TIG)*, Universidad de Alicante, Trabajo de Fin de Máster, 110 pp.
- CABALLERO, David (2001): *Particularidades del incendio forestal en el interfaz urbano. Caso de estudio en la Comunidad de Madrid*, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Montes, Universidad Politécnica de Madrid, ponencia en las II Jornadas de Prevención de Incendios Forestales, 9 pp. Disponible en Internet.
- CASTELLNOU, M., RODRÍGUEZ, L. y MIRALLES, M. (2005): *El problema de las urbanizaciones y el fuego forestal. Aportaciones desde la experiencia en Cataluña durante la campaña forestal del 2003*, Barcelona, ponencia en la II Conferencia Internacional sobre Estrategias de Prevención de Incendios. Disponible en Internet.
- COLEGIO DE INGENIEROS DE MONTES EN ARAGÓN (2010): «Informe sobre aspectos básicos de la prevención y extinción de los incendios forestales y sobre la restauración de terrenos incendiados en la Comunidad Autónoma de Aragón», *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*, 226, pp. 14.791-14.813.
- DAVIS, Charles (2001): «The West in Flames: The Intergovernmental Politics of Wildfire Suppression and Prevention», *Publius: The Journal of Federalism*, 31 (3), pp. 97-110.
- FERNÁNDEZ BECERRA, Ramón (2009): «Desarrollo de las normas contra incendios en España», *Cercha: revista de los aparejadores y arquitectos técnicos*, 99, pp. 56-62.

- GAFO GÓMEZ-ZAMALLOA, María (2015): «Política forestal y desarrollo rural: visión desde la UE», *Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales*, 39, pp. 29-34.
- GALIANA, Luis (2012): «Las interfaces urbano forestales: un nuevo territorio de riesgo en España», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 58, pp. 205-226.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo (2013): «Deber de conservación, ruina y rehabilitación», en Julio TEJEDOR BIELSA (ed.), *Rehabilitación y Regeneración Urbana en España. Situación actual y perspectivas*, Zaragoza, Monografías de esta REVISTA, 15, pp. 73-108.
- GONZÁLEZ DONCEL, Inés y Gil SÁNCHEZ, Luis (2014): «¿Selvicultura o Silvicultura? Historia de dos palabras», *Montes*, 118, pp. 22-26.
- HERNANDO, Carmen (2009): «Combustibles forestales: Inflamabilidad», en Ricardo VÉLEZ (coord.), *La defensa contra incendios forestales. Fundamentos y experiencias*, 2ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, pp. 123-130.
- IZU BELLOSO, Miguel José (2009): «De la protección civil a la gestión de emergencias. La evolución del marco normativo», en esta REVISTA, 35, pp. 301-370.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): «Qué hacer con la ley inconstitucional», en VV.AA., *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 15-80.
- LAMPIN-MAILLET, C. y BOUILLON C. (2011): «WUImap: a software tool for mapping Wildland-urban interfaces at a large scale over a large area in Mediterranean European context», *Journal of Environmental Science and Engineering*, 5, pp. 1-4.
- LAMPIN-MAILLET, C.; JAPPIOT, M.; LONG-FOURNEL, M.; BOUILLON, C.; MORGE, D. y FERRIER, J.P. (2010) : «Mapping wildland-urban interfaces at large scales integrating housing density and vegetation aggregation for fire prevention in the IUF South of France», *Journal of Environmental Management*, 91, pp. 732-741.
- MELGOSA ARCOS, F. Javier (2003): «La Constitución Española y el turismo», en Manuel BALADO RUIZ-GALLEGOS y José Antonio GARCÍA REGUEIRO (eds.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Madrid, J.M. Bosch, pp. 1.161-1.172.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE (2012): *Los Incendios Forestales en España. Decenio 2001-2010*, Madrid, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Secretaría General Técnica, 134 pp.
- MONTIEL, C. y HERRERO, G. (2010): «Overview of policies and practices related to fire ignitions», en Joaquim SANDE, Francisco REGO, Paulo FERNANDES y

- ERIC RIGOLO (eds.), *Towards Integrated Fire Management-Outcomes of the European Project Fire Paradox*, European Forest Institute, pp. 35-46.
- MUÑOZ, Francesc (2010): «La gestión del riesgo en el territorio: las políticas de emergencia y protección civil en la urbanización dispersa», *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 23, pp. 179-198.
- NAVALÓN NONELL, Xavier y XIOL RÍOS, Carles (2009): «Diagnóstico sobre las dificultades de aplicación de la Ley 5/2003, de medidas de prevención de incendios forestales en las urbanizaciones sin continuidad inmediata con la trama urbana», en VV.AA., *La planificación de la prevención de los incendios forestales en la provincia de Barcelona*, Diputación de Barcelona.
- OCHOA MONZÓ, Josep (1995): *El régimen jurídico de los riesgos mayores: la protección civil*, Universidad de Alicante, Tesis Doctoral, 864 pp.
- OLIVÁN DEL CACHO, Javier (1995): «Aspectos jurídico-administrativos de los incendios forestales: Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña», *Autonomies: revista catalana de dret públic*, 20, pp. 235-258.
- PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL, Ignacio (2015): «El régimen torrencial: restauración hidrológico-forestal», en Juan Carlos SANTAMARTA y Jorge NARANJO (eds.), *Restauración de la cubierta vegetal y de espacios degradados en la Región de la Macaronesia*, Madrid, Colegio de Ingenieros de Montes, pp. 225-278.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2002): «Deber urbanístico de conservación y órdenes de ejecución: crisis de la regulación tradicional, nuevas regulaciones autonómicas y algunas propuestas», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, pp. 273-299.
- SÁNCHEZ PARDO, José Carlos (2008): *Territorio y poblamiento en Galicia entre la antigüedad y la plena Edad Media*, Universidad de Santiago de Compostela, 1.050 pp.
- SERRADA, Rafael (2008): *Apuntes de Selvicultura*, Madrid, Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica Forestal, 502 pp.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CIENCIAS FORESTALES (2005): *Diccionario Forestal*, Madrid, Mundi-Prensa, 1.314 pp.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (2013): «El deber de conservación del propietario del suelo tras la reforma operada por Ley 8/2013», *Revista de Urbanismo*, 11, 6 pp.
- STEWART, Susan I.; RADELOFF, Volker C.; HAMMER, Roger B. y HAWBAKER, Todd J. (2007): «Defining the Wildland-Urban Interface», *Journal of Forestry*, 105(4), pp. 201-207.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo (2014): «Incidencia ambiental de incendios no forestales. Algunas pautas jurisprudenciales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 2835-2851.

- VÉLEZ MUÑOZ, Ricardo (1991): «Los incendios forestales y la política forestal», *Revista de estudios agro-sociales*, 158, pp. 83-105.
- (2000a): «Actuación sobre los combustibles forestales», en Ricardo VÉLEZ MUÑOZ (coord.), *La defensa contra incendios forestales. Fundamentos y experiencias*, 1ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, pp. 14.1-14.86.
 - (2000b). «Combustibles forestales: Combustibilidad», en Ricardo VÉLEZ MUÑOZ (coord.), *La defensa contra incendios forestales. Fundamentos y experiencias*, 1ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, pp. 7.1-7.16.

ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESTATAL EN MATERIA DE MITIGACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES DIFUSOS(*)

ANNA PALLARÈS SERRANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LOS COMPROMISOS CONTRAÍDOS POR EL ESTADO ESPAÑOL EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO.– III. LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL ESTADO ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES DIFUSOS.– IV. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ESTATAL RELATIVA A LA REDUCCIÓN DE EMISIONES DE GASES DE EFECTO IVERNADERO EN LOS SECTORES DIFUSOS: 1. La regulación de los instrumentos transversales: A) El Fondo de carbono y los proyectos Clima: un binomio operativo. B) El modesto impacto del instrumento de la huella de carbono. C) La existencia de Planes de Impulso al Medio Ambiente (PIMA) en todos los sectores difusos: a) PIMA empresa. b) PIMA residuos. c) PIMA transporte. d) PIMA tierra. e) PIMA sol. f) PIMA aire. g) PIMA frío. 2. La regulación de instrumentos orientados a un sector difuso en concreto: A) Batería de medidas en el ámbito del transporte. B) La edificación: el horizonte próximo de consumos de energía casi nulos. C) Los residuos y el necesario tránsito hacia una economía circular. D) La ganadería, la agricultura y el estímulo del pago verde. E) La industria no sujeta al mercado de derechos de emisión. F) Diversidad de medidas para la reducción de los gases fluorados.– V. REFLEXIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La pretensión de este trabajo es analizar las medidas e instrumentos existentes en la normativa estatal para hacer frente a los retos y desafíos que presenta la lucha contra el cambio climático en el ámbito de los sectores difusos. Para ello se aborda, en primer término, cuáles son las obligaciones de mitigación que tiene el Estado español en materia de cambio climático, en general, y en el ámbito de los sectores difusos, en particular. A partir de estos conocimientos, se pasa a analizar la normativa estatal existente al respecto, diferenciando entre las regulaciones y medidas

(*) La presente obra se ha elaborado en el marco: PROYECTO DE I+D: La constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo» (CONCLIMADER2016-80011-P), (MINECO/FEDER, UE), Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, efectuada por resolución de 17 de junio de 2015 (BOE de 23 de junio) de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (SEIDI), MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD.

que tienen la capacidad de tener un impacto transversal sobre los diferentes sectores y los instrumentos que están enfocados a materializar la reducción de emisiones en un sector difuso determinado. Finalmente, en las reflexiones finales se abocan conclusiones sobre la capacidad, idoneidad y suficiencia de alguna de las medidas analizadas para cumplir con los objetivos propuestos y, también, se proponen líneas de actuación y posibles soluciones a los problemas detectados.

Palabras clave: medio ambiente; lucha contra el cambio climático; mitigación gases de efecto invernadero; sectores difusos.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyse the measures and instruments contained in the Spanish state regulations for dealing with the challenges presented by the fight against climate change in diffuse sectors. To do so, first the study will identify, on a general level, the obligations of the Spanish State regarding climate change and, on a specific level, the obligations of diffuse sectors. After this, the study will analyse the existing state regulations on the matter, and will distinguish between those regulations and measures that can have a transversal impact on different sectors and the instruments that are focused on reducing emissions in a given sector. In its conclusion, the study offers some reflections on the capacity, suitability and sufficiency to meet the objectives proposed of some of the measures analysed and also proposes actions and possible solutions to the problems detected.

Key words: environment; fight against climate change; offsetting greenhouse gases; diffuse sectors.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos un estudio parcial de la regulación de los instrumentos existentes en materia de mitigación del cambio climático. Realizamos esta afirmación porque, como el título indica, solo analizaremos los instrumentos estatales *stricto sensu* y, en consecuencia, no analizaremos la normativa y las medidas existentes en materia de mitigación del cambio climático en las diferentes Comunidades Autónomas y en los Entes Locales. Además, el objeto del trabajo se centra en la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero (en adelante, GEI) en los sectores difusos, de manera que no estudiaremos el Régimen del Comercio de Derechos de Emisión (en adelante, RCDE) aplicable a las grandes instalaciones emisoras, ni la captura y almacenamiento geológico de CO₂ —que, en principio, es un instrumento pensado para los grandes emisores de GEI sometidos al RCDE—, ni el uso de la tierra, cambios en el uso de la tierra y la selvicultura como sumideros de la humanidad, que, por su propia naturaleza, tiene un efecto de mitigación genérico.

II. LOS COMPROMISOS CONTRAIDOS POR EL ESTADO ESPAÑOL EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO

Antes de entrar a analizar la normativa estatal en materia de mitigación del cambio climático en los sectores difusos, consideramos fundamental conocer someramente los compromisos que el Estado español ha asumido en materia de cambio climático, tanto a nivel de la comunidad internacional como por formar parte de la Unión Europea (en adelante, UE), porque estos compromisos condicionan su existencia y su contenido.

A nivel internacional, los compromisos adoptados por España derivan de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, que se acuerda durante la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992, y se firma y ratifica por España el 29 de abril de 1998. Este primer marco regulatorio, que pretende luchar de manera clara contra el cambio climático, tiene como objetivo último

«lograr, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención, la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible» (1).

El órgano supremo de la Convención Marco es la Conferencia de las Partes(COP) (2), que se encarga de adoptar los compromisos necesarios para conseguir el objetivo transcrito y de examinar la aplicación de los citados compromisos guiándose en los principios de equidad, responsabilidades comunes pero diferenciadas, proporcionalidad, precaución, cooperación y no discriminación (3).

Como se puede deducir de lo expresado en la introducción de este trabajo, en la mitigación de los GEI se ha de diferenciar entre las grandes instalaciones emisoras, que están sometidas al mercado de derechos de emisión, y los sectores difusos, que son los sectores no incluidos en el comercio de derechos de emisión, es decir, el transporte (salvo la aviación y el transporte marítimo internacional), la edificación, la agricultura y ganadería, la pequeña industria no sometida al mercado de derechos de emisión, los gases fluorados y la gestión de residuos.

(1) Art. 2 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

(2) Art. 7 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

(3) Art. 3 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Más allá de los efectos de la aplicación de los diferentes periodos de compromiso del Protocolo de Kioto —primer periodo 2008-2012, segundo periodo 2013-2020— en la mitigación de las emisiones de las grandes instalaciones emisoras, centrándonos en los sectores difusos, la intención de la UE, en consonancia con sus propios objetivos en el marco del Paquete Europeo de Energía y Cambio Climático 2013-2020, es reducir los GEI en un 20% en relación a 1990, alcanzar el objetivo del 20% de consumo de energías renovables en 2020 y conseguir durante este periodo un ahorro de energía de un 20% (4). Esta reducción implica para España, en los sectores llamados difusos, una limitación de sus emisiones de GEI como mínimo de un 10% en 2020 con respecto a sus emisiones del año 2005 (5).

De cara a afrontar el periodo post 2020, la UE, a través de la Comunicación de la Comisión de 8 de marzo de 2011, COM(2011) 112 final, aprueba la «Hoja de Ruta hacia una Economía Hipocarbónica Competitiva en 2050» (6), que implica una reducción en 2030 del 40% de GEI, respecto los niveles de 1990, y del 60% en 2040, para llegar a una reducción del 80% en 2050 (7).

Además, a partir de la COP17/MOP7 (2011), en Durban, se acuerda preparar un nuevo acuerdo mundial, que se ha de alcanzar no más tarde de 2015 y ponerse en marcha a partir de 2020. En consecuencia, los días 30 de noviembre a 12 de diciembre de 2015 tuvo lugar en París la COP21/MOP11, que culmina con la adopción del Acuerdo de París, que establece el marco

(4) Esas metas también se recogen entre los objetivos principales de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

(5) Vid. la Decisión 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de GEI a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020. En concreto, en el art. 3 se determina respecto a los niveles de emisiones para el periodo 2013-2020 que «Cada Estado miembro deberá limitar, para 2020, sus emisiones de GEI como mínimo en el porcentaje establecido para ese Estado miembro en el anexo II de la presente Decisión, con respecto a sus emisiones en el año 2005». El anexo II establece para España una reducción del 10%.

(6) Un primer análisis sobre esta Hoja de Ruta la encontramos en I. SANZ RUBIALES, (2011:1-28).

(7) Partiendo de la base que el cambio climático ya está afectando a los derechos fundamentales de muchos ciudadanos europeos —dañando o haciendo desaparecer sus casas, sus formas de vida, su trabajo y su cultura—, la entidad People's Climate Case ha presentado ante el Tribunal de Justicia de la UE una demanda, contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, por constatar que el ritmo de reducción de GEI establecido por la UE no es suficiente para frenar la escalada acelerada de los efectos nocivos del cambio climático sobre los ámbitos señalados. La parte demandada solicita la declaración de ilegalidad de los actos relativos a las emisiones de GEI previstos para el periodo 2021-2030, la anulación de determinadas disposiciones normativas que regulan el RCDE UE y la condena a los demandados a adoptar medidas de reducción de emisiones de GEI más exigentes. Recurso interpuesto el 23 de mayo de 2018 —Carvalho y otros/Parlamento y Consejo (Asunto T-330/18) (2018/C 285/51).

global de lucha contra el cambio climático a partir de 2020. Se trata de un acuerdo trascendental en la lucha contra el cambio climático, al conseguirse una respuesta global de todos los países ante el citado reto. Además, este acuerdo implica necesariamente poner en marcha la indispensable transición hacia una economía hipocarbónica y resistente frente al desafío del cambio climático. El Acuerdo de París entra en vigor en un tiempo récord —el 4 de noviembre de 2016— gracias a la ratificación de la UE, que ha posibilitado el cumplimiento de los criterios establecidos en el propio Acuerdo para su entrada en vigor (8). El Acuerdo de París tiene como objetivo trascendental llegar a 2050 con un escenario de neutralidad de GEI, de manera que exista un equilibrio entre emisiones y absorciones. Alcanzar este objetivo implica trabajar de manera intensiva a corto y medio plazo, de acuerdo con las responsabilidades comunes pero diferenciadas de los diferentes Estados que forman parte de la comunidad internacional.

III. LAS OBLIGACIONES ADQUIRIDAS POR EL ESTADO ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LOS SECTORES DIFUSOS

En relación a los sectores no sometidos al RCDE UE, y más allá de las limitaciones determinadas para 2020, existe un compromiso de la UE de reducción de los GEI de un 30% para 2030 en comparación con 2005. Todos los Estados miembros han de participar en la consecución de este reto, de acuerdo con los principios de equidad y solidaridad, distribuyendo los esfuerzos entre los diferentes países en función del PIB per cápita relativo.

La regulación de reducciones vinculantes de emisiones de GEI se aplica a las categorías (9) de fuentes, determinadas por las Directrices del Grupo Intergubernamental de expertos de Cambio Climático de 2006 para los inventarios nacionales de GEI, en concreto, energía (10), procesos industriales y uso de productos, agricultura y residuos, excluidas las emisiones de GEI que resultan de las actividades a las que se les aplica el RCDE, que se concretan en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por

(8) Los criterios son que hayan depositado sus instrumentos de ratificación, como mínimo, 55 partes que representen en total, como mínimo, un 55% de las emisiones de GEI.

(9) Una categoría principal es una categoría prioritaria en el sistema de inventarios nacionales porque su estimación influye significativamente sobre el inventario total de GEI de un país, en cuanto al nivel absoluto, la tendencia, o la incertidumbre de emisiones y absorciones. Siempre que se utiliza el término categoría principal, incluye tanto las categorías de fuente como de sumidero. *Vid.* página 4.5 de las Directrices del Grupo Intergubernamental de expertos de Cambio Climático de 2006 para los inventarios nacionales de GEI.

(10) Dentro de la categoría energía se incluye el transporte.

la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo. Estas reducciones de GEI han de fomentar necesariamente la eficiencia y la innovación en sectores como la construcción, la agricultura, la gestión de residuos y el transporte, en la medida en que estos sectores estén comprendidos en el ámbito de las categorías mencionadas *ut supra* (11).

El Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de GEI por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013, establece para el Estado español una reducción de emisiones GEI para 2030, respecto a los niveles de 2005, de -26% (12). En el reglamento citado se establece que el Estado español ha de velar por que sus emisiones de GEI anuales entre 2021 y 2029 no exceden el límite determinado por una trayectoria lineal que empieza con la media de sus emisiones de GEI en los años 2016, 2017 y 2018 y que termina en 2030 con el límite fijado de -26% (13). Para ello la Comisión adoptará actos de ejecución donde se establezcan para cada Estado las asignaciones anuales de emisiones para el periodo comprendido entre 2021 y 2030 expresadas en toneladas equivalentes de CO₂. Antes de adoptar estos actos de ejecución la Comisión revisará de forma exhaustiva los inventarios nacionales de los años 2005 y 2016 y 2018 presentados por los diferentes Estados miembros (14). A partir de esta trayectoria de referencia se establecen determinados mecanismos de flexibilidad, configurados con ciertos límites, aplicables durante el lapso temporal establecido y diseñados para acabar cumpliendo el objetivo determinado en 2030 (15).

IV. ANALISIS DE LA NORMATIVA ESTATAL RELATIVA A LA REDUCCIÓN DE EMISIONES DE GASES DE EFECTO INVERNADERO EN LOS SECTORES DIFUSOS

Según datos del Ministerio para la Transición Ecológica, en 2016 los sectores difusos fueron responsables en España de la emisión de, aproxima-

(11) *Vid.* considerando 2 y art. 2 del Reglamento (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de GEI por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013.

(12) *Vid.* anexo I del citado reglamento.

(13) *Vid.* art. 4.2 del citado reglamento.

(14) *Vid.* art. 4.3 del citado reglamento.

(15) *Vid.* art. 5 del citado reglamento.

damente, el 62% de las emisiones totales de GEI. La contribución de cada uno de estos sectores a la emisión del total de 198,5 MTCO₂, que emitieron los sectores difusos, es la siguiente: residencial, comercial e institucional 15%, transporte 48%, gestión de residuos 7%, agricultura 17%, gases fluorados 5%, otros (industria fuera del RCE UE, disolventes) 8% (16).

En el ámbito estatal, desde septiembre 2014, contamos con una «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020» (17) que analiza 43 medidas, repartidas en los 6 sectores difusos, que tienen en cuenta el criterio eficiencia/coste para avanzar en la senda de la reducción de emisiones de GEI en este ámbito, y cumplir con el compromiso de mitigación del 10% ya comentado *ut supra* (18). En los anexos del documento citado se analizan las 43 medidas de mitigación a partir de una serie de variables —inversión, operación y mantenimiento, mitigación CO₂ y ahorro energía, grado de aplicación de la medida, análisis económico— (19). En este contexto, la normativa estatal tendrá que activar medidas, modificar o intensificar la aplicación de las existentes, para afrontar el compromiso de reducción de GEI para 2030, respecto a los niveles de 2005, de -26%, también citado *ut supra* (20).

(16) *Vid.* <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politi-cas-y-medidas/definicion-difusos.aspx> (consultada el 03/04/2019).

(17) *Vid.* https://www.miteco.gob.es/images/es/Hoja%20de%20Ruta%202020_tcm30-178253.pdf. (consultada 03/04/2019).

(18) En la Hoja de ruta se comparan las asignaciones anuales de emisiones que se han establecido para España de 2013 a 2020 (en las Decisiones 2013/162/UE, 2013/634/UE y 2017/1471/UE) con las proyecciones de emisiones, que marcan la tendencia en el mismo periodo, para así determinar el nivel de esfuerzo que hay que realizar para salvar el desajuste que se produciría si no se tomase ninguna medida adicional al respecto.

(19) *Vid.* https://www.miteco.gob.es/images/es/HojaRuta2020_Fichas_tcm30-178314.pdf. (consultada el 03/04/2019).

(20) La normativa y las medidas a las que hacemos referencia han de ser eficaces y eficientes para cumplir con los objetivos de reducción asignados al Estado español. En los Países Bajos, el Tribunal del Distrito de La Haya sentencia que el Estado holandés es el responsable de establecer las medidas necesarias y apropiadas para conseguir que se cumplan los objetivos mínimos de reducción de GEI, que Holanda tiene asignados, y califica la actuación del Estado holandés, en relación al cambio climático, de ilícita y le conmina a limitar las emisiones de GEI a, como mínimo, un 25% antes de final de 2020 desde los niveles de referencia de 1990. *Vid.* Tribunal del Distrito de La Haya (Sala de lo Mercantil). Caso Urgenda contra Países Bajos. Sentencia de 24 de junio de 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:7196). Un estudio sobre esta sentencia en N. RODRÍGUEZ GARCÍA (2016: 1-38) y, también, en T. PAREJO NAVAJAS (2016:264-270). Esta sentencia ha sido ratificada por el Tribunal de Apelación de La Haya a través de una sentencia de 9 de octubre de 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:2610). Un estudio sobre las perspectivas que este caso puede tener se encuentra en A. RUDA GONZÁLEZ (2018:1-43).

1. La regulación de los instrumentos transversales

A) El Fondo de Carbono y los proyectos Clima: un binomio operativo

El Fondo de Carbono se crea a través del art. 91 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Su desarrollo y concreción lo encontramos en el Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el Fondo de Carbono para una economía sostenible (21). Así, en el citado art. 91 se establece que «se crea un Fondo de carácter público (...) con el objeto de generar actividad económica baja en carbono y contribuir al cumplimiento de los objetivos sobre reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España mediante actuaciones de ámbito nacional».

Al respecto, la norma que lo desarrolla lo denomina «Fondo de Carbono para una Economía Sostenible (FES-CO₂)» y determina que el objetivo del fondo se conseguirá a través de «la adquisición de créditos de carbono» (22), que son unidades que se pueden transmitir, que representan una tonelada de CO₂ equivalente con independencia del nombre que reciban, concretando que entran dentro de este concepto de créditos de carbono «las reducciones verificadas de emisiones derivadas de proyectos ubicados en territorio nacional de acuerdo con lo previsto en este real decreto». La norma prevé las condiciones que han de tener los proyectos desarrollados en España para que sus reducciones verificadas se adquieran como créditos de carbono por el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible. Los requisitos de los proyectos son los siguientes:

- Su ejecución no ha de derivar del cumplimiento de la normativa aplicable. Por lo tanto, se trata de proyectos que reúnen requerimientos adicionales a las exigencias del derecho aplicable y su presentación es totalmente voluntaria.
- Han de provenir de instalaciones no sujetas al RCDE UE.
- Las reducciones de emisiones de GEI se han de poder medir y verificar y, de esta manera, tener su reflejo en el Inventario de GEI.

(21) En relación con este Real Decreto, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó un conflicto positivo de competencias resuelto por la STC 15/2018, de 22 de febrero de 2018, que declaró que el artículo 8.2 y la disposición adicional única —que encomiendan determinadas funciones ejecutivas a la comisión ejecutiva del fondo de carbono para una economía sostenible— vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña y, por tanto, son inconstitucionales y nulas.

(22) Esta adquisición de créditos de carbono se puede realizar a través de «cualquier negocio jurídico válido en Derecho». Vid. art. 5.1 Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el Fondo de Carbono para una economía sostenible.

- Estos proyectos no se podrán reconocer como proyectos de aplicación conjunta regulados en el art. 6 del Protocolo de Kioto.
- Las reducciones verificadas se han de calcular de acuerdo con metodologías que haya aprobado el Consejo Rector del Fondo de Carbono para una Economía Sostenible (23).

La norma reglamentaria se ocupa de dejar muy claro que las reducciones verificadas de los proyectos caracterizados no podrán utilizarse en el ámbito del RCDE EU ni en ningún sistema vinculante de comercio de derechos de emisión. Estas limitaciones en la utilización de estas reducciones se establecen, principalmente, para evitar su doble contabilidad (24).

Para implementar este instrumento objeto de estudio se crean los Proyectos Clima del Fondo de Carbono para una Economía Sostenible (FES-CO₂) que sirven para articular la adquisición de reducciones verificadas de emisiones de GEI de proyectos situados en España en el ámbito de los sectores difusos (25). Para seleccionar los Proyectos Clima a los que se les va a comprar las reducciones de GEI, el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible realiza una convocatoria anual. Los proyectos seleccionados formalizan un contrato de compraventa con el FES-CO₂ de las reducciones verificadas —por una Entidad Verificadora Independiente— que se generen durante los 4 años posteriores a la firma del contrato. Hasta el momento de cerrar este trabajo se han realizado 8 convocatorias de proyectos Clima, la primera en 2012 y la última se ha abierto el 25 de marzo de 2019. Del análisis de las 7 convocatorias, sobre las que tenemos datos, podemos decir que en total se han seleccionado 376 proyectos o programas, de los cuales 62 corresponden a la reducción de GEI en el sector agrícola, 19 a la reducción de gases fluorados, 39 a la reducción en el sector industrial no sometido al RCDE, 150 a reducciones en el sector residencial, 52 a reducciones en el sector residuos y 54 programas o proyectos dedicados a reducciones en el sector transporte (26).

(23) El Consejo Rector es el órgano encargado de dirigir el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible y, de acuerdo con los art. 7.3 y 14.2 del Real Decreto 1494/2011, de 24 de octubre, por el que se regula el Fondo de Carbono para una economía sostenible, tiene, entre otras funciones, la de «aprobación de la metodología para el cálculo de las reducciones de emisiones» de los proyectos ubicados en territorio estatal.

(24) Sobre los fondos de carbono, en general, *vid.* M. SARASÍBAR IRIARTE (2013:301-306).

(25) En coherencia con el funcionamiento del Fondo de Carbono, queda fuera de este mecanismo el desarrollo de proyectos de absorción de CO₂ por los sumideros de carbono. Encontramos regulación sobre este tema en el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, a través del cual se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, sobre el que incidiremos más adelante.

(26) En la convocatoria de 2012 se seleccionaron 37 proyectos —agricultura 9, gases fluorados 0, industria no sometida al RCDE 2, sector residencial 19, residuos 4 y transporte 3—, en la de 2013 se seleccionaron 48 proyectos —agricultura 14, gases fluorados 0,

B) El modesto impacto del instrumento de la huella de carbono

La huella de carbono se regula en el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, a través del cual se crea el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono. Este instrumento es una herramienta de sensibilización de gran valor porque a partir del conocimiento del impacto en las emisiones de GEI, que tiene una organización o la actividad realizada para prestar un servicio o fabricar un producto, se puede empezar a trabajar a nivel interno en reducir el impacto e/o incluso compensarlo a través de proyectos de absorciones de CO₂, generadas por actividades relacionadas con el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura, o de reducciones de GEI realizadas por otros sujetos.

Esta normativa diseña un sistema voluntario que dispone, para la organización (27) que quiere coadyuvar en la reducción de GEI, no solo la posibilidad de hacerlo compensando sus emisiones con proyectos de absorción de CO₂ o de reducción de GEI, sino que, además, prevé la obligatoriedad de que la entidad disponga de un plan de reducción de emisiones de GEI, para que la organización progrese en esta senda. El registro administrativo, de carácter público, cuenta con las siguientes secciones:

a) Una sección de huella de carbono (28) y de compromisos de reducción de emisiones de GEI (29). Actualmente, existen en el registro 1658 huellas de carbono inscritas correspondientes a 781 organizaciones.

industria no sometida al RCDE 3, sector residencial 21, residuos 5 y transporte 3—, en la de 2014 se seleccionaron 42 programas —agricultura 7, gases fluorados 1, industria no sometida al RCDE 8, sector residencial 15, residuos 6 y transporte 5—, en la de 2015 se seleccionaron 62 proyectos —agricultura 17, gases fluorados 5, industria no sometida al RCDE 7, sector residencial 19, residuos 9 y transporte 5—, en la de 2016 se seleccionaron 63 proyectos —agricultura 6, gases fluorados 2, industria no sometida al RCDE 6, sector residencial 27, residuos 10 y transporte 12—, en la de 2017 se seleccionaron 62 proyectos —agricultura 5, gases fluorados 5, industria no sometida al RCDE 6, sector residencial 25, residuos 13 y transporte 8— y en la de 2018 se seleccionaron 62 proyectos —agricultura 4, gases fluorados 6, industria no sometida al RCDE 7, sector residencial 24, residuos 5 y transporte 16—. *Vid.* <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/proyectos-clima/convocatorias-proyectos-seleccionados/> (consultada el 10/04/2019).

(27) Organización que no esté afectada por la aplicación del RCDE UE.

(28) Es evidente que el cálculo de la huella de carbono es el primer paso para poder actuar y pasar después a la reducción y/o compensación.

(29) En esta sección se inscribirá la huella de carbono de la organización, es decir, la totalidad de GEI provenientes por efecto directo o indirecto de la actividad de dicha organización, y los compromisos de reducción de GEI asociados a la organización. La solicitud de inscripción ha de ir acompañada, entre otros documentos, del plan de reducción de la huella de carbono, y de los informes de seguimiento de dicho plan. *Vid.* art. 6.1 y art.9.

b) Una sección de proyectos de absorción de CO₂, donde se inscribirán las absorciones de CO₂ generadas en territorio nacional en proyectos de actividades relacionadas con el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura que supongan el aumento del carbono almacenado (30). Por lo tanto, esta figura jurídica representa un estímulo para la planificación y gestión de los bosques y el suelo de acuerdo con los criterios de la silvicultura del carbono. Actualmente, existen 40 proyectos de absorción inscritos en el registro.

c) Una sección de compensación de huella de carbono. Esta sección está dirigida a las organizaciones que tengan inscrita su huella de carbono en el registro y que quieran compensarla a través de los proyectos de absorción inscritos o de reducción reconocidos por el Ministerio (31). Para hacer realidad esta compensación los proyectos han de cumplir con determinados requisitos y las partes han de llegar a un acuerdo.

El grado de participación en el registro puede ser más o menos intenso, en el sentido que una persona jurídica o trabajador autónomo, cuya actividad económica en territorio estatal sea generadora de GEI, puede, de forma voluntaria, optar por inscribirse solo en la sección de huella de carbono y de compromisos de reducción de emisiones de GEI u optar, también, por la compensación de GEI y, en consecuencia, necesitar inscribir en la sección de compensación el titular que compensa e información sobre la compensación.

La organización inscrita en el registro tiene derecho al uso de un sello que de forma gráfica representa el nivel de esfuerzo realizado, según el grado de participación en el registro y el nivel de consecución de los compromisos de reducción. De manera que el sello puede ilustrar que una organización solo ha calculado su huella de carbono y ha fijado compromisos de reducción;

(30) El cálculo de las absorciones de CO₂ generadas por los proyectos se realizará «en base a las directrices y orientaciones sobre buenas prácticas del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) que se utilicen para la elaboración del Inventario Nacional de GEI. Se considerará la biomasa viva como depósito de CO₂, excluyendo de la contabilización la materia orgánica muerta. Se utilizarán datos específicos de crecimiento para cada especie forestal y región de España. La Oficina Española de Cambio Climático facilitará en su página web una herramienta y unos documentos de apoyo que deberán ser utilizados para el cálculo de las absorciones de CO₂. Estos documentos serán actualizados conforme se puedan ir adoptando metodologías de cálculo reconocidas». Vid. art. 7.1 y 3 Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, a través del cual se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

(31) En esta sección «se inscribirán las compensaciones de huellas de carbono inscritas en la sección a) provenientes de los proyectos de absorción de dióxido de carbono inscritos en la sección b) o de proyectos de reducción de emisiones de GEI realizadas por un tercero reconocidas por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente». Vid. art. 8.1 de la citada norma. Esta última opción no está habilitada por ahora.

que ha calculado la huella de carbono y ha cumplido los compromisos de reducción; que ha realizado el cálculo de la huella de carbono y ha compensado o, por último, que ha calculado la huella de carbono, ha reducido y ha compensado.

De las 1658 huellas de carbono inscritas, que corresponden a 781 organizaciones, 204 huellas de carbono han cumplido sus compromisos de reducción de emisiones y 55 huellas de carbono, que corresponden a 28 organizaciones, han compensado sus emisiones, utilizando 25 proyectos de absorción, y, finalmente, solo 25 huellas de carbono han calculado, reducido y absorbido. Estas cifras, confrontadas con el número de huellas de carbono inscritas, nos hacen llegar a la conclusión que este instrumento, por ahora, está teniendo un impacto moderado, aunque en el futuro próximo, ante las nuevas necesidades de reducción de emisiones de GEI, debería pasar a tener un protagonismo importante.

C) La existencia de Planes de Impulso al Medio Ambiente (PIMA) en todos los sectores difusos

Los Planes de Impulso al Medio Ambiente (PIMAS) son una herramienta que ha sido creada para fomentar la mejora del medio ambiente, en general, y la reducción de las emisiones de CO₂, en particular, en el ámbito de los llamados sectores difusos. Para conseguir este objetivo se han puesto en marcha PIMAS en diferentes ámbitos, como el PIMA empresa, el PIMA residuos, el PIMA transporte, el PIMA tierra, el PIMA sol, el PIMA aire y el PIMA frío.

Antes de pasar a exponer las cuestiones básicas definitorias de cada uno de ellos, avanzamos que los PIMAS citados se pueden dividir en dos grupos diferenciados, según el tipo de incentivo utilizado. Aquellos PIMAS que se materializan a través de una subvención o ayuda compatible con el derecho de la UE (32) y aquellos otros PIMAS que se basan en la adquisición de créditos de carbono, por parte del Fondo de Carbono para una Economía Sostenible estudiado *ut supra*, derivados de reducciones verificadas de CO₂ (33).

Pasamos a presentarlos brevemente:

(32) PIMA residuos, PIMA transporte, PIMA tierra, PIMA aire, PIMA frío.

(33) PIMA empresa, PIMA sol.

a) PIMA empresa (34)

Tiene la virtualidad de incentivar la materialización de los planes de reducción de emisiones directas de GEI (35) de las empresas inscritas en la sección a) del Registro de la huella de carbono y de compromisos de reducción de emisiones de GEI, mencionada *ut supra*, al prever que las reducciones directas verificadas se adquieran (36) como créditos de carbono por el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible. Por lo tanto, se da un importante empuje a que el instrumento del Registro de la huella de carbono funcione en el ámbito de la reducción.

Las actuaciones del PIMA empresa que son susceptibles de generar reducciones que se consideren créditos de carbono son las que se engloban en el ámbito de la «utilización de energías renovables y otras energías no fósiles para su uso en aplicaciones de generación de calor o trabajo», en «actuaciones de eficiencia energética» y en «actuaciones de reducción de emisiones de proceso de gases de efecto invernadero» (37).

Ha sido operativo para actuaciones de reducción realizadas desde el 28 de noviembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016.

(34) Vid. el Real Decreto 1007/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula la adquisición, por el Fondo de Carbono para una economía sostenible, de créditos de carbono del Plan de Impulso al Medio Ambiente en el sector de la empresa «PIMA Empresa» para la reducción de GEI en sus instalaciones. En relación con este Real Decreto, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó un conflicto positivo de competencias resuelto por la STC 64/2018, de 7 de junio de 2018, que declaró que determinadas disposiciones que atribuyen al estado el ejercicio de potestades ejecutivas —«(a) del artículo 6, el apartado primero; (b) del artículo 7, el inciso “Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente” del apartado primero en relación con el anexo II; los incisos “Comisión Ejecutiva del FES-CO₂” y “Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (www.magrama.es)” del apartado segundo, el inciso “OECC” del apartado cuarto; el inciso “Oficina Española del Cambio Climático” del apartado quinto, y el inciso “Oficina Española de Cambio Climático” del apartado sexto; (c) del artículo 9, el inciso “Oficina Española de Cambio Climático” del apartado primero»— vulneran las competencias de la Generalitat de Cataluña y, por tanto, son inconstitucionales y nulas.

(35) Según el art. 3.1 del citado Real Decreto las emisiones directas de GEI son «las generadas por el consumo de combustibles fósiles en las empresas sobre las que se ejecuten las actuaciones, las emisiones de proceso y las posibles fugas de gases de efecto invernadero, como son los gases fluorados».

(36) Según el art. 2 del Real Decreto citado *ut supra* «mediante cualquier negocio jurídico válido en derecho».

(37) Vid. anexo I del Real Decreto 1007/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula la adquisición, por el Fondo de Carbono para una economía sostenible, de créditos de carbono del Plan de Impulso al Medio Ambiente en el sector de la empresa «PIMA Empresa» para la reducción de GEI en sus instalaciones.

b) PIMA residuos (38)

El Ministerio ha distribuido ayudas a las Comunidades Autónomas para adecuar los vertederos a la normativa de la UE, a través de proyectos que reducen sus emisiones, y para potenciar la recogida separada de la fracción orgánica y su tratamiento biológico posterior. De esta manera se reducen las emisiones de GEI, desde el momento que, en el ámbito de los residuos, los residuos orgánicos depositados en los vertederos son la fuente más importante de emisiones de GEI.

c) PIMA transporte (39)

Establece la «concesión de ayudas para el achatarramiento de autobuses así como de vehículos de transporte de mercancías con capacidad de tracción propia de más de 3,5 toneladas de masa máxima autorizada (MMA) matriculados, por primera vez, antes del 1 de enero de 2007» (40). Se trata de coches que tienen más de 8 años.

Prevé otorgar estas ayudas a las solicitudes que cumplan los requisitos y que se registren entre el 21 de diciembre 2014 y el 1 de octubre de 2015 o hasta que se agote la cantidad destinada (4.7 millones de euros) a este plan.

A través de este plan se pretende una renovación de vehículos pesados que emitan menos CO₂, consuman menos combustible y emanen menos contaminantes atmosféricos, como NOX y partículas en suspensión. El régimen de estas ayudas es de concesión directa, por existir razones de interés ambiental, energético, social y económico.

d) PIMA tierra (41)

Se regula la concesión directa de ayudas para el achatarramiento de tractores agrícolas antiguos, con una antigüedad mayor de 15 años, y su sustitución por otros nuevos que consuman menos y emitan menos partículas y CO₂.

(38) Por ahora ha tenido tres ediciones: PIMA residuos 2015, PIMA residuos 2017, PIMA residuos 2018.

(39) Vid. el Real Decreto 1081/2014, de 19 de diciembre, que regula la concesión directa de subvenciones para el achatarramiento de vehículos industriales de transporte de viajeros y mercancías con capacidad de tracción propia «PIMA Transporte».

(40) Vid. art. 1.1 Real Decreto citado *ut supra*.

(41) Vid. Real Decreto 147/2014, de 7 de marzo, que regula la concesión directa de ayudas del Plan de Impulso al Medio Ambiente para la renovación de tractores agrícolas «PIMA Tierra».

Las ayudas se conceden a las solicitudes registradas en el sistema electrónico de gestión de la subvención antes del 31 de diciembre de 2014 (42), teniendo en cuenta que la norma que regula la ayuda entra en vigor el 9 de marzo de 2014.

Actualmente sustituido por el Plan RENOVE de maquinaria agrícola (43).

e) PIMA sol (44)

Esta iniciativa pretende reducir las emisiones directas de GEI del sector turístico a través de la rehabilitación energética de las instalaciones hoteleras, estableciendo el incentivo de la compra de créditos futuros de carbono, por parte del Fondo de Carbono, a los titulares de alojamientos turísticos que proyecten ejecutar obras que tengan los requisitos que garanticen las reducciones de emisiones de CO₂ (45).

Esta operación de compra se formaliza a través de un contrato de adquisición donde se incluirá «el compromiso firme de ejecución del proyecto de rehabilitación en plazo, que permita cumplir con la reducción de emisiones de CO₂ resultante de la ejecución material de las obras, que deberá persistir a lo largo de todo el periodo de los quince años posteriores, incluso en caso de transmisión patrimonial, con la obligación de informar de cualquier modi-

(42) En el caso que no se haya acabado antes la partida de 5.000.000 euros.

(43) Próximamente, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación publicará la convocatoria de 2019 para cumplir con lo que dispone el Real Decreto 704/2017, de 7 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión directa de las subvenciones estatales para la renovación del parque nacional de maquinaria agraria, modificado por el Real Decreto 294/2018, de 18 de mayo.

(44) *Vid.* Real Decreto 635/2013, de 2 de agosto, por el que, en desarrollo el «Plan de Impulso al medio Ambiente en el sector hotelero PIMA Sol», para la rehabilitación energética de sus instalaciones, se regula la adquisición de créditos futuros de carbono por el Fondo de Carbono para una Economía Sostenible. En relación con este Real Decreto, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña planteó un conflicto positivo de competencias resuelto por la STC 62/2018, de 7 de junio de 2018, que declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, nulidad de los preceptos reglamentarios —«a) el apartado primero del artículo 2, en el inciso “Secretaría de Estado de Medio Ambiente”; b) los apartados primero, cuarto, quinto y sexto del artículo 5, los apartados segundo y tercero del artículo 7, y el apartado primero del artículo 8 en los incisos en que se refieren a la Oficina Española de Cambio Climático; c) el apartado tercero y el apartado sexto del artículo 5, en los incisos «Secretario de Estado de Medio Ambiente», y d) el artículo 10»—que atribuyen al Estado el ejercicio de potestades ejecutivas.

(45) Las reducciones de emisiones se calculan teniendo en cuenta los consumos energéticos y la certificación energética que tiene la instalación antes de realizar el proyecto y los consumos y certificación que tendrá una vez realizada la transformación correspondiente.

ficación relevante que afecte negativamente a la calificación energética del edificio» (46).

Se cree que con esta medida se puede reducir entre un 40% y un 70% de emisiones de CO₂ del sector y reducir otros contaminantes como el óxido de nitrógeno (NO_x) y las partículas.

Las solicitudes se podían presentar desde el 1 de septiembre 2013 hasta el 1 de diciembre de 2014.

f) PIMA aire (47)

A través de este plan se regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos comerciales y ciclomotores eléctricos e híbridos y bicicletas de pedaleo asistido por motor eléctrico que sean nuevos o usados, de hasta un año de antigüedad desde la primera matriculación, en el caso de vehículos destinados a uso comercial o los fabricados para el transporte de mercancías.

El objetivo es reducir los contaminantes atmosféricos, sobretodo partículas, y reducir emisiones de CO₂.

En este plan se han ido aprobado diversos reales decretos que han tenido una eficacia limitada en el tiempo, pero su éxito de acogida ha favorecido la continuidad de este plan a través de la aprobación de sucesivas normas (48).

g) PIMA frío

El Real Decreto 1114/2018, de 7 de septiembre, regula la concesión directa de subvenciones para la implantación de instalaciones de refrigeración basadas en tecnologías alternativas a los gases fluorados de alto potencial de calentamiento atmosférico en establecimientos dedicados a la distribución comercial (Plan PIMA frío).

Según el art. 2.1. de la citada norma «podrán ser beneficiarias de las ayudas todas las personas físicas o jurídicas dedicadas a la distribución comercial

(46) Vid. Art. 6 de la norma citada *ut supra*.

(47) Vid. Real Decreto 128/2014, de 28 de febrero, que regula la concesión directa de ayudas del Plan de Impulso al Medio Ambiente «PIMA Aire 3» para la adquisición de vehículos comerciales y ciclomotores eléctricos e híbridos y bicicletas de pedaleo asistido por motor eléctrico.

(48) Vid. Real Decreto 989/2014, de 28 de noviembre, por el que se regula la concesión directa de ayudas del Plan de Impulso al Medio Ambiente «PIMA Aire 4» para la adquisición de vehículos comerciales, vehículos de gas y bicicletas de pedaleo asistido por motor eléctrico. En total este plan ha contado con 4 ediciones.

de alimentos que tengan su residencia fiscal en España. En el caso de establecimientos gestionados bajo un contrato de franquicia, será el franquiciado el que solicite la ayuda. Por distribución comercial de alimentos se consideran todos aquellos establecimientos dedicados al almacenamiento, exposición o distribución de productos, para su venta a usuarios finales, en venta al por menor y servicios alimentarios».

Se establecen una serie de requisitos (49) que aseguran que las nuevas instalaciones frigoríficas de los supermercados, que se acojan a las subvenciones reguladas por esta normativa, sean sostenibles por el uso de refrigerantes con un bajo o nulo potencial de calentamiento atmosférico y con muebles frigoríficos en su mayoría cerrados con puertas o tapas para que sean instalaciones energéticamente eficientes.

2. La regulación de instrumentos orientados a un sector difuso en concreto

A) Batería de medidas en el ámbito del transporte

Como ya hemos señalado *ut supra*, los sectores difusos contribuyeron, en 2016, a emitir el 62% de GEI en España. De todos los sectores difusos, el sector transporte es el mayor emisor y representa casi la mitad de las emisiones de los sectores difusos (50), de manera que acaba significando el 25% de las emisiones totales de GEI en España. Por lo tanto, se evidencia que el impacto del sector transporte en la emisión global de GEI en España es muy significativo.

Cuando nos referimos al sector transporte hemos de aclarar que en él se incluyen las emisiones de GEI del transporte por carretera, el transporte por ferrocarril de tracción diésel, el transporte marítimo nacional y el transporte por tubería. Quedan fuera de este sector las emisiones de GEI que derivan del transporte por ferrocarril de tracción eléctrica – que supone el 75% de los trayectos en ferrocarril – y la práctica totalidad del transporte aéreo nacional, que forman parte del RCDE UE (51).

Según datos del Ministerio de Transición Ecológica, el transporte por carretera –incluyendo pasajeros y mercancías– representa más del 80% de

(49) *Vid.* en el art. 4 del Real Decreto 1114/2018, de 7 de septiembre, regula la concesión directa de subvenciones para la implantación de instalaciones de refrigeración basadas en tecnologías alternativas a los gases fluorados de alto potencial de calentamiento atmosférico en establecimientos dedicados a la distribución comercial (Plan PIMA frío).

(50) En concreto, en 2016 un 48% según datos del hoy Ministerio de Transición Ecológica.

(51) <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/transporte.aspx> (consultado el 03/04/2019).

la movilidad global nacional y utiliza, en una proporción del 90%, combustible que deriva del petróleo, representando el 95% de las emisiones de GEI del sector (52). Esta realidad no solo afecta al clima, sino que hace que la calidad del aire de muchas ciudades españolas se vea afectada por la composición de los gases de los combustibles que derivan del petróleo, con todas las implicaciones que tiene este hecho sobre la salud de sus habitantes (53). Por ello, también la normativa sobre la calidad del aire y los planes de calidad del aire de las ciudades ponen especial atención en el sector del transporte (54).

Ante este panorama, tenemos claro que la reducción de emisiones de GEI en este sector, en el Estado español, pasa por incidir sobre todo en el transporte por carretera, adoptando medidas de todo tipo como, por ejemplo:

- Reducir el número de desplazamientos que utilizan el transporte privado para pasar al transporte colectivo, ya sea de la misma modalidad de carretera, ferrocarril o metro.
- Favorecer el uso de la bicicleta en las ciudades.
- Fomentar la retirada de los vehículos poco eficientes.
- Coadyuvar a favorecer la implantación del vehículo eléctrico o de otros que no utilicen combustibles fósiles.
- Limitar o prohibir el uso de motores diésel en las ciudades (55) y, a largo plazo, prohibir la circulación del motor de gasolina y diésel (56).

(52) <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/transporte.aspx> (consultado el 03/04/2019).

(53) Es evidente, pues, que existe una interrelación entre la reducción de los contaminantes locales del aire y la reducción de GEI.

(54) Vid. preámbulo, art. 16, disposición adicional 6ª, 7ª, 8ª, 9ª y anexo IV —que establece el Catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera—, de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

(55) El motor diésel es más contaminante que el motor de gasolina ya que, aparte de emitir CO₂, emite NO₂ (dióxido nitrógeno y partículas en suspensión). En Alemania algunas ciudades, como Stuttgart y Düsseldorf, han contemplado la prohibición de la circulación de los vehículos diésel más contaminantes, en determinadas zonas urbanas en sus planes para luchar contra la contaminación en los núcleos urbanos, y el Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo de Alemania ha avalado la competencia de las ciudades para tomar estas medidas para cumplir con la normativa de la calidad del aire. Otras muchas ciudades de países de la UE han prohibido la circulación de motores diésel y los de gasolina menos eficientes para luchar contra la contaminación atmosférica. Las ciudades han tomado la iniciativa en este terreno, pero cada vez hay más Estados que están estableciendo fechas a partir de las cuales se prohíbe circular con coches de combustión interna.

(56) El Bundesrat —el Consejo Federal alemán— ya ha aprobado una resolución para prohibir la venta en Alemania de vehículos diésel y gasolina en 2030. Otros países como Noruega y Países Bajos siguen esta senda.

- Facilitar la movilidad colectiva en los centros de trabajo, el teletrabajo, las videoconferencias y otros recursos electrónicos.
- Incentivar el transporte de mercancías marítimo y a través de ferrocarril, que tiene más capacidad que el camión (57).

Es evidente que es mucho muy fácil pensar, escribir y analizar sobre las medidas a tomar, para reducir emisiones de GEI en el sector transporte, que su materialización. Para rebajar el transporte de pasajeros privado hace falta, sobre todo, contar con un sistema público de transporte, ya sea autobús, ferrocarril, tranvía o metro, que en conjunto esté interconectado, sea fiable, eficiente, bien dimensionado y a un precio razonable. Para incentivar la retirada de vehículos emisores de GEI se necesitan medidas de fomento en este sentido. Para favorecer la movilidad urbana a pie o en bicicleta es menester contar con un modelo de ciudad compacta que incluya carriles bici, en gran parte de la ciudad, y aparcamientos de bicicletas. Para potenciar el transporte de mercancías por barco y ferrocarril hay que construir infraestructuras ferroviarias y favorecer las infraestructuras de intermodalidad, con centros logísticos de intercambio. Para facilitar la penetración de la utilización de vehículos eléctricos, entre otras cuestiones, hace falta presentar en el mercado modelos competitivos, contar con infraestructuras de recarga en zonas de acceso público y medidas de estímulo. En relación con el teletrabajo y el acceso a la movilidad colectiva al centro de trabajo es necesario, en muchos casos, la implicación de las empresas. Para fijar una fecha, por ejemplo de 20 o 30 años vista, en la que se establezca la prohibición de circulación del motor de gasolina o diésel, hace falta entender que es necesaria una apuesta decidida contra el cambio climático (y la contaminación), y contar con una clase política valiente

(57) Medidas parecidas han sido consideradas y analizadas por la «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020» (pp. 21 y ss.), apareciendo aquí, también, algunas medidas que dependen de la voluntad privada, como la movilidad cooperativa. Pasamos a citarlas:

- Tránsito modal del vehículo privado a la bicicleta en el transporte de pasajeros
- Tránsito modal del vehículo privado a modos de transporte colectivo en el transporte de pasajeros
- Tránsito modal de la carretera al ferrocarril en el transporte de mercancías
- Renovación natural de la flota de vehículos ligeros conforme a objetivos de reducción a 2020
- Introducción de vehículos de muy bajas emisiones de CO₂
- Introducción de biocombustibles de segunda generación en el transporte
- Teletrabajo y otras medidas de reducción de desplazamientos de pasajeros
- Conducción eficiente de vehículos
- Adelantar la renovación natural de vehículos ligeros al óptimo
- Gestión eficiente de flotas
- Uso de biogás en el transporte
- Movilidad cooperativa

En las pp. 70-72 del Resumen ejecutivo del Tercer informe sobre el cambio climático en Cataluña se postulan medidas parecidas.

que haga política a largo plazo y que se sitúe más allá del rédito político de las medidas adoptadas (58).

Hemos de tener en cuenta, además, el reparto competencial en la materia entre los diferentes poderes públicos, que otorga importantes competencias sobre transporte y medio ambiente a los entes locales —las tasas de estacionamiento, los gravámenes aplicables al tráfico urbano, las medidas contra la congestión del tráfico y los mecanismos para luchar contra la contaminación en las ciudades, entre otras—, a las Comunidades Autónomas (59) y al Estado (60), lo que requerirá de la correspondiente colaboración, cooperación y coordinación para poder conseguir unos resultados y unos objetivos coherentes y determinados.

En relación a la normativa estatal sobre la materia que nos afecta, en primer lugar, señalamos que existen una serie de disposiciones genéricas que se refieren a: los principios que han de aplicar las Administraciones públicas en la ordenación del sector del transporte (61); los principios que han de respetar las Administraciones públicas en la promoción de las políticas de movilidad sostenible (62); los objetivos que han de seguir las Administraciones públicas al desarrollar sus políticas de impulso de la movilidad sostenible (63); y los

(58) De todas formas, tenemos claro que sobre este tema lo difícil es romper el hielo y ya hay países que se han pronunciado en este sentido. Asimismo, es muy probable que la misma UE lo acabe determinando. Sobre esta medida, nos parece importante remarcar que hace falta señalar la prohibición con la antelación suficiente, para que la industria se prepare cuanto antes para ofrecer el producto necesario y el consumidor conozca hacia qué productos ha de orientar su consumo.

(59) *Vid.* art. 148.1.5 CE y arts. 48.1 y 169 del Estatut d'Autonomia de Catalunya.

(60) *Vid.* art. 149.1.21 CE.

(61) Donde se establece, entre otros, que las Administraciones públicas han de fomentar los medios de transporte de menos coste ambiental y energético y la intermodalidad. *Vid.* art. 93 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(62) Donde se señala, entre otros, «El cumplimiento de los tratados internacionales vigentes en España relativos a la preservación del clima y la calidad ambiental, en lo que concierne a la movilidad y la adecuación a las políticas comunitarias en esta materia». *Vid.* art. 99 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(63) Estos son:

«1. Contribuir a la mejora del medio ambiente urbano y la salud y seguridad de los ciudadanos y a la eficiencia de la economía gracias a un uso más racional de los recursos naturales.

2. Integrar las políticas de desarrollo urbano, económico, y de movilidad de modo que se minimicen los desplazamientos habituales y facilitar la accesibilidad eficaz, eficiente y segura a los servicios básicos con el mínimo impacto ambiental.

3. Promover la disminución del consumo de energía y la mejora de la eficiencia energética, para lo que se tendrán en cuenta políticas de gestión de la demanda.

4. Fomentar los medios de transporte de menor coste social, económico, ambiental y energético, tanto para personas como para mercancías, así como el uso de los transportes público y colectivo y otros modos no motorizados.

objetivos que han de perseguir las iniciativas públicas de eficiencia y ahorro energético en el transporte (64).

Por otro lado, en este ámbito, cabe evidenciar la importancia que tiene la planificación para poder materializar los objetivos que se pretenden conseguir. Así, se definen: los planes de movilidad sostenible —su ámbito territorial (65), la normativa que han de respetar, su contenido, la participación pública en su elaboración y revisión (66) y el fomento de su elaboración (67)—; el fomento e impulso de los planes de transporte en empresas, centros, parques o recintos equivalentes, que han de respetar los planes de movilidad sostenible aprobados en aquel ámbito territorial (68); y los planes de mejora de la calidad del aire que elaboran las Comunidades Autónomas e integran los planes de movilidad, que a su vez pueden contener los planes de transporte de empresa que se hayan aprobado en ese ámbito territorial (69).

Constatamos la existencia de dos mandatos muy concretos al Gobierno —presentar a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de movilidad sostenible (70) y actualizar el Plan Estratégico de Infraestructuras y Trans-

5. Fomentar la modalidad e intermodalidad de los diferentes medios de transporte, considerando el conjunto de redes y modos de transporte que faciliten el desarrollo de modos alternativos al vehículo privado».

Vid. art. 100 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(64) Vid. art.104 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(65) Que puede ser municipal, supramunicipal o autonómico.

(66) Vid. art. 101 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(67) Al respecto, se establece que las Entidades Locales y las Comunidades Autónomas solo recibirán ayudas o subvenciones del Estado, destinadas al transporte público urbano o metropolitano, sí disponen de un plan de movilidad sostenible coherente con la Estrategia Española de Movilidad Sostenible. Vid. art.102 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(68) Vid. art.103 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(69) Vid. art. 16 Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera.

(70) Con la pretensión de sentar las bases para «fomentar la accesibilidad y la movilidad sostenible, reforzar la seguridad del tráfico de personas y mercancías y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero». Vid. disposición adicional decimonovena la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Asimismo, encontramos que en la disposición adicional séptima Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, también existe este mandato añadiendo un nuevo contenido: «El Gobierno, en desarrollo de las medidas urgentes a adoptar contra el cambio climático, elaborará una *ley de movilidad sostenible* que incluirá, en el marco del diálogo social establecido, la obligación de la puesta en marcha de planes de transporte de empresa que reduzcan la utilización del automóvil en el transporte de sus trabajadores, fomenten otros modos de transporte menos contaminantes y contribuyan a reducir el número y el impacto de estos desplazamientos». La cursiva es nuestra.

portes (71)— que no se han materializado, incumpléndose los plazos establecidos (72).

Las medidas más concretas y operativas son las relativas a incentivar y fomentar los vehículos eficientes y no contaminantes (73) para el transporte por carretera. Esta realidad es coherente con el dato que, hemos apuntado *ut supra*, la movilidad por carretera es responsable de la emisión del 95% de GEI del sector. Seguidamente, pasamos a comentar estas disposiciones:

— La obligatoriedad de la «etiqueta de consumo de combustible y emisiones de CO₂» prevista en el anexo I.1 del Real Decreto 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español. A través de la disposición adicional novena de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, se dispone que dentro de las medidas urgentes que el Gobierno ha de adoptar para luchar contra el cambio climático está la inclusión de la obligatoriedad de la etiqueta prevista en el anexo I.2 del Real Decreto citado, que muestra de una forma descriptiva, evidente y clara el consumo de combustible y de emisiones de CO₂ de cada vehículo. Esta medida aún no se ha adoptado por el Gobierno y la información que se incluye en el anexo I.2 continúa teniendo carácter complementario y voluntario (74), quedando solo como obligatoria la colocación, claramente visible en cada modelo de turismo nuevo, de la Etiqueta sobre consumo de combustible y emisiones de CO₂ que contenga la información que aparece en el anexo I.1 del Real Decreto.

— Las subvenciones de concesión directa (75). Aparte de recordar el PIMA transporte y PIMA aire, analizados *ut supra*, tenemos que mencionar

(71) *Vid.* disposición adicional cuarta la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

(72) En el primer supuesto, el plazo es de seis meses desde la aprobación de la Ley de economía sostenible y, en el segundo supuesto, al plazo es de un año desde la entrada en vigor de la ley.

(73) En cumplimiento de la disposición adicional sexta de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera que establece el mandato de que «Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán los sistemas de transporte público y privado menos contaminantes».

(74) *Vid.* art. 3 Real Decreto 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la Información relativa al Consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español.

(75) En este ámbito se ha transitado de la promoción del vehículo eficiente, a través de las diferentes convocatorias del Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE), a la promoción del vehículo que utilizan energías alternativas, pasando por los vehículos eléctricos, a través de los programas MOVELE. Sobre estos instrumentos, que ya no son tan recientes, y para tener una visión más detallada de las previsiones de la UE y de la evolución de la normativa estatal *vid.* C.M^º ÁVILA RODRÍGUEZ (2017:72-77).

unos referentes normativos de los que derivan otros instrumentos de fomento que incluyen las infraestructuras de recarga. Nos referimos a la Directiva 2014/94/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos —en cuyo art. 1 se determina que se tendrán que elaborar los Marcos de Acción Nacional, para desarrollar la infraestructura de las energías alternativas en el sector del transporte, y, en concreto, los puntos de recarga y repostaje de los combustibles alternativos—, y al Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos, que transpone, junto con el Marco de Acción Nacional español de energías alternativas en el transporte (76), la Directiva citada.

Las convocatorias que se sitúan en este marco son el plan MOVEA 2017 —establecido por el Real Decreto 617/2017, de 16 de junio, que regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2017—, los planes MOVALT y el Programa MOVES. El Real Decreto, que acabamos de citar, entre otras cuestiones, regula el procedimiento de concesión directa de ayudas para incentivar la adquisición en España de vehículos nuevos (77) que sean eléctricos, híbridos, de gas licuado del petróleo (GLP/autogás), de gas natural comprimido (GNC), de gas natural licuado (GNL), de biofuel gasolina-gas, que se propulsen con pila de combustible y motocicletas eléctricas. Con ello se pretende, entre otros objetivos, fomentar la disminución de las emisiones de CO₂ y contribuir a la mitigación del cambio climático (78). En relación a los planes MOVALT, uno va dirigido a la implantación de infraestructuras de recarga de vehículos eléctricos —Resolución de 10 de enero de 2018, de la Dirección General de la Entidad pública empresarial Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE)— y hay otro que se centra en la adquisición de vehículos de energías alternativas —Resolución

(76) Aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros el 9 de diciembre de 2016.

(77) En el caso de la adquisición de vehículos eléctricos y de pila de combustible, que no sean motocicletas, quedan incluidos también los vehículos que tengan hasta 9 meses de antigüedad, desde la primera matriculación hasta que se solicita la ayuda, que sean de titularidad del concesionario y que hayan servido como vehículo de demostración o prueba. *Vid.* art. 1.3 Real Decreto 617/2017, de 16 de junio, que regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2017.

(78) La durabilidad de la medida se extiende desde al día siguiente de la publicación de la norma en el BOE hasta el 15 de octubre de 2017 o con anterioridad, si se agotan los importes establecidos en el citado Real Decreto. *Vid.* art. 7 Real Decreto 617/2017, de 16 de junio, que regula la concesión directa de ayudas para la adquisición de vehículos de energías alternativas, y para la implantación de puntos de recarga de vehículos eléctricos en 2017.

de 21 de noviembre de 2017, de la Dirección General de la Entidad Pública Empresarial Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE)—. Finalmente, el Programa MOVES, regulado en el Real Decreto 72/2019, de 15 de febrero, por el que se regula el programa de incentivos a la movilidad eficiente y sostenible, subvenciona las siguientes actuaciones (79): adquisición de vehículos de energías alternativas, siendo obligatorio el achatarramiento de un vehículo M1 (80) de más de diez años o de un vehículo N1 (81) de más de siete años para las adquisiciones de vehículos nuevos M1 o N1; implantación de infraestructura de recarga de vehículos eléctricos; implantación de sistemas de préstamos de bicicletas eléctricas; e implantación de medidas contenidas en planes de transporte al trabajo en empresas.

— La contratación pública verde. Cabe destacar la toma en consideración en la contratación pública del impacto energético y ambiental de la vida útil de los vehículos (82), que han de adquirir los poderes adjudicadores y otros operadores en el ámbito de un contrato de servicio público. Esta toma en consideración se articulará o bien «estableciendo especificaciones técnicas para el comportamiento energético y ecológico en la documentación relativa a la compra de vehículos de transporte por carretera para cada uno de los impactos considerados» o incluyendo estos impactos como criterios de adjudicación/compra (83). En este mismo sentido, en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, se establece el mandato de incorporar de forma preceptiva en la contratación pública criterios medioambientales relacionados con el objeto del contrato (84).

— El impuesto de primera matriculación como medida impositiva que exonera a los vehículos no contaminantes. Al respecto, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales, expresa que se ha establecido este impuesto para, entre otras razones, compensar los costes sociales que el uso de los vehículos significa en varios ámbitos como la sanidad, la circulación viaria, las infraestructuras y el medio ambiente. El citado impuesto grava la primera matriculación en España de vehículos nuevos o usados provistos de

(79) Siempre que cumplan los requisitos que se establecen en el anexo I del Real Decreto citado.

(80) Turismos, transporte de conductor más 8 plazas como máximo.

(81) Furgonetas o camiones ligeros con una masa máxima autorizada igual o inferior a 3.500 kgr.

(82) Para valorar los impactos citados como mínimo se tendrá en cuenta el consumo de energía, las emisiones de CO₂, de NOX, de NMHC y partículas.

(83) Vid. art.105, 106 y disposición adicional 6 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Sobre el carácter ordenador de la contratación en el ámbito medioambiental *in totum* I, SANZ RUBIALES (2018:49-80).

(84) Vid. preámbulo y art. 1.3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

motor para su propulsión. La base imponible es el importe satisfecho por el adquirente y los tipos impositivos aumentan en función de las emisiones de CO₂. En el caso que las emisiones no sean superiores a 120g/km se aplica el tipo 0 y, por tanto, el importe del impuesto es 0 (85). En cambio, la regulación del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (86), que grava anualmente la titularidad de los vehículos mecánicos aptos para circular por las vías públicas (87), no sigue esta lógica y las tarifas que se utilizan para calcular el importe del impuesto se estipulan en función de los caballos fiscales, para cuyo cálculo se tienen en cuenta las siguiente variables: el diámetro del cilindro en centímetros, el recorrido del pistón en centímetros, el número de cilindros de que consta el motor y, en los coches eléctricos, los kilovatios.

— Como medida desincentivadora del transporte de mercancías por carretera tenemos la «euroviñeta», regulada por el Real Decreto 286/2014, de 25 de abril, que establece los criterios para la determinación de los peajes (88) a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías (89) en autopistas en régimen de concesión de la red de carreteras del Estado, a través del cual se incorpora al derecho español la Directiva 2011/76/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre, por la que se

(85) Esta regla no es válida para los vehículos tipo «quad» y determinadas motocicletas que sí que han de pagar el citado impuesto. *Vid.* arts. 65 a 74 Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales. Hay que tener en cuenta que, actualmente, en la homologación de vehículos las pruebas de emisiones que se realizan incluyen situaciones de conducción real, dando como resultado la emisión de más gases que antes, cuando las pruebas se realizaban en laboratorio. Esta realidad repercute en el importe a pagar del impuesto de primera matriculación.

(86) Que encontramos en los art. 92 a 99 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a través del cual se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales

(87) Hay una serie de vehículos que no están sujetos o están exentos de este impuesto. *Vid.* art. 92.3 y 93.

(88) En la norma se establece que los peajes que se apliquen se modularan en función de la categoría «euro» de emisión del vehículo pesado. De manera que obtendrán mayores reducciones los vehículos que cumplan las normas de emisiones más estrictas. Los vehículos se clasifican en «EURO 0», «EURO I», «EURO II», «EURO III», «EURO IV», «EURO V», y «VEM». *Vid.* arts. 2, 3 y 8 Real Decreto 286/2014, de 25 de abril, por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado.

(89) Según el Real Decreto citado, los peajes se aplican a los vehículos pesados, que se definen como «vehículo a motor, o conjunto de vehículos, destinados o utilizados exclusivamente para el transporte de mercancías por carretera y cuya masa máxima autorizada sea superior a 3,5 toneladas». *Vid.* art. 2 y 3 Real Decreto 286/2014, de 25 de abril, por el que se establecen los criterios para la determinación de los peajes a aplicar a determinados vehículos de transporte de mercancías en autopistas en régimen de concesión de la Red de Carreteras del Estado.

modifica la Directiva 1999/62/CE, relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras. El objetivo de esta norma es recuperar los costes de la infraestructura a través de los peajes, de manera que su importe «estará en relación con los costes de construcción, desarrollo, conservación, mantenimiento y explotación de la red de infraestructura de que se trate (90)», sin olvidar que en estos costes «se podrán incluir los gastos específicos de actuaciones destinadas a reducir la contaminación acústica o a mejorar la seguridad vial, así como las inversiones realizadas por el concesionario que correspondan a actuaciones medioambientales objetivas como, por ejemplo, la protección contra la contaminación del suelo» (91).

— La normativa sobre biocarburantes (92). El marco normativo de la UE establece que cada Estado miembro velará por que la cuota de energía procedente de fuentes renovables en todos los tipos de transporte en 2020 sea, como mínimo, equivalente al 10% de su consumo final de energía en el transporte (93). En aras a la consecución de este objetivo, de conformidad con los principios del derecho ambiental, en el ámbito estatal se determinan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes (94), su sistema de verifi-

(90) Vid. art. 4.1 de la citada norma.

(91) Vid. art. 2, d) de la citada norma. Un estudio sobre esta regulación lo encontramos en L.M.^o MOLINOS RUBIO (2015:475-498).

(92) Por biocarburante se entiende: «un combustible líquido o gaseoso *utilizado para el transporte*, producido a partir de biomasa». Por biomasa se entiende: «la fracción biodegradable de los productos, desechos y residuos de origen biológico procedentes de actividades agrarias (incluidas las sustancias de origen vegetal y de origen animal), de la silvicultura y de las industrias conexas, incluidas la pesca y la acuicultura, así como la fracción biodegradable de los residuos industriales y municipales». El biolíquido es un combustible también producido a partir de biomasa pero que no se utiliza para el transporte. Vid. art.2 del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el sistema nacional de verificación de la sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo. La cursiva es nuestra.

(93) 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 y por la que se modifican y derogan las Directivas 201/77/CE y 2003/30/CE.

(94) Los criterios de sostenibilidad son varios:

— Se contemplan reducciones de emisión de GEI en el proceso de producción de los biocarburantes. En concreto, se prevé que a partir del 01/01/2018, en las instalaciones operativas después de 05/10/2015 se reducirá la emisión de GEI en un 60% y en las que ya estaban operativas el 05/10/2015, la reducción de emisiones de GEI será de un 35%, como mínimo, durante el 2017 y del 50%, como mínimo, a partir de 01/01/2018.

Para los biocarburantes producidos a partir de desechos y/o residuos agrícolas además se han de cumplir también los siguientes criterios de sostenibilidad:

— Los biocarburantes no se pueden producir a partir de materias primas que proceden de tierras con un elevado valor en cuanto a biodiversidad.

cación (95) y la existencia de biocarburantes, producidos a partir de ciertas materias primas cuya producción o existencia no implica directamente la ocupación de nuevas tierras (96), que cuentan el doble a efectos de la consecución del cómputo del 10% de consumo de energía procedente de fuentes renovables en todas las formas de transporte. Además, se establecen objetivos de venta o consumo de biocarburantes para los operadores al por mayor, las empresas que distribuyen al por menor y los consumidores de productos petrolíferos, en la parte que no se suministre por los sujetos anteriormente citados (97). Para cumplir con estos últimos objetivos también se aplica el doble cómputo a los biocarburantes producidos con las materias primas que no suponen la ocupación de nuevas tierras de forma directa (98).

— Los biocarburantes no se pueden producir a partir de materias primas que proceden de tierras con elevadas reservas de carbono.

— Los biocarburantes no pueden provenir de materias primas producidas en tierras que en enero de 2008 eran turberas o cualquier tipo de humedal.

— Las materias primas agrícolas que se utilicen para producir biocarburantes se han de producir cumpliendo las condiciones agrarias y medioambientales establecidas por la normativa de la UE para que los agricultores reciban las ayudas correspondientes en el marco de la política agrícola común. *Vid.* art. 4 del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el sistema nacional de verificación de la sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo.

(95) *Vid.* art. 6, 8, 11 del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el sistema nacional de verificación de la sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo.

(96) Referenciadas en el anexo IV del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema nacional de verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo. Se potencia con esta medida los biocarburantes que utilizan materias primas que su producción no implica la ocupación de tierras de forma directa, sino que se ocupan éstas para otros cultivos o actividades que acaban generando estas materias primas. Por ejemplo, residuos de mazorca limpios de germen de maíz, cascara de frutos secos, orujo de uva y lías de vino, estiércol animal y lodos de depuración, biorresiduos recogidos de hogares particulares, aceite de cocina usado, determinadas grasas animales, residuos de la silvicultura y de las industrias forestales (...).

(97) En la disposición adicional primera, del Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de fomento de los biocarburantes, se establecen los siguientes objetivos obligatorios mínimos de venta o consumo de biocarburantes: para 2016 el 4,3%, para 2017 el 5%, para 2018 el 6%, para 2019 el 7%, para 2020 el 8.5%.

(98) Incluidas en el anexo IV del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema nacional de verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo.

B) La edificación: el horizonte próximo de consumos de energía casi nulos

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, autoriza al Gobierno para que, mediante Real Decreto, apruebe un Código Técnico de la Edificación (en adelante, CTE) que establezca las exigencias básicas de seguridad y habitabilidad que se tienen que cumplir «en el proyecto, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones que se realicen en los edificios existentes» para «garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente». Dichas exigencias básicas (99) se han de establecer en relación a los diferentes requisitos básicos determinados en la Ley de ordenación de la edificación, entre los que se encuentran el «ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio» (100). Este mandato del legislador se materializa a través de la aprobación del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE, que al definir el objetivo «ahorro de energía» determina que se ha de reducir «a límites sostenibles el consumo y conseguir asimismo que una parte de este consumo proceda de fuentes de energía renovable (...)». A efectos del objeto de este trabajo, las exigencias básicas del requisito «ahorro de energía» (HE) son: limitación de demanda energética (101), rendimiento de las instalaciones térmicas (102), eficiencia energética de las instalaciones de iluminación (103),

(99) Las exigencias básicas se definen como «prestaciones de carácter cualitativo que los edificios deben cumplir para alcanzar la calidad que la sociedad demanda». *Vid.* art. 9 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(100) *Vid.* disposición final segunda y art. 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

(101) 15.1 Exigencia básica HE 1: «Limitación de demanda energética: los edificios dispondrán de una envolvente de características tales que limite adecuadamente la demanda energética necesaria para alcanzar el bienestar térmico en función del clima de la localidad, del uso del edificio y del régimen de verano y de invierno, así como por sus características de aislamiento e inercia, permeabilidad al aire y exposición a la radiación solar, reduciendo el riesgo de aparición de humedades de condensación superficiales e intersticiales que puedan perjudicar sus características y tratando adecuadamente los puentes térmicos para limitar las pérdidas o ganancias de calor y evitar problemas higrotérmicos en los mismos». *Vid.* art. 15 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(102) 15.2 Exigencia básica HE 2: «Rendimiento de las instalaciones térmicas: los edificios dispondrán de instalaciones térmicas apropiadas destinadas a proporcionar el bienestar térmico de sus ocupantes. (...)». *Vid.* art. 15 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(103) 15.3 Exigencia básica HE 3: «Eficiencia energética de las instalaciones de iluminación: los edificios dispondrán de instalaciones de iluminación adecuadas a las necesidades de sus usuarios y a la vez eficaces energéticamente disponiendo de un sistema de control

contribución solar mínima de agua caliente sanitaria (104) y contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica (105).

Para asegurar el cumplimiento de estas exigencias básicas acabadas de mencionar, y superar los niveles mínimos de calidad del requisito básico «ahorro de energía», se han de cumplir unos parámetros objetivos y procedimientos incluidos en el Documento Básico «DB-HE Ahorro de Energía» (106) situado en la parte II del CTE (107).

De forma más específica y complementaria se aprueba el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instalaciones térmicas en los edificios (108). En la parte I de dicha norma se dispone

que permita ajustar el encendido a la ocupación real de la zona, así como de un sistema de regulación que optimice el aprovechamiento de la luz natural, en las zonas que reúnan unas determinadas condiciones». *Vid.* art. 15 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(104) 15.4 Exigencia básica HE 4: «Contribución solar mínima de agua caliente sanitaria: en los edificios con previsión de demanda de agua caliente sanitaria o de climatización de piscina cubierta, en los que así se establezca en este CTE, una parte de las necesidades energéticas térmicas derivadas de esa demanda se cubrirá mediante la incorporación en los mismos de sistemas de captación, almacenamiento y utilización de energía solar de baja temperatura adecuada a la radiación solar global de su emplazamiento y a la demanda de agua caliente del edificio o de la piscina. Los valores derivados de esta exigencia básica tendrán la consideración de mínimos, sin perjuicio de valores que puedan ser establecidos por las Administraciones competentes y que contribuyan a la sostenibilidad, atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial». *Vid.* art. 15 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(105) 15.5 Exigencia básica HE 5: «Contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica: en los edificios que así se establezca en este CTE se incorporarán sistemas de captación y transformación de energía solar en energía eléctrica por procedimientos fotovoltaicos para uso propio o suministro a la red. Los valores derivados de esta exigencia básica tendrán la consideración de mínimos, sin perjuicio de valores más estrictos que puedan ser establecidos por las Administraciones competentes y que contribuyan a la sostenibilidad, atendiendo a las características propias de su localización y ámbito territorial». *Vid.* art. 15 Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE.

(106) Estos documentos, que se aprueban reglamentariamente, se basan en el conocimiento de las distintas técnicas constructivas y se actualizan en función de los avances técnicos y las demandas sociales. *Vid.* art. 3.1.b). Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el CTE. El contenido de estos documentos se contempla en el art. 3.2.

(107) Esta normativa estatal tiene carácter básico y se dicta en base a los art. 149.1.16, 23 y 25 de la Constitución en materia de bases y coordinación nacional de la sanidad, protección del medio ambiente y bases del régimen minero y energético, respectivamente.

(108) En el reglamento se establece que se consideran instalaciones térmicas de edificios «las instalaciones fijas de climatización (calefacción, refrigeración y ventilación) y de producción de agua caliente sanitaria, destinadas a atender la demanda de bienestar térmico e higiene de las personas» *Vid.* art. 2.1.

que las instalaciones térmicas de edificios deben cumplir, entre otras (109), las exigencias técnicas de eficiencia energética (110) que han de servir para reducir el consumo de energía convencional y, por lo tanto, las emisiones de GEI. Para ello, estas exigencias se han de cumplir durante el diseño, dimensionado, ejecución, mantenimiento y uso, siguiendo las instrucciones técnicas que se determinan en la parte II de la norma.

Tanto el CTE como el reglamento de instalaciones térmicas en los edificios han sido modificados (111) para adaptarse a las exigencias de la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios. Esta Directiva establece una fecha límite a partir de la cual los edificios nuevos tendrán que posibilitar un consumo de energía casi nulo —después de 31/12/2018 en los edificios nuevos que

(109) También se establece el cumplimiento de exigencias técnicas en el ámbito de la seguridad y el bienestar e higiene. *Vid.* arts. 10 a 13.

(110) Al respecto, el art. 12 expresa: «Las instalaciones térmicas deben diseñarse y calcularse, ejecutarse, mantenerse y utilizarse de tal forma que se reduzca el consumo de energía convencional de las instalaciones térmicas y, como consecuencia, las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes atmosféricos, mediante la utilización de sistemas eficientes energéticamente, de sistemas que permitan la recuperación de energía y la utilización de las energías renovables y de las energías residuales, cumpliendo los requisitos siguientes:

1. Rendimiento energético: los equipos de generación de calor y frío, así como los destinados al movimiento y transporte de fluidos, se seleccionarán en orden a conseguir que sus prestaciones, en cualquier condición de funcionamiento, estén lo más cercanas posible a su régimen de rendimiento máximo.

2. Distribución de calor y frío: los equipos y las conducciones de las instalaciones térmicas deben quedar aislados térmicamente, para conseguir que los fluidos portadores lleguen a las unidades terminales con temperaturas próximas a las de salida de los equipos de generación.

3. Regulación y control: las instalaciones estarán dotadas de los sistemas de regulación y control necesarios para que se puedan mantener las condiciones de diseño previstas en los locales climatizados, ajustando, al mismo tiempo, los consumos de energía a las variaciones de la demanda térmica, así como interrumpir el servicio.

4. Contabilización de consumos: las instalaciones térmicas deben estar equipadas con sistemas de contabilización para que el usuario conozca su consumo de energía, y para permitir el reparto de los gastos de explotación en función del consumo, entre distintos usuarios, cuando la instalación satisfaga la demanda de múltiples consumidores.

5. Recuperación de energía: las instalaciones térmicas incorporarán subsistemas que permitan el ahorro, la recuperación de energía y el aprovechamiento de energías residuales.

6. Utilización de energías renovables: las instalaciones térmicas aprovecharán las energías renovables disponibles, con el objetivo de cubrir con estas energías una parte de las necesidades del edificio».

(111) Real Decreto 238/2013, de 5 de abril, por el que se modifican determinados artículos e instrucciones técnicas del reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio y Orden FOM/1635/2013, de 10 de septiembre, por la que se actualiza el Documento Básico DB-HE «Ahorro de Energía», del CTE, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

estén ocupados y sean propiedad de autoridades públicas y, como muy tarde, 31/12/2020 en todos los edificios nuevos (112)—, es decir, tener un nivel de eficiencia energética muy alto. Según el art. 2.2 de la norma: «la cantidad casi nula o muy baja de energía requerida debería estar cubierta, en muy amplia medida, por energía procedente de fuentes renovables, incluida energía procedente de fuentes renovables producida *in situ* o en el entorno» (113). En cumplimiento de las exigencias de esta Directiva se aprueba la Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (114) —después, en parte, incorporada en el 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— y el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios (115).

Para facilitar el objetivo de que el consumo de energía procedente de fuentes renovables sea energía producida *in situ* o en el entorno es fundamental la aprobación del Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, en cuyo art. 18 modifica la Ley del sector eléctrico estableciendo que «la energía autoconsumida de origen renovable, cogeneración o residuos estará exenta de todo tipo de cargos y peajes. En el caso en que se produzca transferencia de energía a través de la red de distribución en instalaciones próximas a efectos de autoconsumo se podrán establecer las cantidades que resulten de aplicación por el uso de dicha red de distribución. Los excedentes de las instalaciones de generación asociadas al autoconsumo estarán sometidos al mismo tratamiento que la energía producida por el resto de las instalaciones de producción, al igual que los déficits de energía que los autoconsumidores adquieran a través de la red de transporte o distribución estarán sometidos al mismo tratamiento que los del resto de consumidores». De manera que solo

(112) *Vid.* art. 9 Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios.

(113) Sobre la evolución normativa en este ámbito *vid.* S. GALERA RODRIGO (2014:86-108). Un estudio del marco normativo sobre la eficiencia energética de los edificios en M^o A. GONZÁLEZ BUSTOS (2017:144-164).

(114) Un estudio detallado sobre esta norma lo encontramos en J.C. ALLI ARANGUREN (2014:209-239), y sobre la gobernanza urbana en coherencia con los objetivos de sostenibilidad determinados por la normativa en J. GÍFREU FONT (2018:117-124).

(115) En esta norma se determina que, con el objetivo de promover la eficiencia energética, «cuando se construyan, vendan o alquilen edificios o unidades de éstos, el certificado de eficiencia energética o una copia de éste se deberá mostrar al comprador o nuevo arrendatario potencial y se entregará» al mismo para que valore y compare antes de tomar una decisión. *Vid.* art. único. La certificación de eficiencia energética de las viviendas podría servir para establecer exenciones impositivas a las viviendas con una alta o muy alta eficiencia energética. En este sentido se pronuncia M. VILLCA POZO (2017:1-22).

existirán costes asociados a la red de distribución cuando esta se utilice para demandar o verter energía. Esta realidad potencia la sostenibilidad económica de la inversión necesaria para autoconsumir energía debido a que, por un lado, se ahorra por el variable de consumo y, por otro lado, se elimina el cargo fijo al autoconsumo, se haya utilizado o no la red de distribución durante un determinado periodo.

Cabe señalar que el normador estatal tiene pendiente de transponer algunas exigencias contempladas en la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética (116), y en la Directiva 2018/2002/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifica la Directiva acabada de citar. En concreto, nos referimos a la introducción de contadores individuales y repartidores de costes del consumo de calefacción y agua caliente sanitaria, en instalaciones que tienen sistemas centralizados. El establecimiento de estos sistemas de contadores individuales es importante para contribuir a la eficiencia energética y, por ende, a la reducción de emisiones de GEI porque es un instrumento que permite que cada vecino pague en función del consumo que realiza y, así, evitar que se consuma energía en los pisos vacíos y ajustar el consumo de cada casa en función de sus necesidades.

C) Los residuos y el necesario tránsito hacia una economía circular

Como ya hemos tenido ocasión de constatar, el sector de los residuos representó en 2016 el 7% de las emisiones de GEI de un total de 198,5 MTCO₂, que emitieron el conjunto de los sectores difusos.

Sobre la gestión de los residuos, la normativa vigente promueve la protección de la salud humana y el medio ambiente en la prevención en la generación de residuos, su reutilización, su reciclaje y, si fuera necesario, su tratamiento para su valorización (117) y, en último término, su eliminación (118). Todos estos criterios, de entrada, pretenden reducir el impacto del sector de los residuos en la generación de GEI.

(116) Por este motivo la Comisión Europea ha denunciado a España ante el Tribunal de Justicia de la UE.

(117) En este sentido, la Orden AAA/1072/2013, de 7 de junio, sobre utilización de lodos de depuración en el sector agrario, fomenta «la valorización de los lodos de depuración mediante su aplicación a los suelos agrarios, garantizando simultáneamente una protección eficaz del medio ambiente» y «promueve la transparencia en materia de producción y gestión de residuos y asegura su trazabilidad».

(118) Vid. Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Un estudio sobre la diferenciación entre valorización y eliminación en N. DE SADELEER (2017:234-246).

En la normativa estatal (119) se articulan dos sistemas de reutilización y reciclado de residuos: el sistema de depósito, devolución y retorno y el sistema integrado de gestión de residuos de envases. El sistema de depósito se caracteriza por el hecho que los envasadores y los comerciantes cobran a los clientes una cantidad por cada envase que les será devuelta cuando los clientes retornen el envase a los comerciantes. Los envasadores y comerciantes solo están obligados a aceptar el retorno de los envases de los productos que ellos hayan puesto en el mercado. El sistema integrado es más complejo e intervienen más sujetos. Según nuestro parecer, el sistema integrado de gestión de residuos sale más caro al consumidor porque, por un lado, el municipio ha de cubrir la recogida selectiva de los envases y la ha de transportar a la planta separadora y clasificadora, que prepara el material para entregarlo a los reutilizadores, recuperadores o recicladores de envases, o la transporta directamente a los centros de reciclado o valorización, si el ente local opta por un sistema de clasificación y separación de envases previo. Por otro lado, los envasadores han de financiar el coste de estas plantas separadoras y preparadoras, y no se nos escapa que este coste, de una manera u otra, se repercutirá en el producto que finalmente paga el consumidor. Además, no podemos obviar que esta necesidad que tiene el sistema integrado de ir transportando los envases de un sitio a otro lo hace ambientalmente menos sostenible. En cambio, el transporte en el sistema de depósito es una variable ya incluida en el proceder de los actores implicados —al ir a comprar a los comercios se aprovecha para devolver los envases y los comercios devuelven los envases a los envasadores cuando se proveen de más productos envasados—. Otra característica que incrementa la sostenibilidad del sistema de devolución es que evita la destrucción de los envases, con el consiguiente ahorro en emisiones que representa volver a fabricarlos. Lamentablemente, nuestros operadores han optado por el sistema integrado (120).

En nuestro sistema de gestión de residuos existen importantes emisiones de GEI derivadas, sobre todo, de la práctica histórica de verter residuos orgánicos en vertederos. Así, el gran problema al que se enfrenta el sector son las emisiones procedentes de los vertederos, que representan el 80% de las emisiones de GEI del sector, ya que la descomposición anaeróbica de los vertidos orgánicos en los vertederos genera metano (CH₄) durante más de 20 años. Por ello, por un lado, se ha puesto en marcha la Estrategia «Más

(119) Vid. Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases.

(120) Ahora bien, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, prevé que, en el caso que no se cumplan los objetivos de gestión determinados por la normativa, los productores de productos que con el uso se convierten en residuos pueden ser obligados a establecer sistemas de depósito que garanticen la devolución y retorno del producto para su reutilización. Vid. art. 31.2 y 3 Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

alimento menos desperdicio» (121) y, por otro lado, se incentiva la recogida separada de la fracción orgánica (122) para valorizarla (123) como biometano o compost (124).

El reto actual del ordenamiento español (125) es la transposición, antes del 5 de julio de 2020, y la aplicación material de los mandatos de las directivas de la UE que forman parte del «Nuevo paquete de economía circular (126) de la Comisión Europea». En este sentido: se ordenan medidas para efectuar la transición a una economía circular mediante la reducción o prevención de la

(121) Esta estrategia se subtitula «Programa para la reducción de las pérdidas y el desperdicio alimentario y la valorización de los alimentos desechados», Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2013.

(122) Como muestra de este incentivo, en el art. 24 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, se determina que las autoridades ambientales han de emprender medidas para impulsar:

«a) La recogida separada de biorresiduos para destinarlos al compostaje o a la digestión anaerobia en particular de la fracción vegetal, los biorresiduos de grandes generadores y los biorresiduos generados en los hogares.

b) El compostaje doméstico y comunitario.

c) El tratamiento de biorresiduos recogidos separadamente de forma que se logre un alto grado de protección del medio ambiente llevado a cabo en instalaciones específicas sin que se produzca la mezcla con residuos mezclados a lo largo del proceso. En su caso, la autorización de este tipo de instalaciones deberá incluir las prescripciones técnicas para el correcto tratamiento de los biorresiduos y la calidad de los materiales obtenidos.

d) El uso del compost producido a partir de biorresiduos y ambientalmente seguro en el sector agrícola, la jardinería o la regeneración de áreas degradadas, en sustitución de otras enmiendas orgánicas y fertilizantes minerales».

(123) En este sentido se pronuncia el art. 5 del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero. En este artículo se establece el mandato a la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas de que elaboren un programa conjunto donde se establezcan las acciones necesarias para alcanzar los objetivos de reducción progresiva y creciente, establecidos en el apartado 2 del citado artículo, de los residuos biodegradables destinados a vertedero. Asimismo, en el anexo I apartado 4 de esta norma se dispone que «en todos los vertederos que reciban residuos biodegradables se recogerán los gases de vertedero, se tratarán y se aprovecharán. Si el gas recogido no puede aprovecharse para producir energía, se deberá quemar».

(124) Vid. <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/gestion-residuos.aspx> (consultada el 20/02/2019).

(125) Actualmente, se encuentra en proceso de elaboración la Estrategia Española de Economía Circular. Una valoración sobre el borrador lo realiza B. PUENTES COCIÑA (2018:1-39).

(126) La Comisión define la economía circular como un modelo donde «el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos». Vid. el documento COM (2015)614 final de 02/12/2015 donde se presenta la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones titulada «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular». Dentro de este plan de acción se prevén cambios normativos necesarios para facilitar y posibilitar esta economía circular.

generación de residuos y mediante la mejora de la eficiencia del uso de los recursos a través de la valorización de materiales (127); se establecen objetivos para reducir la eliminación final de los envases y residuos de envases, poniendo el acento en el fomento del aumento de los envases reutilizables y fijando objetivos de reciclaje concretos, cada vez más ambiciosos, para los diferentes materiales contenidos en los residuos de envase (128); se adoptan reducciones del depósito de residuos en vertedero y la pretensión de no admitir en los vertederos, a partir de 2030, residuos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización (129); se determina que los Estados miembros, para cumplir con los objetivos fijados en las correspondientes Directivas —relativas a los vehículos al final de su vida útil, a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y a los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos—, han de adoptar instrumentos económicos y otras medidas que consideren necesarias para incentivar la aplicación de la jerarquía de residuos (130).

D) La ganadería, la agricultura y el estímulo del pago verde

En este epígrafe nos vamos a centrar en la normativa y las medidas relativas a la reducción de emisiones de GEI tanto en el ámbito de la agricultura como de la ganadería. Por lo tanto, no es nuestro objetivo, en este apartado, tratar las medidas relativas al uso de la tierra, cambios en el uso de la tierra y la silvicultura como sumideros de la humanidad, aunque algunas de las medidas existentes en el sector de la agricultura y ganadería cumplen con ambos objetivos de forma simultánea.

En relación al peso de las emisiones de GEI en España de este sector, sabemos que en el año 2016 significaron un 17% del total de las emisiones difusas, ocupando el segundo lugar por detrás del transporte. De todas ellas, aproximadamente, la mitad corresponde a emisiones generadas por el uso de fertilizantes y la gestión de los suelos y la otra mitad provienen de la ganadería —de la gestión de estiércoles y emisiones de fermentación entérica— (131).

(127) Vid. Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos.

(128) Vid. Directiva (UE) 2018/852 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases.

(129) Vid. Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos.

(130) Vid. la Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

(131) <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/agricola.aspx>. (consultado el 4/02/2019).

En este ámbito, la normativa estatal existente sirve, básicamente, para facilitar la aplicación de los reglamentos de la UE existentes sobre la materia (132) en territorio estatal como, por ejemplo, el Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, así como sobre la gestión y control de los pagos directos y de los pagos al desarrollo rural. En esta norma se determinan las prácticas agrícolas beneficiosas para el clima y el medio ambiente que han de cumplir los agricultores con derecho a un pago, en virtud del régimen de pago básico (133), en todas las hectáreas pertinentes según las características de la explotación. De manera que los agricultores que respeten la diversificación de cultivos (134), mantengan los pastos permanentes existentes (135), cuenten con superficies de interés ecológico en sus explotaciones (136), traten superficies dedicadas a cultivos perma-

(132) El Reglamento (UE) n.º 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n.º 637/2008 y (CE) n.º 73/2009 del Consejo y el Reglamento (UE) n.º 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.º 352/78, (CE) n.º 165/94, (CE) n.º 2799/98, (CE) n.º 814/2000, (CE) n.º 1290/2005 y (CE) n.º 485/2008 del Consejo.

(133) Regulado en el Real Decreto 1076 /2014, de 19 de diciembre, sobre asignación de derechos de régimen de pago básico de la política agrícola común. Se trata de un pago que reciben los agricultores en activo que realizan actividad agraria.

(134) La diversificación de cultivos o policultivos es una práctica que implica producir dos o más cultivos simultáneamente de forma intercalada o en forma de mosaico en el terreno que se posee. Esta forma de cultivar disminuye la necesidad de fertilizantes, plaguicidas y pesticidas, muchos de ellos emisores de GEI.

(135) Los pastos permanentes conservan mejor la materia orgánica y evitan emisiones de GEI.

(136) Según el art. 24.2, se consideran superficies de interés ecológico:

a) Las tierras en barbecho. Dicha técnica sirve para que la tierra recupere minerales y para eliminar las plagas. De esta manera se evita o minora el uso de fertilizantes y plaguicidas que emiten GEI. Además, para que el barbecho pueda ser considerado de interés ecológico se prohíbe el uso de productos fitosanitarios.

b) Las superficies dedicadas al cultivo sin productos fitosanitarios de las siguientes leguminosas fijadoras de nitrógeno: judía, garbanzo, lenteja, guisante, habas, altramuza, algarroba, titarros o almortas, veza o alverja, yeros, alholva, alverjón, alfalfa, esparceta, zulla, trébol, soja, cacahuete, crotalaria. Se admiten mezclas de estos cultivos con otros que no tengan esta capacidad de fijación siempre que predomine el cultivo fijador de nitrógeno.

Las buenas prácticas agrícolas postulan que el establecimiento de estos cultivos fijadores de nitrógeno en la tierra sirve para que otros cultivos simultáneos o sucesivos, que requieran nitrógeno, se beneficien de esta fijación. Así se evita el uso de fertilizantes que liberan GEI a la atmósfera.

c) Las superficies forestadas de conformidad con el art. 31 del Reglamento (CE) n.º 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, con el art. 43 del Reglamento (CE)

nentes (137) o utilicen métodos de producción ecológica (138), que cumplan los requisitos establecidos en la normativa, se les «concederá un pago anual por cada hectárea admisible vinculada a un derecho de pago básico» (139). En definitiva, junto al pago básico se adicionan pagos complementarios, como el acabado de explicar, también denominado «pago verde o greening». Otra cuestión importante del Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, objeto de estudio, es que establece un sistema integrado de gestión y control de las ayudas que permite gestionar y controlar los pagos directos previstos en el anexo I del Reglamento (UE) 1307/2013, de 17 de diciembre, por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común, y los pagos al desarrollo rural previstos en el Reglamento (UE) 1305/2013, de 17 de diciembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (140), y en el Reglamento (UE) 1303/2013, de 17 de diciembre, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de

n.º 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, o con arreglo al art. 22 de Reglamento (UE) n.º 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, durante el transcurso del correspondiente compromiso adquirido por el agricultor;

d) Las superficies dedicadas a agrosilvicultura que reciban, o hayan recibido, ayudas en virtud del art. 44 del Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, o del art. 23 del Reglamento (UE) n.º 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, o de ambos;

e) Las superficies con *Miscanthus*;

f) Las superficies con *Silphium perfoliatum*;

g) Las tierras en barbecho para plantas melíferas (especies ricas en polen y néctar).

Las superficies con *Miscanthus* y *Silphium perfoliatum* sirven para producir biocombustibles, reducir la contabilización de GEI y favorecer la descarbonización de la economía. Estas superficies para que se consideren de interés ecológico no podrán utilizar ni fertilizantes minerales ni productos fitosanitarios.

(137) Se define los cultivos permanentes como «los cultivos no sometidos a la rotación de cultivos, distintos de los pastos permanentes, que ocupen las tierras durante un periodo de cinco años o más y produzcan cosechas repetidas, incluidos los viveros y los árboles forestales de ciclo corto». *Vid.* art. 3. H) de la citada norma estatal.

(138) La producción ecológica significa una no utilización de fertilizantes artificiales y plaguicidas y pesticidas emisores de GEI y la utilización de fertilizantes orgánicos.

(139) *Vid.* art. 17.2 del Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, así como sobre la gestión y control de los pagos directos y de los pagos al desarrollo rural.

(140) Se refiere a las ayudas concedidas de acuerdo con el art. 21, apartado 1, letras a) y b) y los art. 28 a 31, 33, 34 y 40 del Reglamento (UE) 1305/2013, de 17 de diciembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader).

Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (141).

En la «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020» existen medidas, como la incorporación al suelo de los residuos de poda de cultivos leñosos o su consideración como biomasa para su utilización energética, evitando su quema en el campo, que nos parece que se podrían fomentar a través de la figura del contrato territorial entre la Administración y el agricultor, porque la reducción de emisiones de CH₄ y N₂O que representa suprimir la quema, junto con la reducción de emisiones que representa el ahorro en fertilización o su utilización como energía, genera múltiples externalidades positivas de carácter ambiental. Asimismo, consideramos que la siembra directa, otra medida que aparece en la Hoja de ruta citada, a través de la cual se reduce emisiones de los suelos agrícolas —porque mantiene el carbono almacenado en el suelo e implica no utilizar maquinaria agrícola emisora de GEI—, también se podría incentivar a través del instrumento del contrato territorial regulado en el Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

En el sector ganadero se pueden utilizar varias medidas que pueden servir para conseguir una reducción de emisiones procedente del ganado. En este sentido, se podría proponer promover una dieta humana más sana con un menor contenido de carne o/y la limitación de las cabezas de ganado. Por ahora, las propuestas de la «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020» en este sector son la digestión anaeróbica de deyecciones ganaderas con tratamiento de nitrificación-desnitrificación (142) y la digestión anaeróbica de deyecciones ganaderas y otros cosustratos (143).

(141) *Vid.* art. 35, apartado 1, letras b) y c) de la citada norma.

(142) Según la «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020»: «Esta medida consiste en la reducción de las emisiones derivadas de las deyecciones ganaderas. La unidad de referencia de esta medida es el metro cúbico de purín tratado mediante biodigestión y tratamiento de nitrificación-desnitrificación. Se considera que el escenario de referencia sería la aplicación de ese purín al campo. Esta medida se ha diseñado para el tratamiento de purín de porcino, si bien sería ampliable a otro tipo de deyecciones ganaderas u otros co-sustratos.

Mediante esta medida se reducen las emisiones de CH₄ y de N₂O y para su implementación se requiere la construcción de una planta de tratamiento que incluya un sistema de nitrificación-desnitrificación». *Vid.* pág. 28.

(143) Según la «Hoja de ruta de los sectores difusos a 2020»: «Esta medida es complementaria a la medida de digestión anaeróbica de deyecciones ganaderas con tratamiento de nitrificación-desnitrificación pues también consiste en la reducción de las emisiones derivadas de las deyecciones ganaderas.

E) La industria no sujeta al mercado de derechos de emisión

En relación a la industria no sometida al RCDE UE y el uso de productos como disolventes, ambos incluidos en la categoría «otros», recordamos, en primer lugar, que, según datos del Ministerio, en 2016 representaba el 8% de los sectores difusos y el 5% de las emisiones de GEI estatales (144).

Cuando nos referimos a la industria no sometida al mercado de derechos de emisión, no podemos perder de vista que existe una industria que se encuentra fuera del RCDE UE porque así lo determina la normativa (145) y, además, también existen industrias que se sitúan fuera del RCDE UE porque el ordenamiento establece la posibilidad de que determinadas instalaciones, que en principio están incluidas en el RCDE UE —pequeños emisores u hospitales—, se puedan excluir si acreditan cumplir con una serie de requerimientos.

La regulación de esta posibilidad de exclusión del RCDE UE la encontramos en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de GEI. En esta disposición se define a los pequeños emisores (146), se determina a quien y cuando se tiene que presentar la solicitud de exclusión (147), se concreta como se articula la intervención de las Administraciones públicas que acuerdan la exclusión (148), se establecen las condiciones que los titulares han de acreditar

Se considera que el escenario de referencia sería la aplicación de ese purín al campo. La medida contempla la construcción de plantas tipo para el tratamiento del purín que generarán reducciones mayoritariamente de CH₄.

Esta medida se ha diseñado para el tratamiento de purín de porcino, si bien sería ampliable a otro tipo de deyecciones ganaderas u otros co-sustratos».

(144) <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/industria.aspx> (consultado el 22/03/2019).

(145) En el anexo I de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de GEI, se determinan las actividades que están sometidas al RCDE UE. Por lo tanto, el resto de actividades no incluidas en este anexo no están sometidas al RCDE UE:

(146) Se consideran pequeños emisores aquellas instalaciones «que hayan notificado a la autoridad competente emisiones inferiores a 25.000 toneladas equivalentes de dióxido de carbono, excluidas las emisiones de la biomasa», para cada uno de los tres años precedentes a la solicitud de la asignación transitoria gratuita, «y que, cuando realicen actividades de combustión, tengan una potencia térmica nominal inferior a 35 MW». *Vid.* disposición adicional cuarta de la ley citada.

(147) La solicitud de exclusión se ha de presentar ante el órgano competente que designe la Comunidades Autónomas 22 meses antes del comienzo del periodo de comercio correspondiente.

(148) Al respecto, se establece que la exclusión de las instalaciones ubicadas en el territorio de una Comunidad Autónoma la acuerda el órgano autonómico competente correspondiente, previo informe favorable del Ministerio de Transición Ecológica. Este informe, de la Administración General del Estado, no solo ha de comprobar la adecuación de las medidas

que cumplen los pequeños emisores al presentar la solicitud —entre otras (149), la aplicación de medidas de mitigación que signifiquen una reducción de emisiones equivalente a la prevista en el RCDE UE— y se expresa que, a través de un Real Decreto, el Gobierno determinará las medidas de mitigación que se consideren equivalentes a la reducción de emisiones que se produciría por la participación en el RCDE UE.

En respuesta a este mandato el Gobierno dicta el Real Decreto 301/2011, de 4 de marzo, relativo a las medidas de mitigación equivalentes a la participación en el RCDE a efectos de la exclusión de instalaciones de pequeño tamaño. Este Real Decreto define las características básicas que han de tener las medidas de mitigación, que han de servir para reducir GEI en cuantía equivalente a la que implica la participación en el RCDE UE, en aras a excluir del mismo a las instalaciones de pequeño tamaño y a los hospitales (150).

En general, en este ámbito, los objetivos de reducción de emisiones de GEI se canalizan mediante medidas de eficiencia energética y la sustitución de combustibles fósiles por energías renovables. Para ello se ha establecido el Plan de Acción 2011-2020, se ha redactado el Plan Nacional de Acción de Eficiencia Energética 2017-2020 (151) y, como medida operativa, se ha

que se consideran equivalentes a lo dispuesto en el Real Decreto, sino que también ha de valorar que su implantación no tenga efectos distorsionantes en la competencia, el mercado interior y el interés de los consumidores. *Vid.* art. 3 Real Decreto 301/2011, de 4 de marzo, relativo a las medidas de mitigación equivalentes a la participación en el RCDE a efectos de la exclusión de instalaciones de pequeño tamaño.

(149) Los titulares también han de acreditar que la instalación tendrá un sistema de seguimiento y notificación de información sobre emisiones equivalentes.

(150) Se consideran medidas equivalentes las siguientes:

— La imposición a una instalación de la obligación de «reducir sus emisiones a un 21 por ciento en 2020 respecto de las del año 2005», como se prevé, con carácter general para el conjunto de instalaciones sujetas al RCDE UE. Se puede contemplar la posibilidad de entregar derechos de emisión o adquirir créditos del Fondo de Carbono en el caso que se superen las emisiones asumidas. En este supuesto no se daría un incumplimiento sancionable.

— La imposición de una obligación de entregar créditos de carbono en cuantía equiparable «a las emisiones de CO₂e que superen el volumen cubierto por los derechos de emisión que le hubieran correspondido (...) con arreglo a las reglas de asignación gratuita en caso de encontrarse sujeta al régimen de comercio de derechos de emisión».

— «(...) la existencia de un tributo que grave las emisiones de CO₂e de una instalación que superen un volumen de emisiones equivalente al que resulte cubierto por los derechos de emisión que le hubieran correspondido (...) con arreglo a las reglas de asignación gratuita».

Vid. art. 2 apartados 2 y 3 Real Decreto 301/2011, de 4 de marzo, relativo a las medidas de mitigación equivalentes a la participación en el RCDE a efectos de la exclusión de instalaciones de pequeño tamaño y disposición adicional quinta Ley 1/2005, de 9 de marzo, que regula el régimen de derechos de emisión de GEI.

(151) Este Plan explica someramente las dos medidas de eficiencia del uso final de la energía en la industria: el Programa de Fomento de la Competitividad Industrial (del Ministerio

establecido el programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial del Fondo Nacional de Ahorro y Eficiencia Energética (152). Todos estos instrumentos buscan la implantación en las empresas de auditorías energéticas, mejoras tecnológicas en equipos y sistemas de gestión energética.

Por otro lado, no podemos olvidarnos de otros mecanismos, ya estudiados *ut supra*, que tienen a su disposición las empresas no sometidas al RCDE UE para avanzar en la reducción de GEI. Nos referimos al Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono, donde se prevé que las empresas, a partir del conocimiento de su huella, pasen a reducir la emisión de CO₂ y/o compensarlos. Para coadyuvar al cometido de la reducción se utilizan, como ya hemos comentado, medidas de estímulo como el plan PIMA empresa y los planes de ayudas citados.

F) Diversidad de medidas para la reducción de los gases fluorados

Dentro de los sectores difusos, en 2016, las emisiones de los gases fluorados representaron en España un 5% del total (153).

Según el Reglamento (UE) 517/2014, de 16 abril, sobre gases fluorados de efecto invernadero, se consideran tales los hidrofluorocarburos (HFC) (154), perfluorocarburos (PFC) (155), hexafluoruro de azufre (SF₆) o mezclas que contengan algunas de estas sustancias. La regulación de estas sustancias es necesaria ante dos realidades: el elevado potencial de calentamiento atmosférico

de Economía, Industria y Competitividad), donde se da apoyo financiero a la inversión industrial que contribuye de manera relevante a la generación de valor añadido y donde las empresas que concurren deben informar del ahorro de energía final de los proyectos objeto de apoyo, y el Programa de ayudas para actuaciones de eficiencia energética en PYME y gran empresa del sector industrial del Fondo Nacional de Ahorro y Eficiencia Energética.

(152) Este programa tiene como objetivo la reducción de las emisiones de GEI a través de la mejora la eficiencia energética para consumir menos energía.

(153) <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/definicion-difusos.aspx>. [consultada el 30/11/2018].

(154) Hidrofluorocarburos (HFC): Trifluorometano (fluoroformo), Difluorometano, Fluorometano (fluoruro de metilo), Pentafluorometano, 1,1,2,2- Tetrafluoroetano, 1,1,1,2- Tetrafluoroetano, 1,1,2- Trifluoroetano, 1,1,1- Trifluoroetano, 1,2- Difluoroetano, 1,1- Difluoroetano, Fluoroetano (fluoruro de etilo), 1,1,1,2,3,3,3- Heptafluoropropano, 1,1,1,2,2,3- Hexafluoropropano, 1,1,1,2,3,3- Hexafluoropropano, 1,1,1,3,3,3 Hexafluoropropano, 1,1,2,2,3- Pentafluoropropano, 1,1,1,3,3- Pentafluoropropano, 1,1,1,3,3- Pentafluorobutano, 1,1,1,2,2,3,4,5,5,5- Decafluoropentano, o mezclas que contengan alguna de estas sustancias.

(155) Perfluorocarburos (PFC): Tetrafluorometano (perfluorometano) (tetrafluoruro de carbono), Hexafluoroetano (perfluoroetano), Octafluoropropano (perfluoropropano), Decafluorobutano (perfluorobutano), Dodecafluoropentano (perfluoropentano), Tetradecafluorohexano (perfluorohexano), Octafluorociclobutano (perfluorociclobutano).

rico de estos gases y el aumento en su utilización como sustitutos de los gases que provocan la destrucción de la capa de ozono, ante la prohibición de estos últimos. Los gases fluorados se utilizan, principalmente, como refrigerante en los aparatos de refrigeración y climatización, como agente extintor de incendios, como espumante en las espumas de aislamiento térmico y aislamiento eléctrico, como disolvente y para la formación de aerosoles. Por lo tanto, la normativa que los regula va a pretender, desde diferentes niveles y ámbitos y a través de diferentes medidas e instrumentos, reducir las emisiones de estos gases. Pasamos a analizar dichas medidas e instrumentos:

— La tributación ambiental que se concreta, en este ámbito, en el Impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero, creado y regulado en el art. 5 de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, y en el Real Decreto 1042/2013, de 27 de diciembre, que aprueba el reglamento del impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero. Este impuesto tiene naturaleza indirecta gravando, en una única fase, la puesta a consumo (156) y el autoconsumo de los gases fluorados (157) en función de su potencial de calentamiento atmosférico (158).

(156) Según el apartado 8 del art. 5, el impuesto se devenga en el momento de la puesta de los productos a disposición de los adquirentes o para su autoconsumo. *Vid.* Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

(157) Según el apartado 6 del art. 5 de la Ley acabada de citar, es hecho imponible:

«a) La primera venta o entrega de los gases fluorados de efecto invernadero tras su producción, importación o adquisición intracomunitaria. Tendrán, asimismo, la consideración de primera venta o entrega las ventas o entregas subsiguientes que realicen los empresarios que destinen los gases fluorados de efecto invernadero a su reventa y les haya sido aplicable al adquirirlos la exención, regulada en la letra a) del número 1 del apartado siete», que se aplica a los revendedores.

«b) El autoconsumo de los gases fluorados de efecto invernadero. Tendrá la consideración de autoconsumo la utilización o consumo de los gases fluorados de efecto invernadero por los productores, importadores, adquirentes intracomunitarios, o empresarios a que se refiere la letra anterior.

c) La importación y adquisición intracomunitaria de los gases fluorados de efecto invernadero objeto del impuesto contenidos en los productos cuya utilización lleve aparejada inherentemente las emisiones de los mismos a la atmósfera, como los aerosoles, sistemas y espumas de poliuretano y poliestireno extruido, entre otros».

(158) A la base imponible, constituida por el peso de los productos objeto del impuesto expresada en kilogramos, se le aplica un tipo impositivo que varía en función del potencial de calentamiento atmosférico, de manera que a mayor potencial de calentamiento atmosférico el tipo impositivo aumenta, como resultado de aplicar el coeficiente 0.015 al potencial de calentamiento atmosférico que corresponde a cada gas, con el máximo de un tipo de 100 euros por kilogramo. *Vid.* apartados 10 y 11 del art. 5 Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

Los contribuyentes obligados al pago del impuesto han de repercutir el importe de las cuotas devengadas a los sujetos adquirentes de los productos objeto del impuesto, que están obligados a soportarlo. En la factura se separará este concepto del resto de conceptos.

En las autoliquidaciones correspondientes, los contribuyentes obligados al pago del impuesto podrán deducir las cuotas del impuesto pagado cuando acrediten la entrega de los gases fluorados a gestores de residuos, reconocidos por la Administración pública, para su destrucción, reciclado o regeneración, con el objetivo de evitar los efectos de calentamiento atmosférico y estimular el desarrollo de tecnologías ecológicas. Con la misma pretensión, los consumidores finales de gases fluorados que hayan soportado el impuesto, y que acrediten haber entregado dichos gases a los gestores de residuos reconocidos para su destrucción, reciclado o regeneración, podrán solicitar a la Administración tributaria la devolución del mismo (159). Asimismo, y de acuerdo con este mismo criterio, se considera como exención del impuesto «La primera venta o entrega de gases fluorados de efecto invernadero destinados a efectuar la recarga en equipos, aparatos o instalaciones de los que previamente se hayan extraído otros gases y se acredite haberlos entregado a los gestores de residuos reconocidos por la Administración pública competente para su destrucción, reciclado o regeneración. La cantidad de gas exenta no podrá ser superior a la que se haya extraído del equipo y entregado al gestor de residuos» (160).

— La regulación del uso de los gases fluorados, estableciendo una reducción progresiva de su comercialización y una serie de medidas para evitar su liberación no intencional y fomentar su recuperación, la encontramos en el Reglamento (UE) 517/2014, de 16 de abril, sobre los gases fluorados de efecto invernadero y por el que se deroga el Reglamento (CE) 842/2006, y el Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, que regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan y por el que se establecen los requisitos técnicos para las instalaciones que desarrollen actividades que emitan gases fluorados. Ambas normas las estudiamos de forma conjunta porque el Real Decreto se ha dictado para facilitar la aplicación del reglamento de la UE, introduciendo, modificando, completando o aclarando varias normas españolas.

La reducción progresiva de la comercialización de los gases fluorados se articula prohibiendo la comercialización de determinados productos y aparatos

(159) Apartado 14 del art. 5 de la Ley acabada de citar.

(160) *Vid.* letra f) del número 1 del apartado 7 del art.5 Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras.

que contienen gases fluorados a partir de una fecha establecida, todo ello concretado en el anexo III del reglamento. Dentro de esta línea, además, se prevé la prohibición del uso de SF₆ (hexafluoruro de azufre) en la fundición de magnesio, en el reciclado de aleaciones de fundición de magnesio y para llenar los neumáticos de los vehículos. Asimismo, a partir del 1/1/2020, se prohíbe el uso de gases fluorados con un potencial de calentamiento atmosférico igual o superior a 2500 para revisar o efectuar el mantenimiento de aparatos de refrigeración con un tamaño de carga de 40 toneladas equivalentes de CO₂ o más. Esta prohibición no se aplicará hasta el 1/1/2030 cuándo se trate de gases fluorados regenerados o reciclados (161). Otro mecanismo establecido en la normativa, para materializar esta reducción progresiva de la comercialización de estos gases, es la asignación, por parte de la Comisión, de cuotas de comercialización de hidrofluorocarburos a cada productor e importador para cada año teniendo en cuenta, entre otras variables, unos porcentajes de comercialización en toda la UE que se van reduciendo de manera progresiva a medida que avanzan los años hasta 2030 (162). Los productores e importadores serán informados de la asignación de su cuota por la Comisión a través del registro electrónico de cuotas de comercialización de hidrofluorocarburos.

Partiendo de la prohibición de liberar de forma intencionada a la atmósfera gases fluorados de efecto invernadero, la normativa se vertebra sobre la idea fuerza de evitación de la liberación no intencional, de reducción —como ya hemos visto— y sustitución de estos gases —por lógica ante la prohibición y reducción de la comercialización—. Para ello, la normativa determina los certificados que ha de tener el personal para acreditar la competencia para manipular equipos o productos que contienen los gases objeto de estudio. Se concreta para que actividades habilita cada certificado y la manera de obtenerlo (163), que, entre otros requisitos, implica haber superado un curso de formación sobre el que se determina el contenido del temario (164). En coherencia con lo que acabamos de afirmar, en los diferentes programas formativos, establecidos para obtener los correspondientes certificados, se incluye formar, entre otros contenidos, sobre reducción, detección, control de fugas y el conocimiento de las «tecnologías alternativas pertinentes para sustituir o

(161) Art.13 Reglamento (UE) núm. 517/2014, de 16 de abril, sobre los gases fluorados de efecto invernadero y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 842/2006.

(162) *Vid.* anexo V y VI Reglamento (UE) núm. 517/2014, de 16 de abril, sobre los gases fluorados de efecto invernadero y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 842/2006.

(163) *Vid.* anexo I Real Decreto 115/2017, de 17 de febrero, que regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos, así como la certificación de los profesionales que los utilizan y por el que se establecen los requisitos técnicos para las instalaciones que desarrollen actividades que emitan gases fluorados.

(164) *Vid.* anexo II del Real Decreto citado en nota *ut supra*.

reducir el uso de gases fluorados de efecto invernadero y la manera segura de manipularlas» (165).

Por lo tanto, la existencia de personal cualificado es fundamental para evitar la liberación no intencional de estos gases y, por tanto, para establecer medidas preventivas para evitar las fugas, para mantener y reparar los aparatos que contienen los gases fluorados, para controlar las fugas, para recuperar los gases fluorados en las operaciones de reciclado y regeneración o para destruirlos y que no se liberen a la atmósfera.

— La firma del «Acuerdo voluntario entre el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, los fabricantes y proveedores de equipos eléctricos que usan SF₆ representados por AFBEL (166), las compañías de transporte y distribución de energía eléctrica representadas por REE (167) y UNESA (168) y los gestores autorizados residuos de gas SF₆ y de equipos que lo contienen, para una gestión integral del uso del SF₆ en la industria eléctrica más respetuosa con el medio ambiente». Este acuerdo contiene unos compromisos que se han tomado de forma voluntaria, y que van más allá de lo que establece la normativa, con el objetivo de reducir las emisiones de SF₆ durante todo el ciclo de vida de los equipos o aparatos eléctricos, comprendiendo la fase de fabricación, de uso y de gestión al final de su vida útil. En el ámbito de este acuerdo voluntario se ha aprobado un Protocolo de eliminación de residuos de descomposición sólidos de SF₆ de los equipos eléctricos de media y alta tensión al final de su vida útil. Este protocolo sirve para cumplir los objetivos ambientales establecidos en el Acuerdo Voluntario, garantizando la seguridad de los operarios y reduciendo el impacto ambiental producido en la materialización de la labor de descontaminación de los equipos eléctricos que han contenido SF₆ (169).

(165) Sobre esta cuestión señalamos que la Oficina española de Cambio Climático ha traducido al castellano el programa de formación europeo on line y gratuito «Real Alternatives», diseñado para mejorar la formación de los profesionales del sector de la refrigeración y climatización en la utilización de tecnologías alternativas a los HFCs, que utilizan refrigerantes de nulo o bajo potencial de calentamiento atmosférico (NH₃, CO₂, HC, R32 y HFOs). La existencia del proyecto «Real Alternatives» se debe a la falta de técnicos cualificados para el uso de estas tecnologías alternativas en el sector de la refrigeración y climatización. Para obtener el correspondiente certificado que acredite la superación del programa formativo hace falta la supervisión de un proveedor de formación o empresa reconocido por Real Alternatives. Vid. <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/Fluorados-REAL-Alternatives.aspx> (consultada 14/01/2019).

(166) Asociación de fabricantes de equipos eléctricos.

(167) Red Eléctrica de España.

(168) Asociación de generadores y distribuidores de energía eléctrica.

(169) Vid. punto 3 del citado Protocolo.

V. REFLEXIONES FINALES

Cabe constatar la existencia de una eclosión de modificaciones normativas para transformar el modelo económico-social actual en otro hipocarbónico. Los motores están en marcha y, seguramente, funcionarán de forma exponencial en este ámbito objeto de estudio, como mínimo, hasta la consecución de un modelo donde las emisiones de GEI tengan un impacto neutral, es decir, cuando exista un equilibrio entre el nivel de emisiones y absorciones de GEI.

Conocemos las obligaciones de reducción de emisiones de GEI del Estado español en el ámbito de los sectores difusos para el horizonte temporal entre 2021 y 2030. Lo que no sabemos, porque no lo determina ningún instrumento interno, es el reparto y distribución de esta reducción entre los diferentes sectores difusos. La realización de este esfuerzo de concreción de reducción en cada sector, en función de la maduración y resultados de las medidas que es posible implantar en cada ámbito, serviría para ajustar o repensar los instrumentos aplicables y determinar la intensidad de su aplicación.

Según nuestro parecer, la utilización de instrumentos como la huella de carbono tiene que incentivar no solo poder compensar emisiones de GEI a través de absorciones de CO₂ realizadas por proyectos relacionados con el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y la silvicultura, sino también la puesta en marcha de actuaciones aplicables a la unidad emisora para reducir emisiones de GEI. La regulación del registro de huella de carbono tiene la virtualidad que posibilita este doble objetivo: que el operador reduzca en su organización sus emisiones y, a la vez, incentive proyectos de secuestro de carbono para posibilitar la compensación de emisiones que quiere neutralizar.

La crítica que realizamos al instrumento de la huella de carbono, tal y como está definido, es que posibilita que la organización pueda pasar a compensar sus emisiones sin haber ejecutado su plan de reducción y, en parte, esto se articula así porque la norma no establece como obligatorio el cumplimiento del plan de reducción, ni penaliza su incumplimiento. Nosotros consideramos que, con vistas a la consecución de una economía descarbonizada, necesariamente las organizaciones y actividades tendrían que ejecutar los planes de reducción, que deberían renovarse e intensificarse a lo largo de los años. En definitiva, se trata de redefinir este instrumento focalizándolo en la reducción de emisiones de GEI. Además, consideramos que este instrumento debería dejar de ser voluntario y pasar a ser obligatorio en aras a la consecución de los objetivos de reducción determinados. Esta obligatoriedad podría venir acompañada o no de medidas de apoyo y fomento.

Un aspecto que consideramos preocupante es que algunos PIMAS no han tenido continuidad y responden a una actuación puntual en un periodo de tiempo muy concreto. Así, por ejemplo, mientras no se modifique la normativa

de la huella de carbono, en el sentido expuesto, sería necesario renovar los PIMA empresa y darles continuidad, ya que la reducción de emisiones de GEI acompañada de la compra de créditos de carbono a las empresas tendría que estar abierta, debido a que la evolución de las empresas como operador económico es constante y el momento propicio para aplicar planes de reducción puede ser diferente para cada una, en función de las posibilidades inversoras que ofrecen los ciclos económicos a cada una de ellas. En definitiva, queremos llamar la atención sobre la inoperatividad actual de algunos PIMAS para defender su activación para, así, progresar en la senda de la implantación de políticas sostenidas en el tiempo y en la necesaria reducción de GEI en el ámbito de los sectores difusos.

Del análisis de los diferentes instrumentos transversales cabe constatar el éxito de aquellos que están formalmente apoyados e impulsados por medidas de fomento, vía subvención o compra de créditos de carbono. Aquellas medidas donde las personas afectadas son las propias promotoras, sin el empuje o propulsión institucional, tienen, de entrada, menor fuelle. Esta realidad nos da información de los ingredientes necesarios para asegurar el éxito de los instrumentos que se diseñen y renueven. Ahora bien, no podemos perder de vista que los primeros instrumentos dependen siempre del gasto de recursos públicos, que son limitados y han de compartirse con otras necesidades públicas. En consecuencia, en escenarios futuros se deberían ir introduciendo, también, con mayor intensidad medidas limitativas de obligado cumplimiento.

Para materializar las medidas señaladas en el ámbito del transporte hace falta contar con unos modelos urbanos y territoriales determinados, mucha inversión e incentivos para corregir los déficits existentes y utilizar, además, medidas limitadoras y desincentivadoras para que disminuyan de forma constante las actuaciones y comportamientos no mitigadores de CO₂. Los aspectos citados no se improvisan y requieren de una actuación sostenida en el tiempo que se ha de implementar de forma decidida y lo más intensa posible, cuanto antes mejor, para poder cumplir con los compromisos internacionales en materia de cambio climático y con los límites establecidos por la normativa y la OMS en relación a la calidad del aire. En este ámbito, nuestro legislador se ha centrado en regular diferentes cuestiones relacionadas fundamentalmente con la reducción de emisiones de los vehículos por carretera, en coherencia con el dato de que la citada movilidad es responsable de la emisión del 95% de GEI del sector. Postulamos que esta senda se tiene que complementar con medidas que consigan que el transporte público y colectivo no sea una opción, sino que sea una preferencia ventajosa para la ciudadanía.

Cabe considerar que se debería modificar la normativa que regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos, en el sentido de establecer, en la etiqueta de los vehículos,

como obligatoria la información que se muestra en el anexo I.2 del Real Decreto 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español. Esta información sirve para situar al consumidor de una manera muy visual, rápida, gráfica y práctica en el nivel de eficiencia energética. De esta manera se dispondría de una etiqueta más efectiva para conseguir el objetivo que pretende la norma, que es «garantizar que se proporcione a los consumidores información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos (...) para que los consumidores puedan elegir con fundamento».

Todos los planes y programas que establecen subvenciones para fomentar el uso de vehículos de energía alternativa menos contaminantes y con menores emisiones de GEI se han caracterizado, por ahora, por su éxito, traducido en la gran demanda de solicitudes. Consideramos que, actualmente, la política de fomento e impulso del estado español se ha de focalizar, también, en el desarrollo de las redes de recarga y repostaje de los vehículos que consumen energía alternativa para, así, potenciar, consolidar y asegurar la demanda de dichos vehículos.

En la regulación estatal del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica no se establece, con carácter básico, la utilización de uno o varios criterios o variables que tengan que ver con el impacto ambiental de la utilización de cada uno de los vehículos. Aunque sí que es verdad que en la norma estatal se contempla la posibilidad de que las ordenanzas fiscales de cada municipio puedan introducir bonificaciones relacionadas con el comportamiento ambiental del vehículo y del carburante que consume el vehículo, nosotros postulamos la necesidad de introducir variables y criterios ambientales para calcular la cuota del impuesto, de manera que el peso que tengan las variables ambientales —como la eficiencia, la emisión de contaminantes y GEI—, en la fórmula establecida para calcular la cuota, sea decisivo para determinar su cuantía.

En la normativa sobre biocarburantes detectamos la preocupación de que los cultivos energéticos compitan con los cultivos destinados a la alimentación de las personas y animales. En definitiva, se pretende que el cultivo de tierras para producir biocombustibles, para los motores de los diferentes medios de transporte, no resulte en perjuicio de la producción de alimentos para los seres vivos, ni produzcan un encarecimiento de éstos. Para evitar este fenómeno, en el art. 3 del Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de fomento de los biocarburantes, se determina que en el cómputo del «objetivo de energías renovables en el transporte, el porcentaje de biocarburantes producidos a partir de cereales y otros cultivos ricos en almidón, de azúcares, de oleaginosas y de otros cultivos plantados en tierras agrícolas como cultivos principales fundamen-

talmente con fines energéticos no podrá superar el 7 por ciento del consumo final de energía en transporte en 2020». Por ello, dentro de este límite no se tienen que computar los biocarburantes producidos a través de las materias primas contempladas en el anexo IV del Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el sistema nacional de verificación de la sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo, ya que las materias primas citadas en el anexo IV —residuos de mazorca limpios de germen de maíz, cascara de frutos secos, orujo de uva y lías de vino, estiércol animal y lodos de depuración, biorresiduos recogidos de hogares particulares, aceite de cocina usado, determinadas grasas animales, residuos de la silvicultura y de las industrias forestales— no implican la utilización de nuevas tierras.

Cabe estimar que el reto de la eficiencia energética en la edificación es conseguir un nivel de eficiencia y auto suficiencia energética alto en el parque de edificios ya construidos. Para ello es necesario acompañar las medidas normativas estudiadas de instrumentos de fomento —como el programa de rehabilitación edificatoria, el programa de regeneración y renovación urbana, el programa de Ayudas para la Rehabilitación Energética de Edificios existentes (Programa PAREER-CRECE) y el Plan de Impulso al Medio Ambiente PIMA SOL para la rehabilitación energética del sector hotelero— que vayan más allá de los mencionados que consideramos, a todas luces, insuficientes. Todas estas medidas necesitan de continuidad, teniendo en cuenta la cantidad de edificios que han de transitar hacia un consumo de energía autosuficiente y eficiente. Asimismo, creemos que, para avanzar en esta senda, de forma parecida a como sucede en el ámbito automovilístico, la eficiencia energética de las viviendas se debería incentivar con exenciones fiscales en tributos que incidan en la propiedad de las mismas.

Aunque nuestros operadores han optado por sistemas integrados de gestión de residuos —que, como hemos evidenciado, son menos sostenibles ambientalmente, económicamente y socialmente—, la implantación de los criterios de la economía circular nos debería abocar a transitar, en relación a determinados residuos, hacia el sistema de depósito, ya que el sistema integrado, aplicado a determinados residuos, es contrario a los principios de la economía circular.

El impuesto sobre los gases fluorados de efecto invernadero pretende incentivar comportamientos más sostenibles, reduciendo el uso y el impacto de los gases fluorados, y obtener medios para corregir o paliar las externalidades ambientales que generan su uso. Ahora bien, valoramos que parte del éxito de este instrumento depende de que la carga del impuesto sea superior al coste de la entrega de los gases fluorados a los gestores de residuos reconocidos por la Administración para su destrucción, reciclado o regeneración. Así, se fomenta que los contribuyentes obligados al pago del impuesto cumplan

con la obligación de entregar los gases fluorados utilizados a los gestores de residuos para, de esta manera, poder beneficiarse de las deducciones, devoluciones y exenciones del impuesto comentadas. Asimismo, creemos que el impacto de esta medida impositiva será relevante en relación a los operadores de determinados productos y aparatos que contengan gases fluorados cuyo mandato de ponerlos a disposición de personas cualificadas para recuperarlos se hace depender de que se den determinadas circunstancias económicas y técnicas que lo hagan viable —art. 8.3 Reglamento (UE) núm. 517/2014, de 16 de abril, sobre los gases fluorados de efecto invernadero y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 842/2006—. La existencia de esta carga impositiva, con las deducciones, devoluciones y exenciones señaladas, favorecerá la viabilidad económica que se exige en la normativa para que el operador este obligado a poner a disposición de personas cualificadas los gases para su recuperación.

Ante la magnitud del reto de la descarbonización de nuestro modelo económico-social, la acción pública de fomento de los poderes públicos tendrá que focalizarse en la consecución de los diferentes hitos que se van a ir presentando de forma gradual. Grandes partidas de gasto público se deben destinar a este cometido, que se ha de considerar una prioridad. De manera que, a través del juego de las medidas impositivas, limitativas, desincentivadoras y prohibitivas, por un lado, y de las medidas incentivadoras y de fomento, por otro lado, se tiene que acompañar y dirigir al ciudadano, a las instituciones y a los operadores económicos por la senda adecuada. Se trata, en definitiva, de convertir la transformación del modelo en el motor del nuevo desarrollo, cuestión nada fácil que implicará reconversiones y desajustes. Al respecto, evidenciamos que ya ha pasado la época de destinar grandes partidas de dinero público a la construcción y expansión de la red viaria de carreteras, autovías y autopistas, la alta velocidad ferroviaria y los aeropuertos. Se trata, en todo caso, de mantener las infraestructuras existentes y materializar proyectos puntuales que favorezcan la intermodalidad y el transporte público. De manera que el gasto público en infraestructuras ha de reducirse drásticamente para destinarse a coadyuvar a las transformaciones y cambios necesarios apuntados a lo largo de este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz (2014): «La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», *Revista Vasca de Administración Pública*, Núm.99-100, pp. 209-240.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen M^ª (2017): «El impulso de los vehículos limpios: previsiones comunitarias y medidas legislativas y administrativas adoptadas

- en España», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 313, pp. 65-108.
- DE SADELEER, Nicolás (2017): «La economía circular, entre la valorización y la eliminación de residuos», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Núm. 38, pp. 229-246.
- GALERA RODRIGO, Susana (2014): «Del ahorro de energía a la eficiencia energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm.289, pp. 85-119.
- GIFREU FONT, Judith (2018): «Ciudades adaptativas y resilientes ante el cambio climático: estrategias locales para contribuir a la sostenibilidad urbana», en esta REVISTA, Núm. 52, pp. 102-158.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M^o Ángeles (2017): «Marco jurídico y actuaciones administrativas sobre la eficiencia energética de los edificios», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 316, pp. 141-177.
- MOLINOS RUBIO, Lucía M^o (2015): «El gravamen a los vehículos pesados de transporte de mercancías por carretera: protección de la atmósfera y fiscalidad. Aproximación a la Euroviñeta», en Antonio EMBID IRUJO (Coord.), *Agua, Energía, Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 475-498.
- PAREJO NAVAJAS, Teresa (2016): «La victoria de Urgenda: el inicio de la lucha judicial frente al cambio climático», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm.177, pp. 259-279.
- PUNTES COCIÑA, Beltrán (2018): «¿España circular 2030? Comentario al borrador de la estrategia española de economía circular», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, Núm. 2, pp. 1-39.
- 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, pp. 1-38.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert (2018): «Perspectives de la litigació pel canvi climàtic arran del cas *Urgenda*», *Revista Catalana de Dret Ambiental* Vol. IX, Núm. 2, pp. 1-43.
- SANZ RUBIALES, Iñigo (2011): «Notas sobre la Hoja de Ruta hacia una Economía Hipocarbónica Competitiva en 2050 (Comunicación de la Comisión de 8 de marzo de 2011, COM (2011) 112 final)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VII, Núm. 1, pp. 1-38.
- SANZ RUBIALES, Iñigo (2018): «La protección del ambiente en la nueva ley de contratos: del Estado meramente «comprador» al Estado «ordenador»», *Revista de Administración Pública*, Núm. 205, pp. 49-80.

- SARASÍBAR IRIARTE, Miren (2013): «Las oportunidades de la crisis económica en el derecho ambiental. En concreto, el Fondo de Carbono», en esta REVISTA, Núm. 41-42, pp. 287-306.
- VILCA POZO, Milenka (2017): «Incentivos fiscales para fomentar actuaciones de mejora en la eficiencia energética de viviendas de construcción antigua», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. VIII, Núm. 2, pp. 1-22.

DEBATES

LA REGULACIÓN DE LA BIOTECNOLOGÍA MODERNA EN LA UNIÓN EUROPEA(*)

MAR CAMPINS ERITJA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. UN PROCEDIMIENTO REFORZADO DE CONTROL DE LA INGENIERÍA GENÉTICA BAJO EL PARAGUAS DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL CASO DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE (OMG): 1. El principio de precaución, clave de bóveda en la regulación de la biotecnología moderna. 2. El procedimiento centralizado de autorización para la liberación de OMG en la Unión Europea.– III. LA LIMITACIÓN DE LOS CULTIVOS DE LOS OMG, UNA DECISIÓN EN MANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS: 1. Las cláusulas de salvaguarda y las medidas de emergencia. 2. Las medidas de coexistencia de cultivos modificados genéticamente y cultivos tradicionales. 3. La prohibición de cultivos modificados genéticamente.– IV. MÁS ALLÁ DE LOS OMG: LOS DESAFÍOS QUE PRESENTA LA REGULACIÓN DE LA BIOLOGÍA SINTÉTICA.– V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La evolución de la biotecnología moderna en los últimos decenios ha comportado avances sorprendentes que van más allá de la ingeniería genética y se abren actualmente a nuevos desarrollos en el campo de la biología sintética. Sin embargo, la rápida expansión de estas tecnologías no coincide con el marco jurídico internacional existente, muy fragmentado e incompleto. En la Unión Europea (UE), especialmente, el uso de estas tecnologías ha planteado reservas importantes, que se reflejan en el desarrollo de un marco regulatorio particularmente restrictivo. Este trabajo presenta algunas de las características más significativas del procedimiento de autorización en la UE para la liberación de OMG, un procedimiento centralizado y anclado en el principio de precaución, a la vez que aborda el margen de discrecionalidad de los Estados miembros con respecto a este tipo de cultivos. A partir de ahí se pretende identificar algunas de las cuestiones que suscita el encaje de los nuevos desarrollos biotecnológicos, en particular, de la biología sintética, en el actual marco normativo de la UE.

Palabras clave: biotecnología; Unión Europea; organismos modificados genéticamente; biología sintética; procedimientos de autorización.

(*) Este trabajo forma parte de una investigación más amplia realizada en el marco del proyecto BIODINT (DER2017-85406-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y de las actividades de la Cátedra Jean Monnet sobre Derecho Ambiental de la UE (587220-EPP – 1-2017-1-ES-EPPJMO-CHAIR) financiada por la Comisión Europea. Una versión resumida de este trabajo se ha publicado en el Observatorio de Políticas Ambientales (2019).

ABSTRACT: *The evolution of modern biotechnology in recent decades has led to surprising advances that go beyond genetic engineering and are currently opening up to new developments in the field of synthetic biology. However, the rapid expansion of these technologies does not match with the incomplete international legal framework. In the European Union (EU), especially, the use of these technologies has raised important reservations, which are reflected in the development of a particularly restrictive regulatory framework. This paper presents some of the most significant characteristics of the authorization procedure in the EU for the release of GMOs, a centralized procedure anchored in the precautionary principle, while addressing the margin of discretion of the Member States with respect to this crops. From there, the paper intends to identify some issues raised by the fit of new biotechnological developments, in particular, synthetic biology, in the current EU regulatory framework.*

Key words: biotechnology; European Union; genetically modified organisms; synthetic biology; authorization procedures.

I. INTRODUCCIÓN

Los retos que el rápido desarrollo de la biotecnología plantean para la salud humana y para el medio ambiente superan con frecuencia las posibilidades del derecho para abordar su regulación de una manera pausada y requieren de una enorme capacidad de reacción para hacer frente a los problemas de orden ético y jurídico que estas tecnologías suscitan.

En 1992, el artículo 2 del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) (1) definió la biotecnología como «toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos». Desde una perspectiva amplia, la biotecnología comprende todas aquellas tecnologías que permiten la manipulación de los mecanismos e interacciones biológicas de los seres vivos, algo que la humanidad viene haciendo desde tiempos inmemoriales (por ejemplo, mediante la obtención selectiva de especies vegetales o el empleo de microorganismos para la producción de alimentos o bebidas). Una acepción más estricta reserva este término a aquellas tecnologías que implican la identificación, manipulación, transferencia, creación o edición de los genes de las diversas especies y la utilización de esta información genética con fines económicos o para usos específicos para el ser humano (2). En esta línea, además de las formas más tradicionales de combinación de genomas o de inducción mutagénica, la ingeniería genética consiste en la inserción de ácido desoxirribonucleico (ADN) extraño en el genoma de un organismo o un microorganismo mediante

(1) UNTS vol. 1760, p. 79.

(2) Ver al respecto, M. Melgar (2005).

un proceso conducente a su alteración genética, «de una manera que no se produce naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural» (3). A este significado responde el concepto de la biotecnología moderna (4) que, de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en la Biotecnología de 2000 (5), implica la aplicación de «a) Técnicas *in vitro* de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o; b) La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional».

La evolución de la ingeniería genética en los últimos decenios ha comportado desarrollos sorprendentes en un nuevo campo, el de la biología sintética. Ésta constituye «un nuevo avance y una nueva dimensión de la biotecnología moderna que combina la ciencia, la tecnología y la ingeniería para facilitar y acelerar la comprensión, el diseño, el rediseño, la fabricación y la modificación de materiales genéticos, organismos vivos y sistemas biológicos» (6). Como en la ingeniería genética, se trata de alterar selectivamente la información genotípica para desencadenar una determinada modificación en el fenotipo de un organismo o para crear determinadas características físicas. Nos encontramos ahora ante una nueva generación de tecnologías cuyo objetivo es diseñar, re-diseñar, reeditar y sintetizar nuevos sistemas biológicos a nivel genético, pero sin incorporar ADN de otras especies, por lo que difieren, por ejemplo, de los métodos tradicionalmente utilizados para crear organismos modificados genéticamente (OMG).

Las aplicaciones que permiten ambas tecnologías son diversas y pueden afectar al conjunto de los procesos productivos en cualquiera de los sectores económicos, si bien hasta ahora se han asociado principalmente a la industria agropecuaria, la industria alimentaria, la industria química o la industria farmacéutica y parafarmacéutica. Desde el descubrimiento de la secuenciación del ADN en 1953, los ejemplos de estas aplicaciones son múltiples: la comercialización a partir de la década de los ochenta de organismos vivos modifi-

(3) Artículo 2.2 de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente (OMG), modificada en diversas ocasiones, DO L 106 de 17.4.2001; y artículo 2.b.i de la Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (MOMG), DO L 125, de 21.5.2009.

(4) J.R. Perez Salom, (1998: 730).

(5) UNTS vol. 2226, p. 208.

(6) Decisión XIII/17 adoptada por la Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica: Biología sintética, Doc. CBD/COP/DEC/XIII/17 (2016).

cados genéticamente (OVM); los desarrollos de la clonación animal mediante transferencia nuclear de células adultas; la secuenciación del genoma humano o la creación en laboratorio de los primeros organismos con un código genético específico. Particularmente, la utilización de terapias génicas ante determinadas enfermedades ha acelerado el uso de las técnicas de edición genómica CRISPR/CAS9 (CRISPR: «*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeat*»; CAS9: CRISPR asociados a la proteína 9), que facilitan la manipulación de células somáticas adultas para aplicaciones terapéuticas (resistencia a enfermedades y condiciones climáticas desfavorables, menor alergenicidad de los alimentos, mayor eficiencia en el uso de nutrientes, por ejemplo) o, incluso, para «mejoras» no estrictamente terapéuticas (mejora de las características de las plantas y cultivos, por ejemplo) y que ha permitido más recientemente la manipulación de células embrionarias, es decir, en la línea germinal (o hereditaria), lo que puede condicionar o afectar a la descendencia del ser humano (7).

Sin embargo, la rápida expansión de estas tecnologías no coincide con el marco jurídico internacional existente, muy fragmentado e incompleto. En el ámbito de la protección del medio ambiente, y especialmente, de la protección de la biodiversidad, se plantean cuestiones jurídicas muy relevantes, siendo las más importantes las relacionadas con los problemas de bioseguridad y las relativas al acceso a los recursos genéticos y al reparto justo y equitativo de los beneficios que se obtienen de su exploración y explotación. Pero también hay otras: los cambios genéticos pueden conducir a la pérdida de la biodiversidad y a la disminución drástica o el incremento descontrolado de algunas especies, lo que puede implicar la producción de especies invasoras, el reemplazo de poblaciones naturales, la recuperación de especies extintas o incluso la creación de otras con nuevas propiedades.

El limitado marco jurídico internacional aplicable a estos desarrollos científicos tiene una doble dimensión. Por un lado, encontramos los instrumentos que están explícitamente dirigidos a regular el uso de las biotecnologías y la liberación de los organismos resultantes, esto es, que abordan aspectos que van desde la creación y la contención segura y el control sobre el material genéticamente modificado, hasta los controles de importación y exportación, su liberación voluntaria y, finalmente, su consumo comercial (instrumentos que se caracterizan por su naturaleza de *soft law*, como son la Declaración Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 (8) o la Agenda 21 (9), así como algunos principios que gozan ya de un reconocimiento internacional, como el principio del consentimiento previo, libre e informado, el principio de

(7) Ver al respecto, M.O. Medvedieva, Y.B. Blume (2018: 205).

(8) Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I).

(9) Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I).

precaución, o el principio de la justicia distributiva de los beneficios). Por otro lado, otros instrumentos jurídico-internacionales están dirigidos, de manera más general, a promover el desarrollo seguro a lo largo del ciclo de vida de determinados productos y a mitigar, gestionar o reducir sus riesgos potenciales para los seres humanos y el medio ambiente. Se trata de instrumentos de carácter jurídicamente obligatorio, que empiezan a abordar algunos de los retos que plantea este sector: además del CBD de 1992 y el Protocolo de Cartagena de 2000, encontramos el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización (10) y el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur sobre responsabilidad y compensación suplementario al Protocolo de Cartagena (11), ambos de 2010 (12).

En la Unión Europea (UE) el uso de las tecnologías de ingeniería genética y de biología sintética han planteado tradicionalmente reservas importantes, que se reflejan en el desarrollo de un marco regulatorio particularmente restrictivo, especialmente en lo que se refiere, por un lado, al procedimiento de autorización para la liberación de OMG y el margen de intervención de los Estados miembros en la limitación de estos cultivos y, por el otro, con respecto a la consideración de los desarrollos de la biología sintética. La acción de la UE ha estado encaminada a compatibilizar las garantías que ofrece el Tratado para libre circulación de estos productos en los Estados miembros con la exigencia de la salvaguarda de la protección de la salud humana y el medio ambiente. Asimismo, ha sido necesario conjugar la necesidad de un procedimiento comunitario en lo concerniente a los requisitos para su autorización

(10) Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1.

(11) Doc. UNEP/CBD/BS/COP-MOP/5/17.

(12) Gracias a su amplio mandato y al enfoque holístico para la gestión de los ecosistemas, el CBD constituye actualmente el único foro global de negociación internacional sobre biotecnologías emergentes, desde la biotecnología moderna y la biotecnología sintética hasta la producción de biocombustibles o el uso de la geoingeniería. En relación a las dos primeras, los artículos 8.g y 19.3 del CBD establecen, de forma general, la obligación de los Estados parte de regular, administrar y controlar los riesgos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en la esfera de OVM genéticamente. Ejes esenciales del Protocolo de Cartagena, primer texto internacional sobre ingeniería genética y OVM resultantes de la biotecnología moderna, son el acuerdo previo informado, que debe solicitar el país exportador al país destinatario de la exportación; la evaluación del riesgo que lleva a cabo el país de importación y que le permite adoptar las medidas adecuadas; y el reconocimiento tácito del principio de precaución. Por su parte, el Protocolo de Nagoya requiere la adopción de medidas para una mayor seguridad jurídica para los proveedores y usuarios de los recursos genéticos, estableciendo las condiciones para el acceso a los recursos genéticos y procedimientos para el consentimiento previo informado y facilitando la participación en los beneficios que se generan con la explotación de los recursos genéticos. Finalmente, el Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur establece las normas y procedimientos internacionales sobre responsabilidad y compensación por daños a la biodiversidad que resultan de los OVM.

con una cierta flexibilidad de los Estados miembros en lo que se refiere a la producción y la comercialización de este tipo de invenciones (13).

En su primera parte este trabajo introduce el principio de precaución como principio básico sobre el que se articula este bloque normativo y presenta algunas de las características más significativas del procedimiento de autorización en la UE para la liberación de OMG, un procedimiento centralizado y fuertemente anclado en dicho principio de precaución. En segundo lugar, se aborda el margen de discrecionalidad de los Estados miembros con respecto a la liberación de OMG, que se manifiesta principalmente en la posibilidad de adoptar ciertas medidas para limitar la expansión de los cultivos transgénicos, así como en la regulación de la coexistencia de los cultivos transgénicos con los cultivos convencionales y la posibilidad de prohibir total o parcialmente este tipo de cultivos en su territorio. Finalmente, en tercer lugar, se intenta identificar algunas de las cuestiones que suscita el encaje de los nuevos desarrollos biotecnológicos, en particular, de la biología sintética, en el actual marco normativo de la UE. El trabajo concluye con algunas consideraciones finales.

II. UN PROCEDIMIENTO REFORZADO DE CONTROL DE LA INGENIERÍA GENÉTICA BAJO EL PARAGUAS DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN: EL CASO DE LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE (OMG)

A la luz del principio de precaución, el marco jurídico en la UE para la regulación de los OMG y los productos derivados de los mismos está constituido actualmente por diversas Directivas y Reglamentos adoptados por el Consejo y el Parlamento Europeo, que se completan con varias normas de desarrollo de la Comisión. Entre las más significativas, cabe mencionar la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional de OMG en el medio ambiente (14), la Directiva 2009/41/CE sobre uso confinado de microorganismos modificados genéticamente (MOMG) (15), la Directiva 2015/412/UE que modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de OMG en su territorio (16), el Reglamento (CE) 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (17), el Reglamento (CE) 1830/2003 sobre la trazabilidad y el etiquetado de organismos modificados genéticamente y la

(13) Ver al respecto, L. Salvi (2016: 203 y ss).

(14) DO L 106, de 17.4.2001.

(15) DO L 125, de 21.5.2009.

(16) DO L 68, de 13.3.2015.

(17) DO L 268, de 18.10.2003.

trazabilidad de alimentos y piensos producidos a partir de organismos modificados genéticamente (18) y el Reglamento (CE) 1946/2003 sobre movimientos transfronterizos de OMG (19). Además, el Reglamento (CE) n° 178/2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (AESA) y establece procedimientos específicos (20).

1. El principio de precaución, clave de bóveda en la regulación de la biotecnología moderna

El principio fundamental en el ámbito de la biotecnología moderna es sin duda el principio de precaución, auténtica clave de bóveda del proceso de adopción de decisiones por parte de la UE. La gestión de la incertidumbre científica constituye un reto central para el Derecho, especialmente cuando implica tecnologías nuevas y emergentes, como es el caso de la ingeniería genética y la biología sintética. El principio rector para manejar esta incertidumbre es el de la precaución, cuya presencia se exige ante la existencia de un riesgo cuyo alcance y potencialidad no puede demostrarse mediante evidencias científicas irrefutables. Destacan, de entrada, dos elementos: por un lado, el peligro del daño se identifica con la probabilidad de que se produzcan realmente los efectos perjudiciales; por otro lado, la noción de incertidumbre se vincula con situaciones en las que no existen evidencias suficientes respecto a la inocuidad de una actividad en umbrales aceptables de tolerancia. En este sentido, la determinación de este nivel aceptable remite generalmente a la gravedad del perjuicio, que debe ser significativo y que dependerá a su vez del bien jurídico amenazado y de la irreversibilidad del daño. El contenido y el alcance de este principio ha sido objeto de apreciaciones diversas y el debate sobre su naturaleza jurídica sigue estando en el orden del día (21). Ello se explica probablemente por la diversidad de cuestiones que comprende y la heterogeneidad de los marcos legales en los que el principio se desarrolla. Si embargo y a pesar de la ausencia de contornos precisos, su aplicación es determinante ya que permite a las autoridades competentes la adopción de medidas precautorias que, en ocasiones, pueden atentar contra la preservación

(18) DO L 268, de 18.10.2003.

(19) DO L 287, de 5.11.2003.

(20) DO L 31, de 1.2.2002.

(21) La bibliografía sobre este aspecto es amplia. Puede verse al respecto, entre otros, D. Bodansky (1991: 4, 43 y ss), T. O’Riordan-J. Cameron (1994), D. Freestone-E. Hey (1996), D. Vanderzaag (1999: 355-375), M. Bidou (1999: 710-731), N. de Sadeleer (2001: 91-132), C. Leben-J. Verhoeven (ed.) (2002), S. Atapattu (2002: 1016-1018), J. Ellis-Y.A. Fitzgerald (2004 : 779-800), L. Boisson de Chazournes (2007), A. Trouwborst (2009 : 105-128), N. Navarro Batista (2015 : 225-331), J. Corti Varela (2017 : 219-243).

de otros intereses, como por ejemplo, la libre circulación de las mercancías o la libre prestación de servicios.

En el contexto internacional, la Corte Internacional de Justicia ha hecho diversos llamamientos indirectos al mismo (22). Sin embargo, en el asunto de la *Fábrica de Pasta de Papel en el río Uruguay*, ha preferido no calificar la precaución como un principio, y se ha referido a este concepto mediante la perífrasis de «precautionary approach» para sentenciar que, si bien puede ser relevante para la interpretación y aplicación de las normas, no produce como efecto el de revertir la carga de la prueba (23). En una línea similar, el Informe del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, consideró superfluo posicionarse en este punto, puesto que el principio de precaución «por lo menos fuera del derecho medioambiental internacional, aun no tiene una formulación autorizada» (24). Pocos años después, en el asunto *Comunidades Europeas – Productos biotecnológicos*, el Grupo Especial tampoco consideró necesario pronunciarse respecto a su naturaleza jurídica, afirmando que se trataba de un concepto en proceso de cristalización ya que «no ha habido, hasta la fecha, ninguna decisión autorizada de una corte o tribunal internacional que reconozca el principio de precaución o cautela como un principio del derecho internacional general o consuetudinario» (25).

No obstante, la Comisión Europea identificó este principio de precaución como un principio de derecho internacional de alcance general en su Comunicación del año 2000 (26) y dos años después el entonces Tribunal de Primera

(22) International Court of Justice, Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, I.C.J. Reports 1995, pp. 288-308, párr. 5, 34 y 35; International Court of Justice, Gabcikovo-Nagymaros Project, (Hungary/Slovakia), Judgement 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, pp. 7-84 párr. 113; International Court of Justice, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment 20 April 2010, I.C.J. Reports 2010, pp. 14-107, párr. 164; International Court of Justice, Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan), Judgment of 31 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 226-300, párr. 71.

(23) International Court of Justice, Pulp Mills on the River Uruguay, párr. 164.

(24) OMC, Informe del Órgano de Apelación de 16.01.1998, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS26/AB/R ; WT/DS48/AB/R, par. 120-125.

(25) OMC, Informe del Grupo Especial de 29.9.2006, Asuntos DS291, 292, 293, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, par. 7.78, 7.88 y 7.89.

(26) COM(2000)1 final, Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000 sobre el recurso al principio de precaución. Previamente la Comisión había adoptado, entre otras, la Comunicación de 30.04.1997, sobre la salud del consumidor y la seguridad alimentaria, COM(97)183; y el Libro Verde sobre los principios generales de la legislación alimentaria de la Unión Europea, de la misma fecha (COM(97)176).

Instancia lo calificó asimismo de principio general del derecho en los asuntos *Artegodan* y *Solvay Pharmaceutical* (27). Ahora bien, el Tribunal de Justicia no ha ido tan lejos y se ha limitado a confirmar en el asunto *Monsanto* la aplicación del principio en materia de salud, sin entrar a calificar su específica naturaleza jurídica (28). En el marco de esta tarea interpretativa, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con respecto al margen de discrecionalidad de que disponen las autoridades nacionales de los Estados miembros para la aplicación de medidas que, basándose en el principio de precaución, suponen una restricción a la libre circulación de bienes o servicios. Ha indicado, en los asuntos *National Farmers' Union* y *BSE* que cuando subsiste la incertidumbre respecto a la existencia o el alcance del riesgo para la salud de las personas, las autoridades competentes pueden adoptar las medidas de precaución que estimen pertinentes sin necesidad de demostrar plenamente la realidad o la gravedad del riesgo (29). El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha delimitado el alcance de esta primera sentencia y en el asunto *Waddenzee* estimó que « las autoridades nacionales competentes, a la vista de las conclusiones de la evaluación adecuada (...) solo autorizarán tal actividad si tienen la certeza de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad de este lugar. Así sucede cuando no existe ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la existencia de tales efectos» (30).

En esta línea ha sostenido un planteamiento muy restrictivo, que parece tender hacia una interpretación poco flexible en lo que se refiere a la exigencia de las evidencias científicas de la existencia de un riesgo que justifique la limitación o la prohibición de los cultivos transgénicos (31). De este modo, el Tribunal de Justicia ha considerado en sus sentencias en los asuntos *Monsanto* de 2003 y *Montsanto SAS* de 2011 que «no puede constituir una motivación válida para las medidas de protección que se adopten en virtud de la cláusula de salvaguardia una concepción del riesgo puramente hipotética, basada en meras suposiciones aún no verificadas científicamente» y que «tales medidas suponen, en particular, que la evaluación de riesgos con que cuentan las autoridades nacionales arroje

(27) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26.11.2002, *Artegodan* c. Comisión, as. T-74/00, cdo. 184 ; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21.10.2003, *Solvay Pharmaceutical* c. Consejo, as. T-302/02, cdo. 121.

(28) Sentencia del Tribunal de Justicia de 9.9.2003, *Monsanto*, as. C-236/01, cdo. 106 y 111.

(29) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5.5.1998, Reino Unido/Comisión, as. C-180/96, cdo. 99 ; Sentencia del Tribunal de Justicia de 5.5.1998, *National Farmers' Union*, as. C-157/96, cdo. 63 ; Sentencia del Tribunal de Justicia de 9.9.2003, *Monsanto Agricultura Italia*, as. C-236/01, cdo. 111.

(30) Sentencia del Tribunal de Justicia de 7.9.2004, *Waddenzee*, as. C-127/02, cdo. 59.

(31) Ver al respecto, E. Corcione (2018: 354-355).

indicios concretos que, sin perjuicio de la incertidumbre científica, permitan concluir razonablemente, sobre la base de los datos científicos disponibles de mayor fiabilidad y de los resultados más recientes de la investigación internacional, que dichas medidas son necesarias para evitar que se introduzcan en el mercado nuevos alimentos que puedan poner en peligro la salud humana» (32). En el mismo asunto *Monsanto*, el Tribunal ya hizo hincapié en que «sólo pueden adoptarse estas medidas si el Estado miembro ha efectuado previamente una evaluación de los riesgos lo más completa posible, dadas las circunstancias concretas del caso de que se trate, que demuestre que, a la luz del principio de cautela, tales medidas son necesarias para garantizar (...) que los nuevos alimentos no presentan riesgos para los consumidores» (33). En 2011, en el asunto *Montsanto SAS* y posteriormente en 2017 en su sentencia en el asunto *Fidenato* (34), cuando se le pregunta sobre si cabe adoptar medidas nacionales para prohibir el cultivo de OMG «invocando consideraciones relacionadas con el principio de cautela y ajenas a los criterios de riesgo grave y manifiesto» para la salud humana o el medio ambiente, el Tribunal de Justicia reitera la relevancia del principio de precaución pero de nuevo niega que este principio permita flexibilizar las condiciones que se exigen para la adopción de estas medidas nacionales. El Tribunal de Justicia no entra en el análisis del impacto del principio de precaución en la adopción de las medidas de limitación de los cultivos transgénicos por parte de las autoridades nacionales, pero sí que insiste en un umbral estricto para probar su necesidad. Así, indica la exigencia de que el riesgo sea suficientemente importante para poner en peligro «de modo manifiesto la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente», que éste sea «evidente» y que el mismo deba constatarse «a la luz de elementos nuevos basados en datos científicos fiables» (35).

2. EL PROCEDIMIENTO CENTRALIZADO DE AUTORIZACIÓN PARA LA LIBERACIÓN DE OMG EN LA UNIÓN EUROPEA

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, Canadá y, por lo general, en el resto del mundo, dónde los transgénicos se consideran de una

(32) Sentencia del Tribunal de Justicia de 9.9.2003, *Monsanto*, as. C-236/01, cdos. 106 y 113 y sentencia del Tribunal de Justicia de 8.9.2011, *Montsanto SAS*, as. C-58/10 y C-68/10, cdo. 77.

(33) Sentencia del Tribunal de Justicia de 9.9.2003, *Monsanto*, as. C-236/01, cdo. 113 y 114.

(34) Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.2017, *Giorgio Fidenatio*, as. C-111/16.

(35) Sentencia del Tribunal de Justicia de 8.9.2011, *Montsanto SAS*, as. C-58/10 y C-68/10, cdos. 71, 76 y 77 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.2017, *Giorgio Fidenatio*, as. C-111/16, cdos. 47, 48 y 51.

forma substancialmente similar a los productos convencionales (36), el procedimiento de autorización para la utilización de los productos de la biotecnología moderna y la liberación de OMG en la UE es mucho más complejo y está sujeto a normas particularmente estrictas.

Hasta la fecha, el sistema de autorización en la UE se basa principalmente en la Directiva 2001/18/CE y en el Reglamento (CE) 1829/2003. Ambos instrumentos disponen un sistema armonizado para la evaluación del riesgo de los factores ambientales y de salud en la autorización de los OMG y establecen normas detalladas para su comercialización. A los efectos de este trabajo, también deben mencionarse los procedimientos recogidos en la Directiva 2002/53/CE, de 13 de junio de 2002, relativa al catálogo común de variedades de especies de plantas agrícolas (37) y la Directiva 2002/55/CE, de la misma fecha, relativa a la comercialización de semillas de hortalizas (38).

De conformidad con la Directiva 2001/18/CE, existen esencialmente dos procedimientos de autorización, aplicables, por un lado, a la autorización de OMG liberados con fines comerciales y, por el otro, a la autorización de OMG liberados con fines experimentales (39).

El procedimiento para la autorización de OMG liberados con fines comerciales se inicia, de conformidad con el artículo 13 de la Directiva, con la notificación por parte de la empresa solicitante a la Comisión y a la autoridad competente de Estado miembro en el que se comercializará el producto por primera vez. A su vez, la autoridad competente del Estado miembro debe preparar una evaluación de riesgo ambiental y presentar su informe ante la Comisión. El informe negativo supone la denegación de la autorización, mien-

(36) La utilización del concepto de equivalencia substancial es uno de los principales elementos de diferenciación entre el enfoque europeo y norteamericano. En definitiva, la cuestión que se plantea en relación con los OMG es si las medidas de precaución aplicables a estos productos substancialmente equivalentes a los productos convencionales son comercialmente discriminatorias. Es decir, si una planta o alimento modificado genéticamente es substancialmente equivalente a su homólogo convencional, se puede considerar que no introduce nuevos riesgos para la salud y que, por tanto, no son necesarias, a priori, medidas adicionales de protección. En la UE, este enfoque del principio de equivalencia substancial no es desconocido, aunque se usa de manera muy limitada. El Tribunal de Justicia de la UE respaldó la legalidad de este concepto en su sentencia en el caso de Monsanto sobre la comercialización de ciertos alimentos novedosos elaborados con OMG, cuando consideró que la mera presencia en nuevos alimentos de restos de proteínas transgénicas en determinados niveles no impedía que esos alimentos se consideraran substancialmente equivalentes a los alimentos existentes y permitía, por lo tanto, el uso del procedimiento simplificado para su comercialización (Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9.9.2003, Monsanto, as. C-236/01, cdo. 84). Ver al respecto J. Corti Varela (2010: 146-167).

(37) DO L 193, de 20.07.2002.

(38) DO L 193 de 20.07.2002.

(39) Ver J. López Villar (2008: 176-208).

tras que en caso de informe favorable, la Comisión lo remite a las autoridades competentes de los demás Estados miembros y se abre un plazo de presentación de objeciones. Sólo en el caso de que no se presente ninguna objeción, puede la autoridad nacional competente otorgar la autorización, informando de ello al resto de Estados miembros y a la Comisión.

Lo habitual, sin embargo, es que las autoridades nacionales de los Estados miembros eleven objeciones a la autorización. Es en esta fase que el proceso deviene esencialmente comunitario, ya que se somete al procedimiento decisorio comunitario previsto en el artículo 18 de la Directiva 2001/18/CE, en el que el sistema de la comitología sigue siendo clave para encontrar una solución política al desacuerdo entre los Estados miembros. Esto es, si no se logra un acuerdo entre la Comisión y la autoridad competente en el plazo de tres meses y medio, la Comisión debe preparar un proyecto de medidas relativas a la notificación del OMG y presentarlo al comité de examen del actual Reglamento (UE) 182/2011 de 16 de febrero 2011 (40). Además, la Directiva también prevé, en su artículo 26^{ter}, la intervención de la AESA, cuya evaluación del riesgo resulta determinante para el procedimiento (41). Si esta evaluación, que se lleva a cabo conforme los artículos 6 y 18 del Reglamento (CE) 1829/2003, confirma la existencia de un riesgo para el medio ambiente o la salud humana o animal cuya gestión no es viable, la autorización debe ser rechazada. Si no es posible confirmar la existencia de dicho riesgo, la autorización se puede emitir, generalmente con medidas de protección adicionales que alcanzan también al etiquetado del producto y a las condiciones o restricciones para su comercialización.

Cuando se trata de productos alimenticios que contienen OMG, el Reglamento (CE) 1829/2003 y el Reglamento (CE) 1830/2003 establecen un procedimiento único de autorización mediante el cual la empresa solicitante puede presentar una solicitud única para usos alimentarios y para cultivo que permite, en su caso, el uso del OMG para ambos propósitos. Además, en virtud del sistema del Reglamento, la autorización no es otorgada por la autoridad competente de un solo Estado miembro, sino que se obtiene mediante un procedimiento que tiene lugar principalmente en el marco de la UE. En este sentido, el procedimiento previsto en el Reglamento está mucho más centralizado que en el caso del procedimiento establecido por la Directiva 2001/18/CE (42), ya que la solicitud de autorización se evalúa directamente en la UE, en consulta con los Estados miembros y la decisión final, una vez emitida la evaluación

(40) DO L 55 de 28.02.2011.

(41) Con respecto a la metodología para esta evaluación del riesgo en el procedimiento de autorización de cultivos OMG, ver la Directiva (UE) 2018/350 de la Comisión, de 8.3.2018, DO L 67, de 9.3.2018.

(42) Ver al respecto N. De Sadeleer (2018: 538).

de riesgo de la AESA, recae en la Comisión o, en según que casos, en el Consejo. La autoridad nacional competente del Estado miembro informa a la AESA, que dispone de un plazo de seis meses para llevar a cabo la evaluación del riesgo, también aquí determinante. Sobre la base de esta evaluación, la Comisión elabora un proyecto de decisión mediante el cual propone aceptar o rechazar la solicitud en un plazo de tres meses, que presenta ante el Comité Permanente de la Cadena Alimentaria y de Sanidad Animal (CPCySA). Si el Comité confirma la propuesta, la Comisión puede adoptarla definitivamente; de lo contrario, la propuesta deberá ser considerada por el Consejo en el marco del procedimiento de comitología y de acuerdo con el Reglamento (UE) 182/2011.

En la práctica, los operadores económicos parecen preferir el procedimiento del Reglamento (CE) 1829/2003, aunque puedan presentar también una solicitud relativa a los alimentos modificados genéticamente a la autoridad competente prevista en la Directiva 2001/18/CE. Debe recordarse a este respecto, como se indica en el considerando 11 del Reglamento, que «la autorización puede concederse a un OMG que se vaya a utilizar como materia prima para la producción de alimentos o piensos, o a los productos con fines de alimentación humana o animal que contienen o están compuestos por ese organismo o han sido producidos a partir de él, o bien a los alimentos o los piensos producidos a partir de un OMG. Así, si el OMG utilizado en la producción de alimentos o piensos ha sido autorizado conforme al presente Reglamento, los alimentos y los piensos que contengan o estén compuestos por este OMG o hayan sido producidos a partir de él no necesitan una autorización con arreglo al presente Reglamento, pero están sujetos a los requisitos establecidos en la autorización concedida al OMG en cuestión». De hecho, el Reglamento introduce una suerte de sistema integrado (*one door, one key*) mediante la cual una sola solicitud de autorización puede cubrir la liberación del producto al medio ambiente y su comercialización para el consumo. De este modo, el Reglamento posibilita un proceso de aprobación único para los OMG destinados a la alimentación y a la producción de piensos que no requerirían una autorización por separado de conformidad con la Parte C de la Directiva 2001/18/CE.

El proceso también está centralizado en el caso de autorización de OMG para su utilización en el cultivo en forma de semillas o material vegetal de reproducción, que se rigen por los mismos procedimientos que se recoge en la Directiva 2001/18/CE y en el Reglamento (CE) 1829/2003. Éstos deben además incorporarse en el Catálogo Común de Variedades de Especies Agrícolas (43),

(43) Catálogo común de variedades de especies de plantas agrícolas. Quinto suplemento a la trigésima sexta edición integral, C/2018/2867, DO C 175, de 23.5.2018.

de conformidad con la Directiva 2002/53/CE y la Directiva 2002/55/CE. La diferencia es que, en el caso de notificación de una semilla transgénica de conformidad con el Reglamento, la evaluación del riesgo ambiental no la realiza la AESA sino la autoridad nacional competente. Una vez que una variedad de semilla es autorizada y registrada en un catálogo nacional, la Comisión recibe la notificación y la solicitud de inscripción de la variedad en el Catálogo europeo para su publicación en el Diario Oficial. Esto implica, en la práctica, que estas semillas pueden comercializarse en toda la UE, mientras que las semillas de variedades registradas solo en catálogos nacionales pueden comercializarse únicamente en el mercado del Estado miembro en cuestión.

En todos los casos, la legislación de la UE otorga a las autoridades competentes nacionales un papel que va más allá de su carácter exclusivamente ejecutivo, que es especialmente evidente en el inicio del proceso y que se mantiene en la etapa de las objeciones e incluso en la adopción de estándares nacionales de protección más estrictos que los de la norma comunitaria. Su función se ha diseñado, en definitiva, de manera que estén mucho más involucradas en la implementación y en la aplicación de la normativa de la UE, lo que probablemente se explica por la afectación de intereses comunes como los de la protección del medio ambiente o la salud humana.

III. LA LIMITACIÓN DE LOS CULTIVOS DE OMG, UNA DECISIÓN EN MANOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

En muchos Estados miembros de la UE existe una fuerte oposición pública a los cultivos transgénicos (según la edición especial del Eurobarómetro de 2010, mientras un 53% de los ciudadanos de la UE percibía favorablemente el desarrollo de las biotecnologías, especialmente en el campo de la medicina o la industria, el 61 % se oponía al uso productos genéticamente modificados en el campo de la agricultura y la alimentación) (44), lo que incide claramente en la posición al respecto de los ejecutivos nacionales. Se pueden encontrar ejemplos de esta renuencia, más allá de los problemas de transposición de la legislación comunitaria por parte de los Estados miembros (45), en la prohibición de cultivos transgénicos en 11 de los 28 Estados miembros (de manera total en Francia, Austria, Grecia, Hungría, Polonia, Lituania, Croacia, Letonia y Holanda, y de manera parcial en el Reino Unido y en Bélgica), en la dificultad del proceso de adopción de decisiones en esta materia o en el número

(44) Eurobarómetro 73.1 Biotecnología, octubre de 2010, disponible online en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_341_fr.pdf.

(45) J. Corti Varela (2010: 291-296); L Gonzalez Vaque (2019: 220).

limitado de variedades transgénicas autorizadas y registradas hasta ahora en la UE, 73 a enero de 2019 (46).

Sin embargo, hasta 2015 la legislación de la UE ofrecía un margen limitado a los Estados miembros para decidir si permitían, restringían o prohibían el cultivo de semillas o material vegetal de reproducción modificado genéticamente. Además del procedimiento de notificación previsto en el artículo 114. 5 y 6 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) (47), ésta es una posibilidad que permitían los artículos 23 de la Directiva 2001/18/CE y 34 del Reglamento (CE) no 1829/2003 con las cláusulas de salvaguardia y las medidas de emergencia. Esta posibilidad se ha ampliado desde la introducción de tres nuevos artículos mediante la adopción de la Directiva 2015/2003/UE, por la que se modifica la Directiva 2001/18/CE en lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan o prohíban el cultivo de OMG en su territorio.

1. Las cláusulas de salvaguarda y las medidas de emergencia

En contrapartida a la comunitarización del riesgo que implica la liberalización de OMG y como contrapeso a la cláusula de libre circulación del artículo 22 de la Directiva 2001/18/CE, el TFUE y las normas de derecho derivado de la UE han querido compatibilizar el sistema de autorización comunitario con la libertad de los Estados miembros para adoptar medidas restrictivas con respecto a este tipo de cultivos.

En primer lugar, el actual artículo 114.5 del TFUE permite a los Estados miembros la adopción, con posterioridad a la aprobación de la medida de armonización, de nuevas disposiciones nacionales «basadas en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado miembro». Es necesario aquí recordar la interpretación restrictiva del Tribunal de Justicia acerca de estas cláusulas de salvaguarda, que sostuvo en 2005 que este procedimiento está destinado a garantizar que ningún Estado miembro aplique una medida nacional que deroga las normas de la UE de manera unilateral y sin obtener previamente la aprobación de la Comisión (48).

(46) De acuerdo con el Registro Europeo de alimentos y piensos modificados genéticamente, a fecha de 2019: 12 variedades de algodón, 25 de maíz, 5 de colza, 19 de soja y 12 de remolacha. De éstas, el 47% son registradas por Monsanto y el 23% por Bayer. El 30% son registradas por Dow, Syngenta, Pioneeri BASF, disponible online en https://webgate.ec.europa.eu/dyna/gm_register/index_en.cfm.

(47) Ver al respecto N. De Sadeleer (2015: 541-543).

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia de 5.10.2005, Land Oberösterreich et República de Austria c. Comisión de las Comunidades Europeas, as.conj. T-366/03 y T-235/04, cdo. 44.

Por otra parte, el artículo 23 de la Directiva 2001/18/CE permite que un Estado miembro pueda, disponiendo de «información nueva o adicional» o de «una nueva valoración de la información existente a tenor de los conocimientos científicos nuevos o adicionales» conforme al estado del conocimiento científico, «restringir o prohibir provisionalmente en su territorio el uso o la venta» de un producto o un componente de un producto previamente autorizado a nivel comunitario si considera que éste supone un riesgo para la salud humana o el medio ambiente. En este supuesto, el Estado miembro debe comunicar inmediatamente la adopción de la medida a la Comisión y a los demás Estados miembros, indicando los motivos de su decisión y proporcionándoles la nueva evaluación de riesgos.

Por otro lado, en el caso de los alimentos y piensos modificados genéticamente, el artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003 prevé que cuando un producto autorizado pueda «constituir un riesgo grave para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente» o así lo indique el informe de la AESA, la Comisión, asistida por el CPCySA y conforme al procedimiento de la comitología, también pueda adoptar las medidas necesarias para «suspender o modificar urgentemente una autorización». A diferencia del caso anterior, cabe recordar que el Reglamento centraliza la emisión de autorizaciones para OMG y otorga la facultad de adoptar medidas urgentes, en principio, únicamente a la Comisión.

De este modo, la adopción de medidas nacionales urgentes puede producirse, por tanto, sobre dos bases jurídicas distintas, el artículo 23 de la Directiva 2001/18/CE o el artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003, en este caso, después de la intervención inicial de la Comisión. La cuestión del fundamento jurídico se planteó ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Monsanto SAS* a raíz de la renovación de la autorización de maíz transgénico MON810 en Francia. El gobierno francés sostenía la aplicación del artículo 23 de la Directiva y, en consecuencia, su derecho a adoptar directamente medidas de urgencia restrictivas de la utilización y comercialización de OMG. Por el contrario, la Comisión y Monsanto consideraban que el artículo 12 de la Directiva 2001/18/CE excluía de su ámbito de aplicación los OMG que ya habían sido autorizados por otra legislación comunitaria y que requerían una evaluación de riesgos similar. El Tribunal de Justicia consideró que la utilización o comercialización de un producto transgénico autorizado como semilla para el cultivo, notificado como producto existente y posteriormente objeto de una solicitud de renovación, no podía ser suspendida o prohibida provisionalmente conforme al artículo 23 de la Directiva 2001/18/CE; sin embargo, estas medidas podían adoptarse de conformidad con el artículo 34 del Reglamento 1829/2003. En consecuencia, un Estado miembro no podría utilizar la cláusula de salvaguardia prevista en la Directiva 2001/18/CE para adoptar medidas de suspensión y posterior prohibición temporal del uso o la

comercialización de un OMG, pero podría hacerlo sobre la base jurídica del artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003 (49).

La Directiva 2001/18/CE parece facilitar la adopción de estas medidas por cuanto no existe un especial umbral de gravedad del riesgo que resulte determinante, a diferencia del artículo 34 del Reglamento (CE) 1289/2003, que limita la adopción de tales medidas a situaciones en las que el OMG suponer un grave riesgo para la salud humana, la salud animal o el medio ambiente. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto *Monsanto SAS*, el umbral que establece para la adopción de medidas nacionales de mayor protección es más elevado cuando éstas se fundamentan en el artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003 que cuando lo hacen en la Directiva 2001/18/CE ya que ésta última no exige que se caracterice la gravedad o evidencia del riesgo (50). En lo que respecta a las condiciones de fondo, cabe recordar, además, que el Tribunal de Justicia sostuvo en dicho asunto que las medidas de protección nacionales adoptadas de conformidad con el artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003 no podían estar motivadas por un enfoque de riesgo puramente hipotético, basado en meras suposiciones científicas no verificadas. Por el contrario, estas medidas de protección solo podían adoptarse si se basaban en una evaluación de riesgos lo más completa posible teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso en cuestión y el estado actual del conocimiento científico (51).

Además de las dos normas mencionadas, cabe también referir, por último, el artículo 53 del Reglamento (CE) 178/2002, que permite a la Comisión adoptar medidas de suspensión de la comercialización o uso de un alimento o de las importaciones procedentes de terceros países cuando «se ponga de manifiesto la probabilidad de que un alimento o un pienso, procedente de la Comunidad o importado de un país tercero, constituya un riesgo grave para la salud de las personas, de los animales o para el medio ambiente y dicho riesgo no pueda controlarse satisfactoriamente mediante la adopción de medidas por parte de los Estados miembros afectados». En ausencia de la actuación de la Comisión, el artículo 54 autoriza que sea el Estado miembro quien adopte medidas provisionales de protección, siempre que informe de inmediato a los demás Estados miembros y a la Comisión. Complementariamente para las semillas genéticamente modificadas, la Directiva 2002/53/CE permite además, en su artículo 16 que un Estado miembro pueda prohibir el uso de estos productos en todo o en parte su territorio o determinar las condiciones

(49) Sentencia del Tribunal de Justicia de 8.9.2011, as.conj. C-58/10 a C-68/10, *Monsanto SAS*, cdos. 6, 69 y 70.

(50) *Ibid.*, cdos. 76 y 77.

(51) *Ibid.*, cdo. 77.

de cultivo de esa variedad, entre otros motivos, si éste resulta perjudicial para el cultivo de otras variedades o si es notorio que no es apto para el cultivo en ninguna parte de su territorio o si, finalmente, supone riesgos para el medio ambiente o la salud humana.

En este caso, y a diferencia también del artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003, el Tribunal de Justicia ha considerado en su sentencia en el asunto *Fidenato* que las medidas nacionales provisionales adoptadas sobre la base del artículo 54 del Reglamento (CE) 178/2002 están sujetas «al requisito de que una evaluación de la información disponible muestre la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos sobre la salud, aunque siga existiendo incertidumbre científica. En cambio, el artículo 34 del Reglamento n.º 1829/2003 permite recurrir a las medidas de emergencia cuando sea “evidente” que un producto autorizado por el Reglamento puede constituir un riesgo “grave” para la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente». La diferencia del nivel de riesgo requerido en uno y otro fundamento jurídico no impide, sin embargo, que el Tribunal de Justicia acabe considerando que tales medidas no pueden adoptarse únicamente sobre la base del principio de precaución enunciado en el artículo 7 del Reglamento (CE) 178/2002 sino que deben satisfacer también las condiciones establecidas en el artículo 34 del Reglamento (CE) 1829/2003 (52).

2. Las medidas de coexistencia de cultivos modificados genéticamente y cultivos tradicionales

Otra de las cuestiones que se plantean en el campo de los cultivos transgénicos está relacionada con el establecimiento de umbrales para la presencia fortuita de OMG. La Directiva 2001/18/CE reconoce en su considerando 4 el riesgo de que estos organismos puedan reproducirse en el medio ambiente, afectando de manera irreversible a otros Estados miembros. Esta transferencia involuntaria de material genético puede ser vertical (es decir, en la misma especie) u horizontal (de una especie a otra) y puede, en ciertas circunstancias, ampliarse por la recombinación genética del organismo receptor (53).

En esencia, el objetivo de las normas de coexistencia es garantizar que los productos que no están etiquetados como OMG se ajusten realmente al nivel de tolerancia comunitario del 0,9 % de presencia fortuita establecida en los artículos 12 y 24 del Reglamento (CE) 1829/2003. La incidencia que tiene a efectos económicos es muy importante, por el coste que suponen las medidas

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.2017, as.C-111/16, *Giorgio Fidenato*, cdo. 50 a 54.

(53) Ver M.R. Grossman (2007: 330).

de segregación y por la complejidad de aislar el cultivo transgénico para evitar la contaminación, particularmente necesario en aquellos supuestos en que el producto convencional u orgánico no sobrevive a una contaminación genética accidental por polinización de especies transgénicas (54). La coexistencia entre cultivos transgénicos y cultivos convencionales u orgánicos requiere, por tanto, medidas de contención para que los agricultores pueden garantizar a los consumidores la elección del tipo de producto que desean consumir y los consumidores puedan ejercer debidamente esta libertad de elección (55). La correcta planificación y la ejecución de estas medidas de coexistencia permiten además desarrollar un enfoque preventivo, especialmente importante para evitar pérdidas económicas significativas.

La posibilidad de adoptar medidas nacionales relativas a la coexistencia de cultivos transgénicos y no transgénicos se introduce en la Directiva 2001/18/CE. Aunque el artículo 22 establece que los Estados miembros no pueden prohibir, restringir o impedir la comercialización de OMG ya autorizados, el artículo 26bis permite la adopción de las medidas nacionales de coexistencia que se consideren adecuadas para prevenir la presencia accidental de OMG en otros productos. Asimismo, la Directiva 2015/412/UE exige, mediante la introducción de un nuevo artículo 26ter en la Directiva 2001/18/CE, que los Estados miembros que permiten estos cultivos adopten «medidas adecuadas en las zonas fronterizas de su territorio con el fin de evitar una posible contaminación transfronteriza a los Estados miembros vecinos en los que esté prohibido el cultivo de esos OMG, a menos que dichas medidas sean innecesarias debido a unas condiciones geográficas específicas».

El alcance de estas medidas se ha planteado en el asunto *Pioneer Hi Bred*, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el *Consiglio di Stato* italiano en un caso en que se cuestionaba la denegación de solicitud de una autorización a la empresa Pioneer para cultivar híbridos de maíz modificados genéticamente hasta que las regiones afectadas adoptaran normas adecuadas para garantizar la coexistencia entre cultivos convencionales, orgánicos y modificados genéticamente. El Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de que no cabe «supeditar a una autorización nacional basada en consideraciones de protección de la salud o del medio ambiente, el cultivo de OMG autorizados en virtud del Reglamento (CE) 1829/2003 e incluidos en el catálogo común con arreglo a la Directiva 2002/53/CE». Los Estados miembros pueden, por el contrario, «imponer una prohibición o una restricción al cultivo de dicho

(54) FAO (2008).

(55) Recomendación de la Comisión de 23 de julio de 2003, por la que se establecen las líneas directrices para la elaboración de estrategias nacionales y mejores prácticas para asegurar la coexistencia de cultivos genéticamente modificados, convencionales y biológicos, DO L 189 de 29.07.2003.

producto en los casos expresamente previstos por el Derecho de la Unión». Este es el caso del artículo 26bis de la Directiva 2001/18/CE, que no permite, sin embargo «adoptar una medida [...] que, a la espera de que se adopten medidas de coexistencia, prohíbe de manera general el cultivo de OMG autorizados en virtud de la normativa de la Unión e incluidos en el catálogo común» (56).

El margen de intervención de los Estados miembros es, por lo tanto, limitado, porque las medidas de coexistencia solo están justificadas para garantizar la separación de los cultivos transgénicos de los cultivos convencionales u orgánicos. Además, para evitar los efectos distorsionadores que dichas medidas pueden implicar para el mercado interior la Directiva establece como un criterio para garantizar su proporcionalidad el requisito de que sean medidas «necesarias». De acuerdo con la Recomendación de la Comisión de 2003, (57) el criterio de necesidad de la medida está relacionado con el tipo de riesgos que implican. Por consiguiente, solo pueden vincularse con los aspectos económicos asociados con la presencia fortuita de OMG y la viabilidad y el coste de las medidas para reducir la mezcla de productos agrícolas modificados genéticamente y convencionales u orgánicos, no pudiendo basarse en motivos sanitarios o medioambientales, riesgos ya contemplados en la Directiva 2001/18/CE.

Esta ha sido la opción utilizada progresivamente por los Estados miembros que han permitido o permiten actualmente el cultivo de OMG. De acuerdo con el primer informe de la Comisión Europea de 2006 (58), sólo cuatro Estados miembros habían adoptado una legislación específica sobre coexistencia (Alemania, Dinamarca, Portugal y seis de los Estados federados austríacos). El segundo y por ahora último informe de 2009 (59) ya recogía un número mayor, siendo quince los Estados miembros que habían adoptado este tipo de normas (Austria, Bélgica, República Checa, Alemania, Dinamarca, Francia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Lituania, Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia y Eslovaquia). Entre los países que permiten los cultivos transgénicos, España, la República Checa, Eslovaquia y Rumanía habían adoptado medidas de coexistencia con carácter nacional a fecha de abril de 2017, fecha de aplicación prevista en el artículo 26bis de la Directiva 2001/18/CE (60).

(56) Sentencia de 6 de septiembre de 2012, as. C-36/11, Pioneer Hi Bred Italia Srl, cdo. 69, 70 y 75.

(57) DO L 189 de 29.07.2003, § 1.2. Ver también la Recomendación de la Comisión, de 13 de julio de 2010, sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos, DO L200, de 22.7.2010.

(58) COM(2006)104.

(59) COM(2009)153.

(60) Información disponible en línea en https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/agriculture_coexistence_en

3. La prohibición de cultivos modificados genéticamente

La ausencia de un marco jurídico claro ha llevado en ocasiones a algunos de los Estados miembros a restringir o, incluso, prohibir los cultivos de OMG sobre la base de consideraciones que poco tenían que ver con la evidencia científica de un riesgo ambiental o para la salud humana, mediante las cláusulas de salvaguardia a su disposición o los procedimientos especiales de notificación en el contexto del mercado interior. Esto suscitaba grandes reticencias a la Comisión puesto que no era una opción inicialmente contemplada por la normativa comunitaria. De hecho, debido a dificultades de carácter político, hubo que esperar hasta julio de 2010 para que la Comisión pudiera presentar una propuesta específica para la modificación de la Directiva 2001/18/CE en lo que concierne a esta posibilidad (61). Cinco años más tarde, la propuesta acabó adoptándose mediante la Directiva 2015/412/UE.

La Directiva parte del reconocimiento de que algunos Estados miembros pueden considerar necesario restringir o, incluso, prohibir el cultivo de OMG en la totalidad o en parte de su territorio cuando las medidas de coexistencia son insuficientes para evitar la presencia involuntaria de OMG en los cultivos convencionales u orgánicos. Para ello, agrega un nuevo artículo 26ter a la Directiva 2001/28/CE, como alternativa a la cláusula de salvaguardia, que permite que:

a) Durante el procedimiento de autorización de un determinado OMG, o durante la renovación de la autorización, los Estados miembros puedan pedir «que se adapte el ámbito geográfico de aplicación de la autorización escrita o de la decisión de autorización a efectos de que el territorio del Estado miembro de que se trate quede excluido en su totalidad o en parte del cultivo».

b) En caso de que se no haya producido ninguna petición, los Estados miembros puedan «adoptar medidas para restringir o prohibir el cultivo en la totalidad o en parte de su territorio de un OMG o de un grupo de OMG definidos por variedad de cultivo o características, una vez autorizado (...), siempre que dichas medidas sean conformes al Derecho de la Unión, razonadas, proporcionadas y no discriminatorias y, además, se basen en motivos imperiosos como los relacionados con: a) objetivos de política medioambiental; b) la ordenación del territorio, c) el uso del suelo; d) repercusiones económicas, evitar la presencia de OMG en otros productos (...); e) objetivos de política agrícola, orden público». Naturalmente, también será necesario comunicar la medida a la Comisión y a los demás Estados miembros al menos un mes antes de su adopción por el Estado miembro.

(61) COM(2010)375 y COM(2010)380.

La Directiva persigue, así, la introducción de un enfoque precautorio más flexible en el contexto de la legislación existente sobre el cultivo de OMG, otorgando una mayor discrecionalidad a los Estados miembros para limitar o prohibir en su territorio este tipo de cultivos cuando se presentan problemas específicamente nacionales o locales. Si bien sigue preservando un sistema de autorización basado en la evaluación científica de los riesgos para la salud y el medio ambiente a nivel comunitario, reconoce finalmente la existencia de objeciones de carácter no estrictamente científico que pueden invocarse, cuando hay aspectos políticos, económicos o sociales en juego, más allá de la evidencia científica de la existencia de un riesgo que hasta ahora ha venido exigiendo el Tribunal de Justicia. Como no puede ser de otro modo, corresponderá al Tribunal de Justicia determinar, en cada caso concreto, si las razones invocadas para justificar medidas nacionales que limiten o prohíban los cultivos de OMG resultan o no compatibles con las normas del derecho de la UE, especialmente en lo que concierne al funcionamiento del mercado interior (62).

IV. MÁS ALLÁ DE LOS OMG: LOS DESAFÍOS QUE PRESENTA LA REGULACIÓN DE LA BIOLOGÍA SINTÉTICA

La biotecnología moderna ha evolucionado en los últimos decenios hacia nuevas formas de manipulación y modificación del patrimonio genético de los organismos vivos, esto es, de la vida y de nuestro entorno. La biología sintética supone un paso más en este proceso, en tanto que persigue el diseño de sistemas biológicos que no existen en la naturaleza. Desde principios de la década del 2000 se han ido produciendo una serie de hitos científicos que han resultado trascendentales para el actual desarrollo de la biología sintética (63), hasta lograr la creación y edición de nuevos organismos que cumplen nuevas funciones. La biología sintética difiere así de las tecnologías más convencionales de la ingeniería genética, principalmente en la escala y el nivel de la manipulación del material genético que se produce, desde la edición y modificación de organismos existentes hasta la creación de organismos nuevos, desde cero, para que cumplan determinadas funciones biológicas (64). El alcance de esta tecnología emergente plantea importantes incertidumbres y retos de tipo ético y científico (65). Desde la perspectiva jurídica una de las

(62) Ver E. Corcione (2018: 354-356) y N. De Sadeleer (2015: 547-548, 551-555).

(63) Respecto a la evolución desde la ingeniería genética a la biología sintética, ver V. Bellver Capell (2016: 638-639)

(64) V. Bellver Capell (2016: 639).

(65) Ver al respecto el número monográfico que la revista ISEGORIA dedicó a esta cuestión: ISEGORIA. *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, 2016.

primeras cuestiones que suscita es la de si, en su estadio actual, pueden quedar fuera del marco jurídico existente aplicable a los procesos y a los productos derivados de la ingeniería genética y, especialmente, a los OMG. Más allá de su impacto socio-económico o de su dimensión ética, la complejidad de esta cuestión exige que estas incertidumbres se aborden de manera coherente tanto a nivel internacional como en el ámbito de la UE.

En el contexto internacional, el debate actual se centra en determinar si cabe aplicar el CBD y sus instrumentos conexos, mediante una interpretación extensiva, a los productos resultantes de la biología sintética. Esto dependerá de la interpretación de «organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología» (OVM) y de la probabilidad de que su uso y liberación «tenga impactos ambientales adversos» o «impactos adversos potenciales» (66). Si bien el CBD no define el concepto de «organismos vivos» o de organismos que puedan derivarse de éstos, sí que lo hace el Protocolo de Cartagena en su artículo 3(h), de acuerdo con el cual este concepto se aplica a «cualquier entidad biológica capaz de transferir o replicar material genético, incluidos organismos estériles, virus y viroides», comprendiendo en su ámbito de aplicación a los organismos obtenidos mediante el uso de la biotecnología moderna. Asimismo, su artículo 15 y el anexo III exigen la realización de una evaluación de riesgos para identificar y evaluar los «efectos adversos potenciales» de los OVM sobre la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica. Sin embargo, el Protocolo de Cartagena limita su ámbito de aplicación a los movimientos transfronterizos, el tránsito, la manipulación y la utilización OVM que puedan tener efectos adversos sobre la diversidad biológica y la salud humana. Aunque los organismos vivos desarrollados a través de las aplicaciones actuales de la biología sintética pueden ser similares a los OVM definidos por el Protocolo de Cartagena, los componentes no vivos no entran en su ámbito de aplicación; asimismo, puede haber casos en los que no haya consenso sobre si el componente en cuestión es un organismo vivo o no. El problema, en definitiva, es en qué medida el cuerpo normativo existente aplicable hasta ahora a la ingeniería genética y, especialmente, a los OVM ofrece un marco suficiente para la biología sintética o si por el contrario, algunos de sus elementos escapan del mismo (67). El Protocolo de Cartagena proporciona una

(66) Secretariat of the Convention on Biological Diversity (2015: 82).

(67) En este sentido, la Conferencia de las Partes (COP) del CBD ha adoptado hasta ahora diversas decisiones relativas a la biología sintética. Así, ante la insuficiente información sobre las consecuencias de la biología sintética, la Decisión XII/24 de 2014 (Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/XII/24) invitaba a las partes a adoptar un enfoque de precaución y a establecer sistemas de evaluación de riesgos y establecía un Grupo especial de expertos para tratar esta cuestión. La Decisión XIII/17 de 2016 (Doc. CBD/COP/DEC/XIII/17), por otro lado, adoptó una definición operativa de biología sintética, acordó la aplicación a la biología sintética de los principios generales y de las metodologías de evaluación de riesgos definidas en Protocolo

base para la evaluación de riesgos de los OVM y productos biotecnológicos derivados, pero probablemente no está suficientemente adaptado para cubrir futuros desarrollos y nuevas aplicaciones del campo de la biología sintética.

En el contexto de la UE, y a diferencia de lo que ocurre con los OMG y los MOMG, que cuentan ya con un marco jurídico cada vez más preciso, la regulación de la biología sintética carece aún del mismo y su desarrollo se ha venido considerando a la luz del marco que ofrecen la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional de OMG y la Directiva 2009/41/CE sobre uso confinado de MOMG. Sin embargo, estos instrumentos legislativos son poco flexibles y se han visto pronto superados por los nuevos enfoques que propicia el rápido desarrollo de las biotecnologías y especialmente de la biología sintética, que es difícil de encajar en las categorías cubiertas por la legislación existente (68).

De una parte, la Directiva 2001/18/CE regula principalmente los ensayos, el cultivo y la liberación comercial de OMG que se obtienen principalmente mediante las técnicas de ADN recombinante, la introducción directa de material hereditario en un organismo y las técnicas de fusión o hibridación celular (69). De otra parte, la Directiva 2009/41/CE contempla, en su artículo 4(3), cuatro tipos de utilizaciones confinadas de MOMG, en función de los riesgos que estos usos presentan para el medio ambiente y la salud humana («1) Actividades de riesgo nulo o insignificante, esto es, actividades en las cuales el grado 1 de confinamiento es suficiente para proteger la salud humana y el medio ambiente; 2) Actividades de bajo riesgo, esto es, actividades en las cuales el grado 2 de confinamiento es suficiente para proteger la salud humana y el medio ambiente; 3) Actividades de riesgo moderado, esto es, actividades en las cuales el grado 3 de confinamiento es suficiente para proteger la salud humana y el medio ambiente; 4) Actividades de alto riesgo, esto es, actividades

de Cartagena y renovó el mandato del Grupo especial de expertos. La última COP de 2018 ha debatido de nuevo las cuestiones relativas a la biología sintética. En su decisión XIV/19 (Doc. CBD/COP/DEC/XIV/20), además de tomar nota de los trabajos del Grupo de expertos y renovar de nuevo su mandato, ha enfatizado la aplicación del enfoque de precaución ante las incertidumbres respecto a las unidades genéticas modificadas por ingeniería genética y la prevención en este campo. Ha reconocido el impacto que tiene a los efectos de los objetivos del Convenio, pero también ha señalado la necesidad de mayor claridad conceptual. Además, exige evaluaciones de riesgo caso por caso y medidas de gestión de riesgos, especialmente cuando se considera la introducción de organismos que contienen unidades genéticas diseñadas en el medio ambiente, incluidas las versiones experimentales. Sin embargo, la COP no ha podido establecer hasta ahora una moratoria sobre el desarrollo y liberación de los impulsores genéticos por sus potenciales impactos sobre la diversidad biológica.

(68) E. Stoken (2017: 64).

(69) Anexo I, Parte A de la Directiva 2009/41/CE y parte I del anexo IA de la Directiva 2001/18/CE.

en las cuales el grado 4 de confinamiento es suficiente para proteger la salud humana y el medio ambiente»). El procedimiento para determinar la clase de riesgo, los requisitos mínimos y las medidas necesarias para cada nivel de contención se describen en sus Anexos III y IV.

Ninguna de las dos Directivas hace referencia alguna a la biología sintética, por lo que su aplicación a estas invenciones dependerá de que los conceptos de organismo y microorganismo que ambas contienen puedan extenderse a los organismos y microorganismos creados mediante la biología sintética. Esta determinación es esencial porque los OMG o MOMG incluidos en el ámbito de aplicación de ambas Directivas están sujetos a una evaluación previa de seguridad, además de determinados requisitos de trazabilidad y etiquetado que no serían en principio de aplicación a los organismos fuera del alcance de la definición.

Este es de hecho el primer problema que debió abordar el Grupo de Trabajo sobre Nuevas Técnicas creado por la Comisión Europea en 2008 (70). Su principal cometido era analizar las diversas interpretaciones que de las Directivas mencionadas hacían los Estados miembros y proponer un enfoque armonizado que permitiera desarrollar prácticas comunes. Como resultado de su trabajo se estableció una lista no exhaustiva de ocho nuevas técnicas (71), entre ellas la genómica sintética, que requerían una interpretación legislativa para determinar su quedaban o no cubiertas en el ámbito de aplicación de las Directivas relativas a los OMG y los MOMG. En aquel momento esta tarea resultaba especialmente difícil puesto que las técnicas existentes para determinar la identidad de la biología sintética con las operaciones de modificación genética cubiertas por las Directivas vigentes se encontraban aun en un estadio primario de desarrollo (72).

El artículo 2(2) de la Directiva 2001/18/CE define la noción de organismo como «toda entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético». Los anexos de la Directiva enuncian determinadas técnicas que pueden causar una modificación genética (Anexo IA, parte 1) (73) o que

(70) Working Group on the establishment of a list of techniques falling under the scope of Directive 2001/18/EC on the deliberate release of genetically modified organisms into the environment and Directive 90/219/EEC on the contained use of genetically modified micro-organisms, ENV B3/AA/ D(2008).

(71) «a. Oligonucleotide Directed Mutagenesis (ODM) ; b. Zinc Finger Nuclease Technology (ZFN) (comprising ZFN-1, ZFN-2 and ZFN-3 as defined in this report); c. Cisgenesis (comprising Cisgenesis and Intragenesis) ; d. Grafting ; e. Agro-infiltration; f. RNA-dependent DNA methylation (RdDM); g. Reverse Breeding ; h. Synthetic Genomics».

(72) E. Stoken (2017: 71).

(73) «1) Técnicas de recombinación del ácido nucleico, que incluyan la formación de combinaciones nuevas de material genético mediante la inserción de moléculas de ácido nucleico —obtenidas por cualquier medio fuera de un organismo— en un virus, plásmido bacteriano u otro sistema de vector y su incorporación a un organismo hospedador en el

se excluyen, justamente, por no hacerlo (Anexo IA, parte 2) (74). Además, el artículo 3 y el anexo 1B (75) excepciona ciertas tecnologías del ámbito de aplicación de la Directiva.

La cuestión que se suscita es si las técnicas de edición genética mediante la biología sintética y, en especial, las tecnologías CRISPR-CAS9, pueden considerarse como uno de los métodos recogidos en el anexo IA, parte 1 de la Directiva. En términos generales, esta definición puede referirse bien a la tecnología aplicada (un organismo es un OMG siempre que se haya aplicado tecnología de modificación genética), bien al producto que se deriva de ella (un producto es un OMG cuando no podría existir de otra manera que a través de la tecnología genética), de manera acumulativa a la tecnología y al producto (un organismo es un OMG cuando se ha aplicado la tecnología genética y se ha logrado un producto que no se pudo haber logrado en la naturaleza o mediante el mejoramiento convencional) o de manera alternativa a ambos (un organismo es un OMG cuando se ha aplicado la tecnología genética o cuando se ha logrado un producto que no se pudo haber logrado en la naturaleza o mediante el mejoramiento convencional) (76). Los productos que quedan fuera del alcance de la definición del concepto de OMG de la Directiva 2001/18/CE aún pueden constituir nuevos alimentos y requerir autorización conforme al Reglamento (UE) 2015/2283, de 25 de noviembre, relativo a los nuevos alimentos (77).

Los elementos centrales de esta definición son la capacidad de estos organismos de «reproducirse o transferir material genético» y la existencia de una alteración genética que se presente «de una manera que no se produce naturalmente en el apareamiento ni en la recombinación natural». El Tribunal de Justicia se ha pronunciado con respecto a si un organismo debe considerarse un OMG cuando en determinadas etapas de la reproducción de un producto convencional existe una contaminación del ADN que posteriormente desaparece de forma natural, por ejemplo, la detección en la miel de ADN de maíz

que no se encuentren de forma natural pero puedan seguir reproduciéndose. 2) Técnicas que suponen la incorporación directa en un organismo de material hereditario preparado fuera del organismo, incluidas la microinyección, la macroinyección y la microencapsulación. 3) Técnicas de fusión de células (incluida la fusión de protoplasto) o de hibridación en las que se formen células vivas con combinaciones nuevas de material genético hereditario mediante la fusión de dos o más células utilizando métodos que no se producen naturalmente».

(74) «1) Fertilización in vitro. 2) Conjugación, transducción, transformación o cualquier otro proceso natural. 3) Inducción poliploide».

(75) «1) Mutagénesis. 2) Fusión (incluida la fusión de protoplasto) de células vegetales de organismos que puedan intercambiar material genético mediante métodos tradicionales de multiplicación».

(76) G. Fernandez Albuja – B. van der Meulen, B. (2018: 16).

(77) DO L 327, de 11.12.2015.

MON 810, procedente de la incorporación de polen de ese maíz. A este respecto, en su sentencia de 6 de septiembre de 2011 en el asunto *Bablok* (78), ha considerado que, siendo que «las definiciones de organismo y de OMG recogidas en la Directiva 2001/18 implican necesariamente, según dicha interpretación, que la información genética incluida pueda ser transferida de manera concreta a un destinatario adecuado a efectos de la recombinación», cabe excluir del concepto de «organismo» y de OMG de la Directiva a una entidad biológica que ha perdido «toda capacidad reproductiva concreta e individual» de transferir material genético.

En cambio, en la reciente sentencia de 26 de julio 2018 en el asunto *Confédération paysanne* (79), el Tribunal de Justicia ha entendido que algunas de las nuevas técnicas de ingeniería genética tales como las técnicas CRISPR-CAS9 y otras técnicas de edición genética son formas de ingeniería genética, y sus productos quedan cubiertos por la definición de OMG y deben regularse en principio como tales en virtud de la legislación vigente de la UE. Se trata en este caso de una cuestión prejudicial planteada por el *Conseil d'Etat* francés en el marco de una demanda de una unión agrícola francesa (*Confédération paysanne*) junto con una serie de asociaciones ambientalistas para impugnar la legislación francesa que exime a los organismos obtenidos por mutagénesis de las obligaciones impuestas por la Directiva 2001/18/CE.

En este asunto, el Tribunal de Justicia advierte que las *técnicas o métodos de mutagénesis*, que no se citan de manera explícita en el anexo IA parte 1 de la Directiva, no pueden excluirse de entrada del ámbito de aplicación de su artículo 2(2). Por un lado, la lista de las técnicas de modificación genética que contiene el anexo IA de la Directiva no es exhaustiva y lógicamente no recoge aquellas técnicas que se han desarrollado con posterioridad a su adopción. Por otro lado, la excepción que con respecto a algunas técnicas recoge el anexo I B de la Directiva, entre las que se mencionan determinadas técnicas o métodos de mutagénesis, debe ser interpretada, en tanto que excepción, de manera estricta. Su alcance ha de determinarse en función de los riesgos que presentan estas técnicas para el medio ambiente y la salud humana, siendo necesario tener aquí en cuenta el principio de precaución en su aplicación, más aún cuando «los riesgos que entraña la utilización de tales técnicas o métodos nuevos de mutagénesis podrían resultar similares a los derivados de la producción y de la difusión de OMG mediante transgénesis». Esta similitud en el alcance de los riesgos que presentan implica que la simple exclusión de los organismos obtenidos por las nuevas técnicas de mutagénesis del ámbito

(78) Sentencia de 6 de septiembre de 2011, as. C-442/09, Karl Heinz Bablok y otros c. Freistaat Bayern, cdos. 55 y 60.

(79) Sentencia de 25 de julio de 2018, as. C-528/16, Confédération paysanne, cdos. 30, 35, 41, 47, 48, 50 y 51.

de la Directiva puede comprometer su objetivo principal —evitar efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente— y quebrar el principio de precaución en la que ésta se fundamenta. Concluye el Tribunal de Justicia que solo se pueden excluir del ámbito de aplicación de la Directiva «los organismos obtenidos mediante técnicas o métodos que han venido siendo utilizados convencionalmente en varios usos y para los que se dispone de una amplia experiencia de utilización segura.

Conforme con esta jurisprudencia, el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/18/CE parece poder extenderse a los nuevos organismos obtenidos mediante edición genética desarrollados en los últimos veinte años. No obstante, la sentencia tiene un alcance limitado y no aclara que ocurre con las técnicas de ingeniería genética tipo CRISPR-CAS9 y con las nuevas técnicas de fitomejoramiento (*New Plant Breeding Techniques*, NPBT) que no sean aplicaciones de mutagenesis por nucleasas o nucleótidos o con los productos derivados de éstas, que implican la inserción de secuencias de ADN artificial y no de otro organismo (80).

Si estas tecnologías se consideran finalmente una variante de la ingeniería genética tradicional mediante las que se obtiene un OMG como resultado, parece lógico aplicar la normativa comunitaria vigente, más orientada a regular el proceso —la tecnología— que el producto final. La sentencia del Tribunal de Justicia de 2018 parecería apoyar esta posibilidad, en la medida en que cabe deducir de la misma que la Parte 1 del anexo IA no contiene una lista exhaustiva de tecnologías sino que sólo da algunos ejemplos y, por lo tanto, no impide considerar que éste pueda comprender también nuevos métodos de ingeniería genética, e inclusive, nuevas tecnologías de biología sintética. Asimismo, no parece que la exclusión que permiten el artículo 3 y el anexo IB de la Directiva 2001/18/CE sean aplicables, al menos, a tecnologías CRISPR-CAS9, que no se incluyen en ninguno de los dos conceptos contemplados (mutagénesis y fusión de células vegetales de organismos que puedan intercambiar material genético mediante métodos tradicionales de multiplicación) (81). Por último, una interpretación sistémica de la Directiva permite considerar que si el legislador de la UE persigue una regulación estricta de todos los enfoques biotecnológicos nuevos e inexplorados, éstos deben desarrollarse sobre la base de los principios de acción preventiva y de cautela, principios que enuncia de forma explícita los considerandos 6 y 8 de la Directiva 2001/18/CE. Sin embargo el debate sigue abierto y los Estados miembros por ahora seguirán interpretando la Directiva de manera unilateral o, como ha ocurrido recientemente en

(80) Fernandez Albuja, G – van der Meulen, B. (2018: 14-28); Medvedieva, M.O., Blume, Y.B. (2018: 204-212).

(81) Y.B. Blume (2014: 207)..

el caso de las técnicas de fitomejoramiento, presentando iniciativas para su modificación en el futuro, la última de los Países Bajos (82), sin perjuicio de la dificultad política que el logro de un consenso sobre esta materia presenta.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Los rápidos avances que se producen en el sector de la biotecnología no se corresponden actualmente con un desarrollo normativo apropiado e integral a nivel internacional o en el ámbito de la UE. Este marco jurídico es por ahora incompleto y fragmentado, pero puede apreciarse como empieza a evolucionar empujado por diversos factores: Por un lado, la investigación que actualmente se está produciendo en los centros de investigación y en las empresas multinacionales avanza rápidamente y requiere una adaptación permanente del marco legal existente; por otro lado, la incidencia de la entrada en vigor del Protocolo de Cartagena en 2003, que preveía la reforma de las normas de bioseguridad para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones; finalmente debe también considerarse el aumento del comercio internacional de OMG y el impacto que tienen estas tecnologías en otros sectores (83).

Ello ha exigido, en el contexto de la UE, una mayor atención a los problemas de seguridad que plantea la biotecnología. Si bien estas tecnologías se desarrollan inicialmente en entornos confinados, la liberación a escala comercial de semillas y plantas transgénicas para producir cultivos resistentes a enfermedades a partir de los años noventa abrió este debate acerca de su inocuidad y sus posibles repercusiones ambientales y en la salud humana. No obstante y a pesar de la incertidumbre sobre su seguridad, los productos derivados de la ingeniería genética están cada vez más presentes en todo el mundo y las aplicaciones de la biología sintética en sectores como el farmacéutico, químico o agrícola están creciendo exponencialmente.

En el derecho derivado de la UE, el principio para manejar esta incertidumbre científica ha sido el principio de precaución. Aun cuando sus condiciones de aplicación han sido interpretadas de una manera muy estricta por parte del Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la exigencia de la evidencia científica del riesgo para justificar la adopción por parte de las autoridades nacionales

(82) D. Eriksson (2018: 1100-1103).

(83) Estos avances científicos tienen importantes interacciones en una pluralidad de sectores o regímenes jurídico internacionales (protección de la propiedad intelectual, comercio internacional, armamento biológico, bioseguridad, bioética, derechos humanos), que multiplican las dificultades para lograr un consenso entre los Estados con respecto al alcance de este marco normativo y, en la mayoría de los casos, produce la consiguiente aceptación limitada de obligaciones internacionales y el desarrollo de instrumentos principalmente de *soft law*.

de medidas de limitación o prohibición de cultivos transgénicos, este principio adquiere una dimensión específica en el campo de la liberación de OMG y en el desarrollo de las primeras invenciones de la biología sintética. Especialmente, la Directiva 2001/18/CE sobre la liberación voluntaria en el medio ambiente de OGM consagra el principio de precaución mediante el establecimiento de un procedimiento comunitario específico en virtud del cual un producto solo puede comercializarse después de la evaluación de los riesgos para la salud humana y el medio ambiente y su aprobación por la autoridad competente. Paralelamente, la Directiva reconoce el derecho de cada Estado miembro a establecer su propio nivel de riesgo aceptable. En este ámbito, la UE ha preferido, sobre la base del principio de subsidiariedad, permitir a los Estados miembros la libertad de elegir, por ejemplo, entre los cultivos convencionales, orgánicos o transgénicos, o la promoción de estos tipos de cultivos a través de medidas de coexistencia.

Sin embargo, la normativa vigente en la UE, aun cuando deja este margen a los Estados miembros, prioriza el esfuerzo de armonización para garantizar el funcionamiento eficaz del mercado interior, objetivo que debe compatibilizar con el imperativo de proteger la salud humana y el medio ambiente. En ocasiones esto es harto difícil y la prominente participación de la AESA, la inercia institucional de un sistema de adopción de decisiones excesivamente complejo o las discrepancias entre los Estados miembros, junto con la interpretación restrictiva por parte del Tribunal de Justicia, ha llevado a la autorización de actividades vinculadas con el desarrollo de estas tecnologías en contradicción con el principio de precaución.

En ámbitos como el de la protección del medio ambiente o de la salud humana, que se desarrollan *rápidamente* al ritmo en que avanzan los conocimientos científicos, la relación existente entre el jurista y el científico es especialmente importante, hasta el punto de generar una cierta dependencia del primero hacia el segundo. En estas ocasiones, la norma tiene la función de traducir en términos legales un hecho que se produce gracias a la innovación científica y tecnológica y asegurar así la regulación de su uso o explotación adecuado. Sin embargo, tratándose del principio de precaución ocurre algo distinto, ya que se da un proceso inverso en el que es la incertidumbre científica, la ausencia de conocimiento científico, la que reclama la intervención del Derecho. En el caso que nos ocupa, parece obvio señalar la dificultad para, en el estadio actual del conocimiento científico, afirmar de manera absoluta la inocuidad de una nueva invención biotecnológica. Y ahí es donde interviene la acción reguladora de los poderes públicos, que sobre la base del principio de precaución deberían prevenir situaciones en que la ausencia de regulación pudiera generar riesgos que, aún siendo poco conocidos, no resultan nada despreciables.

El principio de precaución debería configurarse como un estándar jurídico que guíe la adopción de decisiones en este sector. Aunque no pueda

predicarse del mismo un carácter absoluto, tiene un significado especial para la evaluación y gestión del riesgo para el medio ambiente y la salud humana. Como tal, puede considerarse en el conjunto de recursos hermenéuticos que contribuyen a una interpretación sostenible de las normas jurídicas, permitiendo tomar en consideración e integrar los aspectos económicos, sociales y ambientales del desarrollo sostenible para obtener una aplicación más «sostenible» de las normas en el contexto en el que operan. Desde este punto de vista, el principio de precaución puede proporcionar orientación sobre qué elementos deben considerar los responsables de la formulación de las políticas públicas. La incertidumbre científica es, por definición, una condición en la que la base empírica para la asignación de la probabilidad de que se concrete un determinado riesgo resulta insuficiente. Para responder al reto que presenta la gestión de esta incertidumbre científica es necesario —desde el desconocimiento de los peligros potenciales que un determinado producto puede presentar y aunque no se pueda ofrecer una determinación exacta de los mismos—, ir más allá del simple cálculo cuantitativo de riesgos. Es justamente en esta situación, en la que la evaluación del riesgo es, por definición, insuficiente, donde se justifica científicamente el recurso al principio de precaución.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATAPATTU, S. (2002) : «Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law», *American Journal of International Law*, Vol. 96, núm. 4, pp. 1016-1018.
- BELLVER CAPELLA, V. (2016): «Biología sintética: contexto jurídico y políticas públicas», *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, pp. 637-657.
- BODANSKI, D. (1991): «Scientific Uncertainty and the Precautionary Principle», *Environment*, Vol. 33, núm. 7, pp. 4-44.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L. (2007) : *Precaution in International Law : Reflections on its Composite*, Brill.
- BIDOU, M. (1999) : «Le Principe de Précaution en Droit international de l'environnement», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 103, núm. 3, pp. 710-731.
- BLUME, Y.B. (2014): «Legal Regulation of Plant Genome Editing with the CRISPR/Cas9 Technology as an Example», *Cytology and Genetics*, Vol. 52, núm. 3, pp. 204-212.
- CORCIONE, E. (2018): «Emergency Measures Against GMOs Between Harmonizing and De-harmonizing Trends», *European Papers*, Vol. 3, núm. 1, pp. 345-356.

- CORTI VARELA, J. (2010): *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales*, Ed. Reus, Madrid.
- (2017): «El principio de precaución en la jurisprudencia internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, núm. 1, pp. 219-243.
- DE SADELEER, N. (2001): «Le statut du principe de précaution en droit communautaire: du slogan à la règle», *Cahiers de Droit Européen*, pp. 91-132.
- (2015): «Marketing and Cultivation of GMO in the EU. An Uncertain Balance between Centrifugal and Centripetal Forces», *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 6, núm. 4, pp. 532-558.
- ELLIS, J – FITZGERALD, Y.A. (2004): «The Precautionary Principle in International Law: Lessons from Fuller’s Internal Morality», *McGill Law Journal*, Vol. 49, núm. 3, pp. 779-800.
- ERIKSSON, D. *et al.* (2018): «A Welcome Proposal to Amend the GMO Legislation of the EU», *Trends in Biotechnology*, Vol. 36, núm. 11, pp. 1100-1103.
- FAO (2008): *Climate Change and Food Security: A Framework Document*, FAO, Rome,.
- GLOWKA, L. *et al.* (1994): *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN, Gland & Cambridge.
- FERNÁNDEZ ALBUJAR, G. – VAN DER MEULEN, B. (2018): «The EU’s GMO Concept: Analysis of the GMO Definition in EU Law in the Light of New Breeding Techniques (NBTs)», *European Food and Feed Law Review*, Vol. 13 núm. 1, pp. 14-28.
- FREESTONE, D. – HEY, E., (Eds.) (1996): *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer, The Hague-London-Boston.
- GONZÁLEZ VAQUE, L. (2019): «El derecho de la UE relativo a los organismos modificados genéticamente: la Comisión Europea cambia de estrategia para permitir restringir o prohibir su cultivo», *Revista de Derecho y Genóma Humano*, Vol. 33. pp. 217-240.
- GROSSMAN, M.R. (2007): «The coexistence of GM and other crops in the European Union», *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, pp. 324-392.
- LEBEN, C.– VERHOEVEN, J. (Ed.) (2002): *Le principe de précaution. Aspects de droit International et communautaire*, LGDJ – Panthéon-Assas Paris II, Paris.
- LÓPEZ VILLAR, J. (2008): *Derecho y transgénicos. Regulando la incertidumbre*, Atelier, Barcelona.
- MEDVEDIEVA, M.O., BLUME, Y.B. (2018): «Legal regulation of Plant Genome Editing with the CRISPR/Cas9 Technology as Example», *Cytology and Genetics*, Vol. 52, núm. 3, pp. 204-212.
- MELGAR, M. (2005): *Biotecnología y propiedad intelectual: Un enfoque integrado desde el derecho internacional*, UNAM, México.

- O'RIORDAN, T. – CAMERON, J., (Eds.) (1994): *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publications, Londres.
- PÉREZ SALOM, J.R. (1998): «La regulación internacional de la seguridad de la biotecnología», *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 14, pp. 729-755.
- MAISO BLASCO, J. (2015): «¿Una ética para la biología sintética?», *Encuentros en la Biología*, Vol. 8, núm. 153, pp. 21-24.
- NAVARRO BATISTA, N. (2015) : «Innovación, riesgo e incertidumbre: El principio de precaución y el medio ambiente», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2014*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, pp. 225-331.
- STOKEN, E. (2017): «Recombinant regulation: EU Executive Power and Expertise in Responding to Synthetic Biology», en Weimer, M. – de Ruijter, A. (eds), *Regulating Risks in the European Union*, Hart Publishing, pp. 81-100.
- SALVI, L. (2016): «The EU Regulatory Framework on GMOs and the Shift of Powers towards Member States: an Easy Way Out of the Regulatory Impasse?», *European Food and Feed Law Review*, Vol. 11, núm. 3, pp. 201-210.
- Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Synthetic Biology*, CBD Technical Series no. 82, March 2015.
- TROUWBORST, A. (2009): «Prevention, Precaution, Logic and Law – The Relationship between the Precautionary Principle and the Preventative Principle in International Law and Associated Questions», *Erasmus Law Review*, Vol. 2, núm. 2, pp. 105-128.
- VANDERZAAG, D. (1999): «The Precautionary Principle in Environmental Law and Policy: Elusive Rhetoric and First Embraces», *Journal of Environmental Law and Practice*, Vol. 8, pp. 355-375.

LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017

C. AYMERICH CANO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. NATURALEZA Y FINES DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.– III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.– IV. MOTIVOS: 1. Clases de prohibiciones a la luz del Derecho comunitario. 2. Condena penal firme. 3 Sanción administrativa firme. 4. Concurso e insolvencia. 5. Incumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y laborales. 6. Falsedad u ocultación en las declaraciones y documentación aportada. 7. Sanción firme de prohibición de contratar impuesta en virtud de la LGT o la LGS. 8. Infracción de las incompatibilidades de altos cargos, cargos electivos y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Conflictos de intereses. 9. Incumplimiento grave de obligaciones contractuales.– V. ÓRGANOS COMPETENTES.– VI. PROCEDIMIENTO.– VII. DURACIÓN.– VIII. EFECTOS.– IX. AUTOCORRECCIÓN: 1. La autocorrección en la DCP. 2. La autocorrección en la LCSP. 3. Una reflexión sobre la autocorrección.– X. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA (IN)EFICACIA PRÁCTICA DEL SISTEMA DE PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.– XI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: el análisis de la regulación de las prohibiciones para contratar en la LCSP de 2017 a la luz de las Directivas europeas de 2014 revela la tensión existente entre un régimen sobre el papel draconiano y una práctica aplicativa laxa cuando no, directamente, inexistente. De hecho, la nueva regulación incluye específicamente mecanismos que, como la autocorrección, tratan de resolver dicha tensión introduciendo una mayor discrecionalidad administrativa y permitiendo que, progresivamente, la negociación sustituya a la resolución unilateral.

Palabras clave: contratación pública; prohibiciones para contratar; buena gobernanza; corrupción.

ABSTRACT: analysis of the regulation of exclusions regime in 2017 Spanish Public Procurement Law, in the light of the European Directives of 2014, reveals the tension between a regulation that seems, in book, draconian and a lax application practice when not, directly, non-existent. In fact, the new regulation specifically includes mechanisms that, like self-cleaning, are addressed to resolve this tension by introducing more administrative discretion and negotiation instead of unilateral resolution.

Key words: public procurement; exclusions; good governance; corruption.

I. INTRODUCCIÓN

La exclusión de las empresas de la contratación pública constituye una de las medidas más graves que pueden adoptar los órganos de contratación o, más en general, las administraciones y entidades públicas con capacidad para contratar. Sea cuál sea la calificación jurídica que tales decisiones merezcan (básicamente, si tienen o no naturaleza sancionadora y, en consecuencia, si son o no predicables respecto de ellas las garantías propias del Derecho Sancionador) es evidente que la inhabilitación para celebrar contratos públicos supone, subjetivamente, una medida negativa que puede poner en riesgo la viabilidad de la empresa afectada al tiempo que, objetivamente, puede implicar una reducción de la competencia efectiva.

Esta tensión entre legalidad y concurrencia explica las soluciones establecidas en los diferentes ordenamientos para mantener el carácter sancionador o, al menos disuasorio, de un mecanismo como la exclusión haciéndolo compatible con la exigencia —piadosamente fundada en la necesidad de salvaguardar la competencia en el mercado— de que, en la práctica, esa exclusión no se haga efectiva. Tradicionalmente, así viene sucediendo en el caso español, esta tensión se resolvía condenando a la ineficacia práctica una regulación, sobre el papel, draconiana (1). Aunque ese sencillo expediente sigue siendo utilizado, la tensión suele resolverse en la actualidad por medio de otros recursos como los programas de clemencia o denuncia, la promoción de la terminación convencional de los procedimientos de exclusión y, en especial, el fomento de los programas de *compliance*. Para hacer todo esto posible, las nuevas regulaciones de las exclusiones en la contratación pública incrementan la discrecionalidad de los órganos llamados a aplicarlas y revisarlas a fin de configurar un terreno propicio a la negociación y a la sustitución de la resolución unilateral por pactos y transacciones, en paralelo con la tendencia a que los procesos penales por corrupción concluyan también con acuerdo (2).

(1) Lleva razón A. HUERGO LORA (2017: 224) cuando constata que «la legislación española contiene una lista muy larga de prohibiciones de contratar, cuya aplicación práctica parece ser muy escasa». En el mismo sentido, *vid.* T. MEDINA ARNÁIZ (2014: 334). La tendencia parece ser general, tal y como reconoce la OCDE respecto del delito de cohecho internacional relacionado con la contratación pública: (cfr., *Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros*, OECD Publishing, 2015, p. 37, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226654-es>).

(2) Así sucede en aquellos casos en los que el cohecho internacional es objeto de sanción penal: «La mayoría de los casos de cohecho internacional concluidos a partir de la entrada en vigor de la Convención Anticohecho de la OCDE se han terminado mediante acuerdos ... los procedimientos para llegar a acuerdos debieran respetar los principios de debido proceso, transparencia y congruencia. Por este motivo, el resultado del acuerdo extrajudicial debe hacerse de conocimiento público» (cfr., *Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros*, cit., p. 36).

II. NATURALEZA Y FINES DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

La regulación vigente de las prohibiciones para contratar en la nueva LCSP de 2017 no es, en realidad, nueva. En líneas generales, se limita a reproducir lo dispuesto en la DA 9ª de la Ley 40/2015 que fue la norma que, en su momento, adelantó la transposición de las Directivas de 2014 al ordenamiento español.

De acuerdo con el art. 65.1 LCSP, no estar incurso en prohibición para contratar es un requisito indispensable para ser contratista del sector público, junto a la capacidad de obrar y la solvencia.

En cuanto a la *finalidad* de las prohibiciones para contratar, la jurisprudencia española, de forma mayoritaria, les niega naturaleza sancionadora atribuyéndoles una finalidad «preventiva» que se concreta en «evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente» (3).

En la doctrina también es mayoritaria (4) la negación de la naturaleza sancionadora de las prohibiciones para contratar, concebidas como «medidas de protección de la Administración, con las que la ley pretende evitar que celebre contratos que tienen altas probabilidades de ser incumplidos a la vista de, por ejemplo, la situación patrimonial del contratista (cuando está en concurso o ha sido declarado insolvente) o de su conducta anterior (incumplimiento de obligaciones tributarias, de seguridad social o contractuales)» (5).

En cualquier caso, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, aun careciendo de naturaleza sancionadora, las garantías del Derecho Administrativo Sancionador pueden aplicarse, limitadamente, a las medidas administrativas de limitación o restricción de derechos y, entre ellas, a las prohibiciones para contratar (6). Extensión limitada, dado que la negación

(3) STS de 18 de marzo de 2015.

(4) Algunos autores como J. BERMEJO VERA (2008: 123) aluden al «incuestionable carácter punitivo adicional» que representan las prohibiciones para contratar.

(5) Cfr., A. HUERGO LORA (2017: 229). También T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 759), las define como «limitaciones a la posibilidad de resultar contratista de un contrato público, de tal manera que pueden definirse como medidas administrativas, aplicadas por los órganos de contratación, que impiden contratar a quienes incurran en una serie de circunstancias que, a juicio del legislador, presuponen una falta de fiabilidad en el candidato o licitador o de imparcialidad en la selección del contratista».

(6) La jurisprudencia (*vid.* entre otras, la STS de 31 de mayo de 2007) suele fundar esta afirmación en la STC 61/1990, de 29 de marzo, que califica a efectos jurídico-constitucionales como sanción la revocación de una licencia de detective privado.

del carácter sancionador de las prohibiciones para contratar se utiliza para no aplicarles, total o parcialmente, los principios y garantías propios de la potestad sancionadora tales como el de legalidad, culpabilidad (7), *non bis in idem* (8) o retroactividad. No debe olvidarse, sin embargo, la existencia de pronunciamientos de fecha posterior en los que el propio TC admite la existencia de un terreno intermedio entre las medidas indemnizatorias o de mera reposición de la legalidad y las propiamente sancionadoras (9) y advierte contra la extensión abusiva del concepto de sanción a fin de lograr la aplicación de las garantías propias de este ámbito a figuras que carecen de ese carácter (10) entre las cuales se encuentran las prohibiciones para contratar reguladas en la legislación de contratos públicos.

En la práctica de los tribunales contencioso-administrativos españoles, siguiendo la estela del TJUE, esta aplicación matizada de las garantías propias del Derecho Administrativo Sancionador se realiza al amparo del principio de proporcionalidad que, como ahora proclama el artículo 4 LRJSP, ha de guiar las actuaciones administrativas de limitación de derechos. En este sentido, se afirma la necesaria previsión legal de los motivos de prohibición, la imposibilidad de extenderlos analógicamente y el respeto por el derecho de defensa asegurado

(7) La STS de 28 de marzo de 2006 afirma que «cabe partir de que la prohibición para contratar carece de naturaleza sancionadora por lo que no tiene porque exigirsele una autoría directa». En idéntico sentido la STS de 31 de mayo de 2007.

(8) «No se comparte por lo demás la tesis procesal de que se está ante una sanción administrativa, pues con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se mantiene que las sanciones cumplen una función represora y punitiva, lo que no sucede en el caso del acto impugnado aunque sea un acto limitativo de derechos. Por ello, aunque esté en curso un procedimiento penal, no se va a incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem*» (STS de 31 de mayo de 2007).

(9) En efecto, la STC 150/1991, de 4 de julio, admite expresamente en su FJ 4 la posibilidad de que «entre la indemnización y la sanción propiamente dicha pueda haber otro tipo de figuras con finalidades y características que, aunque en parte coincidentes, no lo sean por entero con las propias de aquellos dos tipos».

(10) En relación con el recargo do 10%, en concepto de intereses de demora, de las deudas tributarias no pagadas en período voluntario, la STC 164/1995, de 13 de noviembre, contiene una explicación extensible a las prohibiciones para contratar: «Por otro lado, el hecho de que el recargo impugnado pueda tener una finalidad disuasoria del pago impuntual de las deudas tributarias no lo convierte en una sanción. Una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria, y otra bien distinta que toda medida con una finalidad disuasoria de determinados comportamientos sea una sanción». La sentencia también emplea un argumento cuantitativo, cuya aplicación a las prohibiciones para contratar puede resultar problemático («en el caso del recargo del art. 61.2 L.G.T. no se aprecia una finalidad represiva o punitiva: en el sistema global de garantías del pago puntual de las deudas tributarias aparecen en primer término las sanciones cuya cuantía supera en mucho el importe de la figura aquí controvertida. Ciertamente, no es este un argumento definitivo, pero no puede desconocerse su valor indiciario»).

a través de la audiencia específica prevista en el procedimiento administrativo de declaración de las prohibiciones para contratar en el caso de que ésta no sea impuesta directamente por el órgano de contratación.

Podría concluirse que las prohibiciones para contratar previstas en la LCSP y las Directivas comunitarias no tienen naturaleza sancionadora por más que, materialmente, sus presupuestos y sus efectos puedan coincidir con los de normas sancionadoras administrativas y penales que también contemplan, normalmente como sanción accesoria, la privación del derecho a contratar con el sector público. En este sentido, la previa imposición de una sanción administrativa (11) opera como condición que habilita al órgano competente a imponer una prohibición para contratar. Habilita y no obliga porque incluso en los supuestos en que las Directivas y la LCSP las establecen como imperativas, los órganos competentes no se limitan a comprobar la previa imposición de una sanción administrativa —o de una infracción que permitiría su imposición— sino que deben decidir también acerca de la fiabilidad del licitador o candidato tal y como precisa, con carácter general, el apartado 6 del artículo 57 DCP y, transponiéndolo, el artículo 72.5 LCSP.

Recientemente, el TJUE ha tenido ocasión de precisar las diferencias entre la actuación de los órganos competentes para imponer una sanción administrativa que puede constituir el presupuesto para la declaración de una prohibición para contratar y el del órgano de contratación competente para apreciarla:

«En este contexto, procede tener en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por otra, de las autoridades investigadoras. Mientras que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad» (12).

No se trata, pues, de sancionar hechos pasados sino de realizar una valoración prospectiva sobre un licitador o candidato que, no obstante hallarse

(11) Frente a las sanciones penales impuestas por sentencia firme, en principio, la autocorrección carece de eficacia a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57.6 DCP.

(12) STJUE de 24 de octubre de 2018, as. *Vossloh Laeis GmbH*, C-124/17, p. 26. El párrafo siguiente de la sentencia aclara que «el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias por las autoridades investigadoras, en el sentido del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, no tiene la misma finalidad que la que se persigue con el examen de la fiabilidad del operador económico que ha adoptado medidas de las previstas en esa disposición y que debe facilitar al poder adjudicador los elementos de prueba que permitan demostrar que dichas medidas son suficientes para ser admitido en el procedimiento de contratación».

incurso en causa de exclusión o prohibición, tiene derecho a probar su fiabilidad y a que el poder adjudicador —o cualquier otro órgano que resulte competente— resuelva esa solicitud de forma motivada (13).

En definitiva, y a diferencia de lo que sucede en otros sistemas (14), las prohibiciones para contratar carecen, en los ordenamientos europeo y español, de carácter sancionador si bien, en la medida en que coincidan materialmente con ellas, pueden dejar sin efecto práctico sanciones administrativas previamente impuestas. Normalmente —así sucede con la sanción de privación del derecho a obtener contratos públicos tipificada en la LGT, LGS y la Ley de Industria (15)— se tratará de sanciones accesorias de modo que la no apreciación de la prohibición para contratar no afectará a la subsistencia de la sanción principal.

Dicho sea lo anterior sin perjuicio de destacar que, por esta vía, órganos de una administración pueden dejar sin efecto, total o parcialmente, las sanciones impuestas por los de otra diferente. No se trataría, atendida la diferenciación entre sanción «base» y prohibición para contratar, de una revocación de la sanción administrativa impuesta pues ésta, tal y como dispone la LPAC, es competencia de cada Administración respecto de sus propios actos.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A diferencia de su antecesora, la LCSP de 2017 no establece diferencia alguna entre poderes adjudicadores a la hora de aplicar las prohibiciones para contratar. Los actuales art. 65.1 y 71 LCSP extienden el ámbito de aplicación de estas prohibiciones al conjunto del sector público. La única limitación es la

(13) T. MEDINA ARNÁIZ (2019: 378) sostiene la existencia de este derecho a partir del carácter claro, preciso e incondicional de las disposiciones de la DCP reguladoras del procedimiento de autocorrección, que habilitaría a los particulares a invocarlas directamente ante los tribunales internos correspondientes en caso de falta o incorrección de la transposición. (*Las prohibiciones para contratar desde una perspectiva europea*, Aranzadi, Cizur Menor)

(14) Como por ejemplo el del Banco Mundial, en el que las exclusiones tienen un carácter netamente sancionador. *Vid.* C. AYMERICH CANO (2019).

(15) Tras la modificación introducida por el RD-Ley 20/2018, de 7 de diciembre, el artículo 34.2 de la Ley de Industria dispone que «la autoridad sancionadora competente podrá acordar, además, en las infracciones graves y muy graves, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y la prohibición para celebrar contratos con las Administraciones Públicas por un plazo de hasta dos años en las infracciones graves y hasta cinco años en las muy graves». A pesar de que la norma utilice la expresión «prohibición» se trata, en puridad, de una sanción administrativa y no de una prohibición para contratar en el sentido en que éstas son reguladas en la LCSP.

que establece el art. 65.3 LCSP para los contratos subvencionados (16) en los que la persona que los celebre no podrá estar incurso en la causa de prohibición para contratar prevista en el art. 71.1.a) LCSP. Exclusivamente en ella.

Por lo demás, todos los contratos regulados en la LCSP —todos los tipos contractuales, contratos públicos o privados, SARA o no— están afectados por las prohibiciones para contratar en ella regulada (17).

IV. MOTIVOS

1. Clases de prohibiciones a la luz del Derecho comunitario

La LCSP de 2017 no diferencia, como tampoco lo hacía su antecesora homónima, entre prohibiciones imperativas y facultativas. A tenor de la dicción del art. 71.1 («No podrán contratar ...») todos los motivos de prohibición serían imperativos. Sin embargo, dentro de las prohibiciones tipificadas en ese precepto deben hacerse algunas distinciones relevantes:

— En primer lugar, entre las que son de *apreciación directa o automática* por el órgano de contratación y las que son resultado de una *decisión discrecional*.

— En segundo lugar, debe indicarse que de la distinción que la Directivas comunitarias realizan entre *motivos imperativos* y *potestativos*, aun cuando no haya sido incorporada al ordenamiento español, siguen derivándose ciertas consecuencias. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, los Estados miembros disponen en el caso de los motivos facultativos de un margen de apreciación —tanto en su transposición como en su interpretación y aplicación— del que carecen en el caso de los motivos imperativos:

«Según reiterada jurisprudencia, el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no persigue una aplicación uniforme de las causas de exclusión que en ella se mencionan a escala de la Unión, en la medida en que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevailezcan en el plano nacional. A este respecto, los Estados miembros pueden moderar o hacer más flexibles los requisitos establecidos en dicha disposición (sentencia de 14 de diciembre de 2016, *Connexxion Taxi Services*, C-171/15, EU:C:2016:948, apartado 29 y jurisprudencia citada)» (18).

(16) Aquéllos celebrados por personas no incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP pero financiados en más de un 50% por los poderes adjudicadores (art. 23 LCSP).

(17) En este sentido, *vid.* T. MEDINA ARNÁIZ (2019: 300).

(18) STJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-178-16), apartado 31.

— Sin perjuicio de esta distinción, la jurisprudencia es constante en afirmar que las Directivas contienen una enumeración cerrada, un *numerus clausus*, de motivos de exclusión relacionados con la aptitud profesional de modo que los Estados miembros no pueden introducir, en ese ámbito, causas de exclusión distintas. Únicamente podrían ...

« ..., contemplar la admisibilidad de una causa de exclusión a la luz de los principios u otras normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos cuando la misma no esté vinculada a las cualidades profesionales del operador económico y, por tanto, no pertenezca al ámbito de la mencionada enumeración exhaustiva».

— En tercer lugar, más allá de las prohibiciones que se correspondan con los motivos de exclusión previstos en las Directivas, los Estados miembros pueden también introducir supuestos complementarios, las denominadas en la jurisprudencia del TJUE como «normas materiales» de garantía de los principios de igualdad de trato y transparencia en el ámbito de la contratación pública (19) o, más en general, de cualquier objetivo legítimo de interés general a condición de que respeten el principio de proporcionalidad, es decir, «que garantice(n) la realización de ese objetivo y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo» (20).

En concreto, la proporcionalidad tal y como la aplica el TJUE, impide que estas prohibiciones consistan en presunciones *iuris et de iure* que no permitan al operador afectado demostrar que, aun concurriendo la circunstancia prevista en la norma, el interés público que en cada caso se trate de proteger no se ha visto comprometido:

«35. De ello resulta, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la exclusión automática de los candidatos o licitadores que mantengan una relación de control o de asociación con otros competidores va más allá de lo necesario para prevenir los comportamientos colusorios y garantizar, por tanto, la aplicación del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de la obligación de transparencia

36. En efecto, tal exclusión automática constituye una presunción *iuris et de iure* de interferencia recíproca en las ofertas presentadas para un mismo contrato público por empresas vinculadas por una relación de control o de asociación, eliminando así la posibilidad de que los referidos candidatos o licitadores demuestren la independencia de sus ofertas, y, por tanto, resulta contraria al interés de la Unión en que se garantice que la participación de los licitadores en la licitación sea lo más amplia posible» (21).

(19) Vid. STJUE de 16 de diciembre de 2008 (C-213/07), apartado 44.

(20) STJUE de 10 de julio de 2014 (C-358/12), apartado 31.

(21) STJUE de 8 de febrero de 2018 (C-144/17).

En conclusión, para la interpretación y aplicación de los motivos de prohibición regulados en la LCSP debe tenerse en cuenta, en primer término, si se corresponde o no con alguno de los previstos en las Directivas comunitarias. En caso afirmativo, averiguar si en éstas se trata de un motivo imperativo o facultativo. Y, finalmente, en caso negativo, tomar en consideración las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

2. Condena penal firme

De acuerdo con el art. 71.1.a) LCSP, no podrán contratar con el sector públicos las personas que hayan sido

«... condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio».

El precepto transpone lo dispuesto en el art. 57.1 DCP y contiene una enumeración exhaustiva, al margen de que llame la atención la ausencia de algunos tipos penales como el de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP) o que otros, como el de tráfico influencias y las falsedades que sí estaba previsto en el TRLCSP, haya desaparecido en la nueva ley [22].

La firmeza de la sentencia debe existir en el momento de la formalización del contrato pues si recayese después de la perfección de éste podría constituir un supuesto de resolución de venir así previsto expresamente en las cláusulas contractuales, dado que el art. 211 LCSP no contempla la producción sobrevenida de esta prohibición como causa de resolución del contrato [23]. A este respecto, debe matizarse que la rescisión regulada con carácter potestativo en el art. 73.b) DCP se refiere a que «el contratista

[22] Vid. T. MEDINA ARNÁIZ (2018: 771).

[23] Resulta de interés el supuesto analizado en la STS de 4 de octubre de 2005: «Como se desprende de los artículos 22 y 63 de la LCAP la adjudicación del contrato a personas que se hallen incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 20 determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación, pero este no es el caso de autos, ya que la prohibición a que se refiere la letra a) de dicho artículo 20 nace con la sentencia firme de condena, que en este caso se produjo con posterioridad a la adjudicación, por lo que no puede operar como causa de nulidad del contrato».

hubiera estado, *en el momento de la adjudicación del contrato*, en una de las situaciones a que se refiere el art. 57.1 ...». Es decir, aunque conocida con posterioridad, la condena penal firme debería ser de fecha anterior a la adjudicación para, de acuerdo con la Directiva, determinar la rescisión del contrato («termination», en la versión inglesa) o, según el art. 39.2.a) LCSP, constituir causa de nulidad del contrato.

Por lo que se refiere a la condena de *personas jurídicas*, el párrafo segundo del art. 71.1.a) diferencia dos supuestos diferentes: que la condena se refiera directamente a la persona jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 31 bis CP o que afecte a sus «administradores o representantes de hecho o de derecho, vigente su cargo y representación y hasta su cese». Esta última condición debe referirse, en cualquier caso, al momento en que se produjeron los hechos delictivos y no al momento de perfección del contrato pues ello, obviamente, como explica la STS de 4 de octubre de 2005, abriría la puerta al fraude y al agravio comparativo entre personas jurídicas y físicas:

«Sin embargo, una interpretación no literalista, sistemática y finalista del precepto lleva a entender que lo que pretende evitar es la intervención de personas físicas o jurídicas que hayan incurrido en conductas merecedoras del indicado reproche penal, que en el caso de las personas jurídicas se plasma en la condena a los administradores o representantes que, vigente su cargo o representación, realizan las actuaciones objeto del reproche penal en nombre o a beneficio de las personas jurídicas correspondientes, empleando el referido artículo 20.a) expresiones semejantes al artículo 31 del vigente Código Penal, para determinar el alcance de la responsabilidad penal de quienes actúan en nombre o representación de otro o como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, de manera que la vigencia del cargo o representación ha de referirse al momento de la actuación penada y como presupuesto para atribuir la responsabilidad por otro (en este caso la persona jurídica representada) y no al momento de la condena. Por otra parte, una interpretación distinta como la que se pretende por la parte recurrente, haría de peor derecho a los contratistas individuales frente a las personas jurídicas, propiciando que éstas últimas quedaran exoneradas de las consecuencias de una conducta, imputable a las mismas en cuanto realizada en su beneficio a través de sus administradores o representantes, mediante la fórmula del cese de los mismos una vez conocido el proceso penal y ante una eventual sentencia condenatoria».

3. Sanción administrativa firme

En las materias relacionadas en el art. 71.1.b) LCSP, la imposición de sanciones administrativas firmes obliga al órgano de contratación a excluir al candidato o licitador afectado. El precepto transpone la causa de exclusión obligatoria prevista en el art. 57.2, párrafo 1º, DCP. Por otra parte, el carácter firme de la sanción no debe referirse únicamente a la vía administrativa

sino también a la jurisdiccional, de modo que una sanción impugnada en vía contencioso-administrativa no es circunstancia que permita excluir a la persona afectada (24).

El carácter taxativo y la interpretación restrictiva que, dada su condición de medidas limitadoras de derechos, debe realizarse de la regulación de las prohibiciones para contratar, supone que las sanciones impuestas fuera de las materias expresamente listadas en el art. 71.1.b) LCSP no sirvan para fundar esta prohibición para contratar. Ello con independencia de que la redacción del precepto, dada la generalidad y la imprecisión con que se realiza la referencia a algunas materias, sea criticable desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

— *«Infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad»*

Cajón de sastre dentro del que la jurisprudencia, tanto europea como española, incluyen la infracción de cualquier normativa sectorial y no exclusivamente la de carácter deontológico:

«A este respecto, procede señalar que, tal como sostiene fundadamente el Gobierno polaco, el concepto de *«falta en materia profesional»* abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece el operador económico que sean declaradas por el órgano disciplinario previsto en el ámbito de dicha profesión o por una resolución judicial con autoridad de cosa juzgada» (25).

De hecho, puede decirse que este motivo genérico ha actuado como tronco del que se han ido desgajando, a medida que iban siendo objeto de tipificación específica, otras prohibiciones. Tal ha sido el caso, en la DCP de 2014 y a través de ella en la LCSP, de sanción grave por falseamiento de la competencia (art. 71.1.b) (26) o los supuestos de incumplimientos contractuales

(24) En este sentido el párrafo 4º del Acuerdo de 18 de abril de 2002 de la JCCA estatal sobre

«Criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la letra d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» perfectamente aplicable, dada la identidad existente, al vigente art. 71.1.b LCSP. Informes posteriores de la JCCA estatal, como el 17/2002, abundan en esta idea: «la firmeza a la que se refiere la citada letra del artículo 20 LCAP ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional sin que, en consecuencia, proceda la instrucción de expediente por la Junta consultiva de contratación administrativa cuando la sanción impuesta esté pendiente de recurso en dicha vía».

(25) STJUE de 13 de diciembre de 2012 (C-465/11), ap. 27.

(26) En este sentido, expresamente, *vid.* STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-470/13), ap. 35 a 37.

que, hasta la Directiva vigente, carecían de tipificación autónoma como causa de prohibición para contratar (27).

En todo caso, la infracción ha de ser grave, en el bien entendido (28), de que lo decisivo es la gravedad de la infracción y no la calificación de la sanción impuesta.

Aunque no se trate de causas de exclusión idénticas, resulta de interés traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal General (TG) de 16 de mayo de 2019, en relación con la licitación de un acuerdo marco por la Comisión Europea, respecto de los motivos de exclusión regulado en los apartados 1.c) (29) y 2 (30) del anterior Reglamento Financiero de la UE (RF) (31). Tras constatar la ausencia de sentencia o resolución administrativa firme y de declarar que cuando dispongan de indicios suficientes para presumir que un licitador ha cometido una falta profesional graves los poderes adjudicadores comunitarios están obligados a activar el sistema de detección precoz del artículo 108 RF a fin de que el panel o comité en él regulado emita la correspondiente recomendación, el Tribunal General concluye que los indicios existentes en el caso de autos —extracto de un blog en el que se acusa al licitador de haber cometido diversas irregularidades contractuales y respuestas ministeriales en sede parlamentaria en las que se informaba que

(27) Tal es el caso examinado en la STJUE de 13 de diciembre de 2012 (C-465/11).

(28) Cfr., H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2018: 1276).

(29) Que «se haya establecido mediante sentencia firme o decisión administrativa definitiva que el operador económico es culpable de falta de ética profesional grave por haber infringido la legislación o la reglamentación aplicable o las normas deontológicas de la profesión a la que pertenece, o por cualquier conducta ilícita que afecte significativamente a su credibilidad profesional...».

(30) «De no existir una sentencia firme o, cuando proceda, una decisión administrativa definitiva en los casos a que se refiere el apartado 1, letras c), d) y f), o en el caso a que se refiere el apartado 1, letra e), el órgano de contratación excluirá a un operador económico sobre la base de una calificación jurídica preliminar de una conducta de las contempladas en dichas letras, teniendo en cuenta los hechos y conclusiones que figuren en la recomendación del panel a que se refiere el artículo 108», precepto que regula el denominado «sistema de exclusión y de detección precoz». Esta calificación preliminar, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo siguiente de la norma, debe entenderse «sin perjuicio de la apreciación de la conducta del operador económico de que se trate por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su Derecho nacional», de modo que una vez exista una sentencia o resolución administrativa firme, el órgano de contratación debe revisar de inmediato su decisión a fin de excluir al licitador o imponerle una sanción económica.

(31) Reglamento (UE, EURATOM) n° 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 (DOUE L 298/1, de 26 de octubre de 2012), modificado por el Reglamento 2015/1929, de 28 de octubre de 2015. Téngase en cuenta que este reglamento ha sido derogado entrando en vigor, desde el 1 de enero de 2019, el nuevo Reglamento 2018/1046, de 18 de julio de 2018, sobre las reglas aplicables al presupuesto general de la Unión, que regula los sistemas de alerta temprana y exclusiones en los artículos 135 a 145.

el referido licitador no habría obtenido en 2017 ningún contrato del Departamento británico de Desarrollo Internacional (DFID) ni tampoco del Foreign and Commonwealth Office (FCO)— no poseen la entidad suficiente como para establecer la existencia de una falta profesional grave susceptible de amenazar los intereses financieros de la UE y que, por consiguiente, la Comisión no estaba obligada a activar el mecanismo de detección precoz. Añade el TG que los indicados indicios documentales tampoco demuestran la falsedad de la declaración responsable formulada por el licitador de no encontrarse incurso en causa alguna de exclusión.

— «*Disciplina de mercado*»

El concepto no aparece ni en el TRLDCU estatal (32) ni tampoco en la mayoría de las normas autonómicas en materia de consumo. Quizás la ley gallega de 2012 dé una pista al establecer en su art. 79 que «las infracciones en materia de defensa de los consumidores se considerarán, en todo caso, infracciones en materia de disciplina de mercado». Tal vez se trate de un error del legislador recuperar en la LCSP de 2017 un supuesto que la reforma operada en el TRLCSP a través de la DA 9ª LRJSP había eliminado y sustituido por el de falseamiento de la competencia que a continuación será analizado.

— «*Falseamiento de la competencia*»

Este nuevo supuesto incluye las sanciones impuestas por la CNMC y las autoridades autonómicas competentes por la comisión de infracciones graves y muy graves (33) (artículo 62.3 y 4, respectivamente) previstas en la LDC.

Debe destacarse que la DCP, al regular las exclusiones derivadas de prácticas anticompetitivas, no exige que las mismas hayan sido objeto de sanción sino sólo su constatación por los poderes adjudicadores, «por sí mismos o a petición de los Estados miembros».

Aunque a esta prohibición sea de aplicación lo dispuesto con carácter general en el inciso inicial del artículo 72.2 LCSP —es decir, que sea la propia resolución sancionadora la que fije el alcance y duración de la privación del derecho a contratar con el sector público— en la medida en que, a diferencia de otras leyes, la LDC no la incluye dentro de su catálogo de sanciones, provoca que la apreciación de la concurrencia y del alcance de esta prohibición deba efectuarse en todo caso a través del procedimiento específico previsto en el artículo 72.3.

(32) Sólo el art. 39 prevé que el Consejo de Consumidores y Usuarios debe ser oído en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales en materia de «ordenación del mercado interior y disciplina de mercado».

(33) Pues a pesar de la deficiente redacción del precepto —que sólo alude a las graves— debe entenderse que también las muy graves pueden constituir el presupuesto de la prohibición para contratar.

— «*De integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente*».

Quedan fuera, en este ámbito social, las sanciones impuestas en ámbitos como el de la dependencia, menores, no discriminación por razón de género u orientación sexual, etc.

— «*Infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente*».

Aunque la LCSP elimina la restricción, presente en el TRLCSP, de que sólo diesen lugar a prohibición para contratar las infracciones a la legislación medioambiental estatal, se mantiene la limitación de tomar en consideración únicamente las restricciones muy graves.

— «*Infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto*».

4. Concurso e insolvencia

El art. 71.1.c LCSP establece como causa de prohibición para contratar «*haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*».

Parece claro, máxime si este precepto es interpretado de conformidad con el último párrafo del art. 57.4 DCP (34), que en los casos en que la situación de insolvencia no sea definitiva o, incluso siéndolo, se permita a la empresa demostrar su solvencia económica y financiera para la adecuada ejecución

(34) Recuérdese que este precepto permite a los Estados miembros, en relación con la causa de exclusión potestativa prevista en la letra b) del art. 57.4 DCP («si el operador económico está quebrado o sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación ...»), «exigir o prever la posibilidad de que el poder adjudicador no excluya a un operador económico que se encuentre en una de las situaciones contempladas en dicha letra si ha comprobado que este operador va estar en condiciones de ejecutar el contrato, teniendo en cuenta las normas y medidas nacionales aplicables en materia de continuación de la actividad empresarial en caso de producirse una de las situaciones contempladas en la letra b)».

del contrato. En el caso de que alguna o algunas de las empresas integrantes de una UTE fuese declarada en concurso, recogiendo una solución adelantada por la jurisprudencia (35), el art. 69.9.c) LCSP permite expresamente continuar el contrato con las restantes «siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos».

5. Incumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y laborales

De acuerdo con el art. 71.1.d) LCSP, constituye causa que inhabilita para contratar con la Administración, «No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres». De este modo, la LCSP transpone la causa de exclusión potestativa tipificada en el párrafo 2º del art. 57.2 DCP.

En cualquier caso, la referencia a las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social debe interpretarse de forma estricta sin hacerse extensiva a otro tipo de deudas con la Administración Pública, de derecho público o de derecho privado, tal y como aclara la Resolución 117/2014, de 14 de febrero, del TACRC:

«Tal y como resulta tanto del art. 5 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre), como del art. 14 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura, los ingresos de carácter tributario son un concepto integrado en el más general de los derechos de naturaleza pública que integran la Hacienda Pública, estatal o autonómica. La prohibición para contratar establecida en el art. 60.1.d) TRLCSP y la disposición del art. 151.2 de este Texto legal, en cuanto atiende a la justificación por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa de que no está afectado por esa prohibición al estar al corriente de sus obligaciones de naturaleza tributaria, deben interpretarse en su estricto sentido, limitándose a las deudas dimanantes de la aplicación de los tributos, esto es, tasas, contribuciones especiales o impuestos, sin que puedan extenderse las previsiones de dichos preceptos a otras deudas de

(35) STS 109/2017, de 26 de enero.

derecho público no tributarias. *No se trata tan solo de que, siendo el tenor de la norma suficientemente claro y expresivo, baste con su interpretación meramente literal, sino de que, además y en todo caso, encontrándonos ante una norma referida a una prohibición para contratar, no puede ser interpretada extensivamente para aplicarla a supuestos no comprendidos en su estricto tenor literal».*

Se trata de una prohibición de apreciación directa por el órgano de contratación cuya función, a la vista de los documentos acreditativos aportados por los interesados (36), es de mera comprobación de la autenticidad y vigencia de dichos documentos (37) si bien nada obsta a que pueda ir más allá y comprobar si las circunstancias declaradas en un certificado vigente responden a la realidad de la empresa en el momento de la adjudicación del contrato (38), posibilidad expresamente admitida también por la jurisprudencia europea (39).

6. Falsedad u ocultación en las declaraciones y documentación aportada

La letra e) del art. 71.1 LCSP contempla como motivo de prohibición para contratar con el sector público *«Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1.»*

A fin de caracterizar adecuadamente este supuesto, debe indicarse que no es necesaria la existencia de una condena penal firme por falsedad en

(36) Los dos últimos párrafos del art. 71.1.d) LCSP regulan los medios de acreditación de estar al corriente de estas obligaciones sociales y laborales.

(37) En ese sentido se pronuncia el TACPA en Resolución 21/2017, de 2 de marzo.

(38) Tal es el caso examinado por el TACRC en Resolución 276/2012, de 5 de diciembre: *«Sobre esta base, puede fácilmente colegirse que, por mucho que en el supuesto objeto de este recurso la actora haya presentado, al cumplimentar el requerimiento que le fue formulado, un certificado positivo en vigor del cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, ello no impedía al órgano de contratación comprobar que las circunstancias que debieron fundamentar su emisión un mes antes de su presentación no se hubieran visto alteradas».*

(39) STJUE de 10 de noviembre de 2016 (C-199/15): *«un operador económico no puede invocar un certificado, expedido por los organismos de la seguridad social, obtenido antes de la presentación de su oferta, en el que se le declaraba al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social en relación con un período anterior a dicha presentación, si al mismo tiempo ha llegado a su conocimiento, en su caso, a través del organismo competente, que en la fecha de la presentación de su oferta había dejado de estar al corriente en esas obligaciones»* (ap. 34).

documento público o privado —delito que, por otra parte, desapareció del listado actualmente recogido en la letra a) del art. 71.1 LCSP tras haber sido incluido en el art. 20.a) TRLCAP— dado que, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial,

«... lo esencial en la prohibición recogida en el citado precepto en cuanto a la falsedad grave, no es tanto que la alteración sea grave ni de la comisión de una falsedad sancionable penalmente como de que se pretenda mostrar ante la Administración una imagen de la empresa que no corresponde con la realidad en el momento de datación del documento a consecuencia de una modificación documental. Tal es la esencia del apartado g) del art. 20 LCAP que dispone “haber incurrido en falsedad grave al facilitar a la Administración las declaraciones exigibles en cumplimiento de las disposiciones de esta Ley o de sus normas de desarrollo”, añadiendo que lo significativo es la presentación de un documento sustancialmente modificado en su contenido material que fue llevado ante la Administración en cumplimiento de las disposiciones de la LCAP, siendo tal actuación la que se integra en la falta de probidad contemplada el citado artículo 20.g) de la LCAP» (40).

En cualquier caso la existencia de un pronunciamiento previo de la jurisdicción penal tiene relevancia, de acuerdo con lo dispuesto con carácter general en el art. 77.4 LPAC (41), aplicable a la imposición de prohibiciones para contratar. En este sentido, en contraste con otras sentencias que afirman la existencia de una responsabilidad objetiva del empresario aunque la falsedad o manipulación documental hubiese sido realizada por un gestor administrativo (42), si existe una sentencia penal que condena al gestor y exculpa al empresario, esta declaración vincula al Ministerio de Hacienda:

«Pues bien de aquella Sentencia se desprende que el gestor administrativo que presentó un certificado falso relativo a la clasificación de la entidad como contratista, fue condenado por un delito continuado de falsificación de certificados, y por un delito de estafa, por lo que la empresa recurrente fue más bien víctima de la conducta de dicho sujeto, y en modo alguno puede imputársele como persona jurídica haber incurrido en falsedad grave. En efecto, toda vez que hemos partido de que no procede aplicar el criterio de responsabilidad objetiva de la empresa, al deducirse claramente de las actuaciones y de la Sentencia firme de la jurisdicción penal citada que no le fue imputable la conducta que dio lugar a la prohibición de contrata» (43).

(40) STS de 18 de mayo de 2011.

(41) A cuyo tenor «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

(42) Tal es el caso decidido en la STS de 28 de marzo de 2006, en el que una sentencia penal previa no entendió cometida un delito de falsedad.

(43) STS de 11 de mayo de 2007.

Esta tesis de la responsabilidad objetiva resulta criticable por desconocer el criterio de imputabilidad exigido por la DCP —pues el art. 57.4.h) reclama que «el operador haya sido declarado *culpable* de falsedad grave al proporcionar la información exigida...»— y la jurisprudencia comunitaria (44), sin que pueda despacharse el asunto con el fácil expediente de aludir al carácter no sancionador de las prohibiciones para contratar.

7. Sanción firme de prohibición de contratar impuesta en virtud de la LGT o la LGS

Tanto la Ley General Tributaria (LGT) (45) como la Ley General de Subvenciones (LGS) (46) prevén expresamente la prohibición para contratar como sanción accesoria. Cabe preguntarse, pues, cuál sea la razón de que la LCSP prevea expresamente la imposición de dichas sanciones como motivo de prohibición de contratar que, además, debe ser apreciada directamente por los de contratación, dado que el alcance y la duración de la prohibición vendrá determinada por la establecida para la sanción, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo de este art. 71.1.f), la prohibición «dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 72.1, compruebe que la empresa ha cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cantidades adeudadas, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas» (47).

(44) Que interpreta que la calificación de una conducta como «grave» debe suponer la exigencia de dolo o, al menos, negligencia grave así como una apreciación «concreta y individualizada» de la conducta del operador económico (STJUE de 13 de diciembre de 2012, C-465/11, ap. 30 y 31).

(45) El artículo 186.1.b) LGT.

(46) El artículo 63.2.b) LGS.

(47) Esta previsión trae causa de la doctrina sentada por el TJUE en la Sentencia de 9 de febrero de 2006 (as. La Cascina, C-226/04 y C-228/04) que declaró que la Directiva 92/50/CE no se oponía a una «normativa o a una práctica administrativa nacionales, según las cuales un prestador de servicio que, en la fecha en que termina el plazo para la presentación de la solicitud de participación en la licitación, no haya cumplido sus obligaciones en materia de cotizaciones de seguridad social y fiscales realizando íntegramente el pago correspondiente, puede regularizar su situación con posterioridad (a) en virtud de medidas de amnistía fiscal o de clemencia adoptadas por el Estado, o (b) en virtud de un acuerdo administrativo relativo a un aplazamiento o a una reducción de las deudas, o (c) mediante la interposición de un recurso administrativo o judicial, siempre que, dentro del plazo establecido por la normativa o la práctica administrativa nacionales, demuestre que ha obtenido el beneficio de tales medidas o de tal acuerdo, o que haya interpuesto dicho recurso dentro del plazo indicado».

8. Infracción de las incompatibilidades de altos cargos, cargos electivos y personal al servicio de las Administraciones Públicas. Conflictos de intereses

Las letras g) y h) del art. 71.1 regulan ambos motivos de prohibición de contratar relacionados con la infracción de la normativa sobre incompatibilidades. Sin duda, en ambos casos se trata de una prohibición para contratar no relacionada con la aptitud profesional de los operadores afectados. Serían, pues, en el lenguaje propio de la jurisprudencia del TJUE «normas materiales» cuya admisibilidad se condiciona a la prosecución de un fin de interés general y a que la limitación que supongan de la competencia sea la mínima indispensable que el logro de aquel fin exija. La finalidad, obviamente, es garantizar la imparcialidad y la objetividad de la actuación administrativa. En palabras de la Sentencia de TSJ de Castilla y León 1093/2017, de 3 de octubre:

«El fundamento de la prohibición para contratar, y dentro de esta el régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación pública, se encuentra en el principio constitucional por el que la Administración debe servir con objetividad e imparcialidad los intereses generales (artículo 103.1 y 3). ... La jurisprudencia ha identificado la exigencia del principio de imparcialidad que comporta la prohibición de contratar en los supuestos legalmente previstos con la necesidad de que se preserve "la moralidad administrativa" en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa».

— *El conflicto de intereses en el Derecho comunitario*

El problema que la nueva LCSP no ha querido o sabido resolver (48) es que no se sabe si esta prohibición tiene carácter incondicional o si, por el contrario, debe ser tratada como un conflicto de intereses en el sentido del art. 24 DCP y 64 LCSP. De acuerdo con el primero:

«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés

(48) Con relación al texto del TRLCSP anterior a la Ley 40/2015, véase la crítica de A. L. FERNÁNDEZ MALLOL (2014).

financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación».

Repárese en que esta regulación es menos exigente que la que inicialmente recogía el art. 21 de la propuesta de DCP que se limitaba a reproducir lo dispuesto en la normativa presupuestaria y contractual aplicable a la administración comunitaria. En concreto, en el Reglamento comunitario 966/2012, de 25 de octubre, cuyos art. 57 (conflicto de intereses) y 107 (criterios de exclusión aplicables a las adjudicaciones) imponen directamente la separación del personal de la autoridad adjudicadora y la exclusión de los candidatos y licitadores incurso en conflicto de intereses, así como la imposición de sanciones administrativas y financieras a los candidatos u oferentes que proporcionen informaciones falsas (art. 109).

La vigente regulación de los conflictos de interés suscita la cuestión de cuáles sean sus *consecuencias jurídicas*, tanto para el contrato como para el personal del poder adjudicador y, en su caso, los candidatos y licitadores. De conformidad con el art. 57.4.e) de la Directiva, el conflicto de intereses constituye un supuesto de exclusión facultativa cuando no pueda ser eficazmente corregido a través de otros medios «*menos restrictivos*». Por su parte, de modo confuso, el art. 58 (criterios de selección) faculta a los poderes adjudicadores a suponer a que «*un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias si han establecido que éste tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato*».

Por lo demás, el conflicto de intereses no es, en principio, causa que habilite para resolver el contrato, dado que el art. 73 sólo contempla como motivo de rescisión los supuestos de exclusión obligatoria enumerados en el art. 57.1, entre los que no se encuentra el conflicto de intereses. Sólo en el caso de que la situación fuese declarada por el Tribunal de Justicia como un incumplimiento grave del Derecho comunitario de la contratación pública un conflicto de intereses podría, de acuerdo con el art. 73.c), ser motivo de resolución del contrato.

— Incompatibilidades y conflicto de intereses en la LCSP

Por lo que al ordenamiento español respecta, el problema es que al margen de que el art. 64 LCSP transponga más o menos fielmente el art. 24 DCP, al articularse la prohibición a través de una remisión a la normativa de incompatibilidades de altos cargos, cargos electos y empleados públicos surge la duda de si se trata de una prohibición incondicional en la que el órgano de contratación debe limitarse a constatar la condición de incompatibilidad del licitador o candidato (o de la persona contratada en la empresa candidata o licitadora) (49) o si, por el contrario, debe examinar en cada caso concreto

(49) Operación, por otro lado, bastante compleja pues hay que decidir si existe conexión entre la actividad de la empresa relacionada con el alto cargo y sus competencias públicas anteriores o si el contrato está financiado con fondos municipales.

si la existencia de esa incompatibilidad ha influido o condicionado de forma efectiva en el procedimiento de contratación.

Y ésta es, de hecho, la línea que parece seguir la jurisprudencia y la doctrina contractual española. Al menos cuando se trata de cargos electos y de sus cónyuges (50) porque cuando el afectado es un empleado público el debate gira, no siempre de forma acertada (51), en determinar su condición de tal (52).

9. Incumplimiento grave de obligaciones contractuales

El art. 71.2 LCSP tipifica como causas de prohibición para contratar diversos supuestos de incumplimiento grave de obligaciones contractuales por parte del contratista. Transpone, de este modo, la causa de exclusión potestativa prevista en el art. 57.4.g) DCP (53) que, con anterioridad, el TJUE había considerado como subsumible dentro de la noción de «falta en materia profesional» (54).

Una reiterada jurisprudencia española recalca que esta prohibición es un plus respecto de la mera resolución de un contrato, pues se requiere una declaración expresa de culpabilidad mediante un procedimiento específico:

(50) La reciente STSJ de Castilla y León nº 1093/2017, de 3 de octubre, aplica la prohibición de contratar a la esposa del Alcalde en un contrato municipal adjudicado a ésta porque si bien el presidente de la corporación se abstuvo y no participó en la adjudicación sí lo hizo en la aprobación de un pliego de cláusulas que, a la postre, resultó decisivo.

(51) La STSJ de Andalucía (Granada) 3120/2013, de 4 de noviembre, considera incurso en prohibición para contratar a un arquitecto que no tenía la condición de empleado público del municipio pues estaba ligado a él a través de un contrato administrativo de servicios. Podría existir, ciertamente, conflicto de intereses pero no incompatibilidad por aplicación de la Ley 53/1984.

(52) En la STSJ País Vasco 316/2016, de 29 de junio, se declara la inexistencia de incompatibilidad para contratar en el caso del arquitecto municipal por hallarse en situación de excedencia voluntaria. El alto tribunal vasco revoca la sentencia de instancia que sí había apreciado incompatibilidad por existir una «clara ventaja» a favor del arquitecto excedente. Se trata de un supuesto anterior a la expiración del plazo de transposición de la DCP de 2014 pero, si fuese posterior ¿podría haberse apreciado la existencia de un conflicto de intereses?

(53) Referido a las «deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo e el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables».

(54) La STJUE de 13 de diciembre de 2012 (C-465/11) examina una normativa polaca que prevé la exclusión automática de las empresas que hayan sido responsables de la resolución de contratos celebrados en los tres años anteriores. Lo que se declara incompatible con el Derecho comunitario no es el motivo en sí sino su carácter automático.

«... de la resolución de contrato no se deriva de forma automática la prohibición de contratar al ser necesario que se tramite un procedimiento independiente que tenga esa finalidad, en el que se atienda para hacer tal declaración a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Tal procedimiento ha sido seguido en este caso por el Ayuntamiento de Mula. Sin embargo dicha prohibición exige un plus en el incumplimiento, ya que para declararla se impone por la Ley que el contratista haya incurrido en una manifiesta mala fe contractual y además que los daños causados al interés público sean cierta entidad» (55).

La apreciación de la concurrencia de esta causa corresponde al propio órgano de contratación si bien a través de un procedimiento diferente al de resolución del contrato, tal y como recuerda la STSJ de Madrid 432/2006, de 5 de mayo:

«la mencionada prohibición de contratar no es una consecuencia necesaria, accesoria e inseparable de tal causa de resolución sino que tiene sus propios requisitos específicos y, además, que en todo caso esa prohibición exige un procedimiento específico al efecto».

V. ÓRGANOS COMPETENTES

La «apreciación» de la existencia o, en su caso, la declaración de una prohibición de contratar es un acto administrativo —en unos casos discrecional, en otros de simple constatación— que, de acuerdo con la LCSP puede corresponder a órganos diferentes:

— Al propio órgano de contratación, en los supuestos de las letras c) (insolvencia), d) (incumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y laborales), f) (sanciones LGT o LGS), g) y h) (incompatibilidades). También en el caso de las letras a) (condena penal firme) y b) (sanción administrativa firme), cuando la sentencia o resolución se pronuncien de forma expresa sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el caso de la letra e) (falsedad), el motivo será de apreciación directa salvo que se afecte a la información que los licitadores han de facilitar al ROLECE o a los correspondientes registros autonómicos, en cuyo caso la competencia corresponderá al Ministerio de Hacienda o al órgano autonómico correspondiente.

— Al Ministerio de Hacienda en los casos de las letras a) y b) de ese artículo 71.1 LCSP, cuando no exista pronunciamiento sobre el alcance y duración de la prohibición, así como en el caso de la letra e).

(55) STSJ Murcia 747/2014, de 10 de octubre.

— Al titular del departamento del que dependa la entidad adjudicadora cuando ésta no tenga la condición de Administración Pública.

Cabe cuestionar si esta centralización parcial de la competencia para apreciar determinadas prohibiciones para contratar es compatible con unas Directivas que atribuyen expresamente la competencia a los poderes adjudicadores (56). Por otra parte, aunque la regulación de las prohibiciones para contratar se incluya, según ha declarado el TC español (57), dentro de la competencia básica estatal en materia de contratos públicos (art. 149.1.18 CE) es dudoso, a la vista del elevado grado de discrecionalidad autorizado por la nueva LCSP, que el complemento ejecutivo de lo básico pueda justificarse, de acuerdo con las SSTC 141 y 331/1993, como medio para garantizar «la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación».

VI. PROCEDIMIENTO

En todos los casos la LCSP exige la tramitación de un procedimiento y el dictado de una resolución específica que no sólo habrá de declarar que el operador está incurso en causa de prohibición sino también determinar su alcance y duración. El art. 72 LCSP no contiene una regulación completa de este procedimiento, remitiéndose (art. 72.5) al desarrollo reglamentario de la ley. En tanto éste no se produzca será de aplicación lo dispuesto en los art. 17 y 18 RGLCAP en todo lo que no contraríen lo dispuesto en la LCSP.

La potestad para incoar este procedimiento está sujeta a un plazo de *prescripción*. A este respecto el art. 72.7 LCSP establece varias reglas:

— En los casos de prohibición derivada de condena penal firme, el procedimiento no podrá iniciarse una vez transcurrido el plazo establecido en las normas penales para la prescripción de la pena correspondiente.

(56) La existencia de una previsión expresa en la Directiva impide cualquier invocación, en contrario, de la autonomía institucional o procedimental. En este sentido, recuerda X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013: 171) que «El Tribunal de Justicia no extrae las consecuencias jurídicas pertinentes de un principio jurídico *superior* de autonomía procedimental, sino que *recuerda* que, a falta de normativa europea en la materia, la aplicación del Derecho de la Unión por los Estados miembros se realiza con arreglo a las formas y procedimientos previstos en el ordenamiento interno, pero siempre de forma compatible con la primacía del Derecho de la Unión. El principio de autonomía procedimental no es una contrapartida acordada a los Estados miembros una vez proclamados los principios de primacía y efecto directo, sino el reconocimiento de que, a falta de normas propias, la ejecución del Derecho comunitario no tiene otra opción que la de apoyarse en las normas procedimentales de los Estados miembros. La noción de autonomía procedimental no sería, al fin y al cabo, más que la expresión de una indiferencia benevolente hacia el poder de autoorganización de los Estados miembros».

(57) Un estudio de la jurisprudencia constitucional sobre el reparto de competencias en materia de contratación pública en I. GALLEGO CÓRCOLES (2018: 104).

— Cuando el motivo de prohibición sea, de acuerdo con el art. 71.2.b) LCSP, la no formalización del contrato, el procedimiento no podrá iniciarse transcurridos más de tres meses desde la fecha de la adjudicación.

— En los restantes supuestos, el plazo de prescripción de la acción de declaración de la prohibición será de tres años.

Tratándose de un procedimiento de producción de actos restrictivos de derechos (art. 25.1.b LPAC), la falta de resolución expresa dentro del plazo de duración del procedimiento, producirá la *caducidad* del mismo.

En cuanto a la *iniciación*, se discute si puede iniciarse sólo de oficio o si cabe la incoación a instancia de parte. En principio, de acuerdo con GOSÁLBEZ PEQUEÑO (58), sólo cabría la iniciación de oficio. Sin embargo, la jurisprudencia se halla dividida: reconoce la legitimación de quién es parte en el procedimiento de contratación —pues, obviamente, la apreciación de la prohibición puede suponer que se le adjudique el contrato (59)— pero no de asociaciones profesionales u otros sujetos que no concurren a la adjudicación del contrato. La solución dependerá de si se reconoce o no la naturaleza sancionadora de la potestad para la imposición de la prohibición para contratar (60). Por su parte, en coherencia con la negación del carácter sancionador de las exclusiones, el artículo 57.4 DCP admite expresamente que el procedimiento pueda ser instado por terceros, en concreto por los Estados miembros, legitimación que cabría extender a otros sujetos. Una vía para superar este aparente impasse sería extender a este ámbito las nociones de «denunciante cualificado» o «denunciante interesado», acuñada por la jurisprudencia para proteger los derechos de denunciantes portadores de

(58) H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2018). El autor cita en apoyo de su tesis el art. 19.1 RGLCAP según el cual «Corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar ...».

(59) En este sentido la STJ Illes Balears n° 27/2008, de 7 de enero, que reconoce la legitimación de un concursante para solicitar que la prohibición impuesta se eleve de 4 a 5 años y para que se varíe el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción. En sentido parcialmente contrario se pronuncia la Resolución 69/2015, de 3 de julio, del Órgano Administrativo de Resolución de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (OARC/KEAO): «A juicio de este OARC/KEAO, no puede aceptarse que EMERBASK esté legitimado para la interposición del recurso. La anulación de la adjudicación por exclusión de la UTE adjudicataria no satisface ningún interés distinto del mero cumplimiento de la legalidad, insuficiente para dotar de legitimación la impugnación (ver, por todas, la Resolución 29/2015 del OARC/KEAO), puesto que no supondría adquirir la condición de nueva adjudicataria habida cuenta de su posición en el listado del artículo 151.1 TRLCSP».

(60) La STS de 30 de abril de 2014 reconoce a una asociación profesional de intérpretes y traductores legitimación para impugnar la adjudicación del contrato pero no para instar la imposición de una prohibición para contratar con el argumento de que se trata de una potestad sancionadora y que, por consiguiente, la asociación tendría únicamente la condición de denunciante.

intereses afectados por la inactividad de la Administración que se resiste a incoar procedimientos de oficio (61).

En cuanto a las formas de acreditación de no estar incurso en prohibición para contratar, la LCSP contempla, junto a la clasificación (art. 79.2 LCSP), la declaración responsable (art. 140 LCSP), el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC, art. 141 LCSP) y también la posibilidad de acreditar el requisito a través de testimonio judicial, certificación administrativa o, en su defecto, declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (art. 85 LCSP).

VII. DURACIÓN

La LCSP diferencia, por un lado, entre las prohibiciones de apreciación automática —en las cuales la prohibición persistirá mientras dure la causa que la motive— y las derivadas de condena o sanción firme —en cuyo caso persistirán durante el plazo señalado en la sentencia o resolución correspondiente— y, del otro, las demás en las cuales la declaración de prohibición ha de precisar su duración y alcance.

(61) Esta categoría fue acuñada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015, confirmando la dictada en instancia por la Audiencia Nacional, en relación con la solicitud formulada por la asociación «Salvemos Pontevedra» para que por parte del órgano competente de la Administración del Estado se incoase expediente de caducidad de la concesión de dominio público marítimo-terrestre de la que era titular la empresa ELNOSA. En lo que ahora interesa, el fundamento sexto de la sentencia razona: «Antes de la incoación propiamente dicha de los procedimientos administrativos incoados de oficio —que es desde cuando (esto es, a partir del momento de su incoación) se inicia el cómputo de su plazo a efectos de determinar la producción del silencio— y, por tanto, no dentro de tales procedimientos, es cuando puede producirse la denuncia de los particulares que puede dar lugar en su caso a la incoación ulterior de tales procedimientos.

Pues bien, en garantía de los derechos que asisten a éstos, la tramitación de la denuncia no puede quedar al albur de la Administración, al menos, no siempre y en todo caso. Puede tratarse de *denunciantes cualificados*, bien porque ostentan algún derecho o interés legítimo (*denunciantes-interesados*) o porque actúan en el ejercicio de una acción pública legalmente reconocida, como es el caso. En estos supuestos hemos de considerar que tienen derecho a obtener al menos una respuesta sobre su denuncia (solicitud) por parte de la Administración. Y a falta de dicha respuesta, como no está previsto el sentido asignado al silencio (porque la Ley solo contempla la caducidad del procedimiento ya incoado, pero no lo que sucede antes de comenzar propiamente el indicado procedimiento), dicho silencio necesariamente ha de tenerse por positivo, de acuerdo con el artículo 43.2 LRJAP-PAC primer párrafo.

Bien entendido que los efectos del silencio indicado se limitan en estos casos a lo que les es propio, esto es, lo que obtendrían sus beneficiarios sería el denominado «derecho al trámite» o, en otros términos, el derecho a la incoación del procedimiento, no a que se acceda a la pretensión de fondo».

Para éstas, la LCSP —siguiendo en este punto lo dispuesto en las Directivas— no establece plazos mínimos de duración, limitándose a fijar plazos máximos: cinco años cuando derive de condena penal, tres años en todos los demás supuestos.

De acuerdo con el art. 19.5 RGLCAP, la duración de la prohibición se determinará atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fé así como a la entidad del daño causado a los intereses públicos. La carga de la prueba de la concurrencia de estos dos elementos —culpabilidad y daño— recae sobre la Administración que no puede sustraerse de la misma escudándose en el carácter no sancionador de la potestad (62). El daño no ha de reunir necesariamente los requisitos establecidos en el art. 32.2 LRJSP para la responsabilidad patrimonial de la Administración (63) pues, en definitiva, lo que se valora no son tanto las consecuencias pasadas de una conducta como el pronóstico de las que en el futuro pueda producir: es decir, la fiabilidad o credibilidad del operador para ejecutar el contrato.

VIII. EFECTOS

Con carácter general, las prohibiciones serán eficaces desde su inscripción en el registro correspondiente. En todo caso, cuando deriven de condenas o sanciones firmes producirán efectos desde la fecha en que aquéllas alcancen firmeza (art. 73.3 LCSP) y ésa será, por consiguiente, la fecha inicial para el cómputo del período de exclusión (64)

En cuanto a su alcance subjetivo, el art. 73.1 establece diversas reglas:

— Eficacia limitada al órgano de contratación que la haya declarado, en el caso de las prohibiciones previstas en el art. 71.2 (incumplimientos contractuales graves) y 71.1.g (falsedades) salvo, en este último caso, que la competencia del órgano de contratación se extienda al conjunto de una Comunidad Autónoma en cuyo caso la prohibición afectará al sector público autonómico

(62) Resulta por ello criticable el razonamiento de la SAN de 15 de diciembre de 2011.

(63) «La Administración ha analizado este extremo y ha concluido que: *«procede afirmar que se han producido daños a los intereses públicos, no un perjuicio económico, ya que se reparó el daño causado, sino un perjuicio genérico a la Administración General de Estado, al contravenir con vocación de continuidad la normativa tributaria, pues el propio administrador de la entidad trató de obtener un beneficio en perjuicio de la administración por dos veces consecutivas y de manera intencional, por ello carece de la idoneidad necesaria para contratar con el sector público»* (SAN 217/2016, de 16 de mayo).

(64) En este sentido se pronuncia la STJUE de 24 de octubre de 2018: «En consecuencia, el período de exclusión debe calcularse no a partir de la participación en el cártel, sino a partir de la fecha en que la autoridad competente declaró que el comportamiento constituía una infracción».

correspondiente. El alcance de estas prohibiciones puede extenderse al sector público autonómico que corresponda o al conjunto del sector público mediante resolución del órgano autonómico competente o del Ministerio de Hacienda.

— Eficacia para el sector público en su conjunto: en el caso de las prohibiciones declaradas por el Ministerio de Hacienda.

IX. AUTOCORRECCIÓN

1. La autocorrección en la DCP

Ampliando la tímida regulación contenida en el Reglamento Financiero 966/2012 (65), el art. 57.6 DCP introduce, con carácter obligatorio para los Estados miembros, el derecho de los operadores económicos objeto de exclusión de «presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación».

De esta forma, las Directivas de 2014 convierten en un derecho de licitadores, candidatos y contratistas lo que con anterioridad se reconocía como facultad de los poderes adjudicadores (66).

En este caso, se abre un período de negociación entre el operador y el órgano competente del Estado miembro (67) acerca de si las medidas adoptadas son o no suficientes fruto de la cual se puede producir un acuerdo —aun cuando formalmente no revista tal carácter— acerca de las medidas a adoptar.

La decisión acerca de si las medidas son o no suficientes tiene naturaleza discrecional. Con todo, la Directiva establece ciertos criterios que han guiar la decisión y a los que de forma necesaria se ha de referir la motivación: «Las

(65) El art. 106.1 in fine del Reglamento Financiero sólo permite eximir a los operadores persona jurídicas de la exclusión derivada de delitos o infracciones cometidas por las personas que ostenten sobre ellos poderes de «representación, decisión o control» cuando pueda demostrar que han adoptado, respecto de ellas, «medidas adecuadas».

(66) De acuerdo con la STJUE de 14 de diciembre de 2016 (Taxi Services, C-171/15), apartado 31, «los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional».

(67) Cuál sea éste es cuestión que deben determinar las normas internas de transposición, a pesar de que la dicción literal del precepto («Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación»), al referirse, en singular, a un procedimiento de contratación concreto, pudiese dar a entender que la decisión compete al poder adjudicador. Una evaluación de las distintas opciones en E. HELMENG y T. SØREIDE (2014).

medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión».

Además, el citado art. 57.6 DCP sí establece el contenido mínimo de esos programas de cumplimiento normativo: « ... el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas», aclarando el considerando 102 DCP el alcance de estos programas al señalar que «en concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización».

Por lo demás, el último párrafo del precepto dispone que cuando la exclusión se haya producido en virtud de sentencia firme, el operador afectado no tendrá derecho a acogerse a la posibilidad de autocorrección durante el período establecido en la sentencia si bien esta limitación se producirá únicamente «en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva». Es decir, el operador seguiría excluido en dicho Estado aunque pueda solicitar la autocorrección en los demás Estados miembros (68).

2. La autocorrección en la LCSP

La LCSP transpone el mecanismo de autocorrección previsto en la DCP a través del párrafo segundo del art. 72.5. Este precepto integra procedimentalmente la autocorrección —situándola en el trámite de audiencia (69)— y estableciendo requisitos menos exigentes que los dispuestos en la DCP. Como

(68) Una crítica en A. SÁNCHEZ GRAELLS (2014: 113).

(69) Sin perjuicio de que este derecho puede ejercerse incluso durante la vigencia de la prohibición, acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del art. 72.5 LCSP: «La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar».

quiera que alguno de estos requisitos son considerados excesivos (70), la nueva ley limita el ámbito de los daños indemnizables a aquellos que resulten fijados «por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución» (71). Pero, al menos en el ordenamiento español, este tipo de declaraciones resultan extraordinariamente raras (72).

En segundo lugar, se exige la adopción de «medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones» aunque, tal y como advierte A. HUERGO LORA (2017: 257), si este precepto es interpretado de conformidad con el art. 57 DCP la mera adopción de estas medidas no asegura la no aplicación de la prohibición sino que es el presupuesto de la evaluación singularizada que debe realizar el órgano competente para apreciar la prohibición (73).

En tercer lugar, la LCSP obvia una de las exigencias de la DCP: el esclarecimiento de los hechos.

En cuarto lugar, la LCSP únicamente excluye del ámbito de la autocorrección aquéllos supuestos en los cuales la prohibición derive de una condena penal firme por alguno de los delitos enumerados en el art. 71.1.a) y no todos aquéllos supuestos en los cuales la prohibición —o, más en general, la inhabilitación para contratar— se hayan impuesto por sentencia firme. Piénsese, por ejemplo, en condenas penales por delitos diferentes a los reseñados que impongan la pena de privación del derecho a contratar con el sector público. De forma criticable, de acuerdo con la ley española, estas condenas pueden quedar sin efecto en lo que, además, supone una transposición incorrecta de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57.6 DCP.

En el caso concreto de las infracciones en materia de falseamiento de la competencia, este art. 72.5 LCSP complementa la exención de pago de la multa impuesta con la suspensión de la prohibición para contratar.

(70) A. SÁNCHEZ GRAELLS (2016) considera que exigir la indemnización de los daños causados por la infracción puede hacer que los programas de clemencia carezcan del atractivo suficiente, en especial cuando la causa de exclusión consista en alguna infracción de las normas de defensa de la competencia.

(71) *Vid.* art. 72.5 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, informe final de la ponencia del Congreso de los Diputados de 2 de agosto de 2017 (accesible en www.congreso.es).

(72) En este sentido, *vid.* C. AYMERICH CANO (2015b).

(73) Pues, en efecto, el art. 57 DCP exige una evaluación de las medidas adoptadas por los operadores económicos para determinar si se consideran suficientes para asegurar la fiabilidad de la persona afectada.

En cualquier caso, y aunque en este punto la LCSP no se separe de lo dispuesto en las Directivas europeas, lo cierto es que se ha perdido la oportunidad de completar la regulación europea con previsiones tales como la publicidad de los acuerdos de autocorrección o la posibilidad de rehabilitar la prohibición cuando las medidas adoptadas se demuestren en la práctica insuficientes. Tal sería el caso, por ejemplo, de reincidencia del operador beneficiado por esta medida.

3. Una reflexión sobre la autocorrección

En un trabajo publicado en 2007, J. LAMBSDORFF y M. NELL abogaban, partiendo de un análisis económico de la eficacia y del carácter disuasorio de las sanciones, por un sistema de sanciones asimétrico y por instrumentos de clemencia *ex ante*, concluyendo que un sistema tal habría de reducir la frecuencia y la reincidencia de las infracciones relacionadas con la corrupción (74). De hecho, en paralelo a la generalización del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la legislación penal estableció la autocorrección como elemento atenuante o, incluso, eximente de la responsabilidad penal de estas entidades (75).

Ciertamente, estos mecanismos de autocorrección o *self-cleaning* se inspiran en los programas de *leniency* o clemencia previstos en la legislación de defensa de la competencia. Esta proximidad, sin embargo, no debe ocultar la existencia de importantes diferencias entre ambos: en el ámbito de defensa de la competencia, la clemencia se fundamenta en la dificultad de descubrir la existencia de pactos o acuerdos anticompetitivos que son, por definición, secretos. Se trata, en definitiva, de facilitar la persecución de conductas prohibidas reduciendo o eliminando la responsabilidad de alguno de los sujetos que en ellas participaron, no de dejar las conductas sin sanción alguna (76).

(74) Cfr., *Fighting Corruption with Asymmetric Sanctions and Leniency*, Georg August Universität Göttingen – Center for Globalisation and Europeanisation of Economy, 2007 (accesible en http://www.icgg.org/downloads/59_Lambsdorff%20and%20Nell.pdf).

(75) En este sentido, tras la reforma de marzo de 2015, el CP español contempla la existencia de programas de compliance como circunstancia eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. C. AYMERICH CANO (2015a).

(76) En palabras del organismo español de defensa de la competencia, «el programa de clemencia tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquéllos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la CNC y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados» (cfr., *Comunicación sobre el programa de clemencia*, 2013, accesible en <https://www.cnm.c.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>). En el mismo sentido el art. 62.4 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En el ámbito de la contratación pública, éste es el sentido de instrumentos como el *Voluntary Disclosure Programm* (VDP), aún vigente en el sistema del BM, que sólo permite evitar la exclusión si la empresa comunica la existencia de una infracción antes del inicio de una investigación formal por parte de la institución. Pero en el caso de la autocorrección o *self-cleaning* regulada en las Directivas europeas de 2014, la aplicación de la eximente no se condiciona, sin embargo, a que se pongan en conocimiento de las autoridades competentes infracciones que éstas no conocían. Todo lo contrario: las nuevas Directivas dejan claro que el momento para solicitar la no aplicación de la exclusión se produce después de iniciado el procedimiento de exclusión.

Por otra parte, el *self-cleaning* previsto en las Directivas europeas difiere de forma sustancial de mecanismos similares previstos en los sistemas del BM y de los EUA. En estos, los sistemas de denuncia sólo pueden activarse antes del inicio de la investigación formal, nunca después. Y sólo en este caso se mantiene la confidencialidad, tal y como sucede en el ámbito de la defensa de la competencia. Además, en el VDP del BM, el quebrantamiento de las condiciones impuestas supone, de forma automática e irremisible, la aplicación de una sanción de exclusión de diez años de duración. En principio, las Directivas comunitarias no contienen previsión alguna relativa a la reincidencia en la comisión de infracciones por parte de empresas que ya se hayan beneficiado de algún programa de *self-cleaning*, de tal modo que como en la exhortación evangélica, las empresas podrían ser perdonadas hasta setenta veces siete (o más) veces, a pesar de que la reincidencia demuestre, en la práctica, la ineficacia de los programas de *compliance* adoptados.

Las razones de estas divergencias obedecen a que, de acuerdo con la propuesta de S. ARROWSMITH, H.J. PRIESS y P. FRITON (2009: 257), asumida en sus caracteres fundamentales por el legislador comunitario, este *self-cleaning* constituiría un verdadero derecho subjetivo de los operadores económicos derivados de las libertades comunitarias de libre circulación de mercancías y prestación de servicios y de los principios de igualdad de trato y proporcionalidad que posibilita, además, conciliar las exigencias del combate contra la corrupción con las de la promoción de la competencia, al no limitar el número de licitadores o candidatos a la adjudicación de contratos públicos. Esta limitación se compensaría con el establecimiento de condiciones obligatorias y que, en principio, parecen más exigentes que las establecidas en otros ordenamientos.

Una lectura más atenta de la DCP y de las normas internas de transposición, sin embargo, revela que el mecanismo de autocorrección en ellas previsto no debe compararse con los sistemas de VDP de los EUA o del BM sino con la posibilidad prevista en ambos de que el procedimiento termine con un acuerdo en virtud del cual se le impongan a la empresa afectada obligaciones de diversa naturaleza que, por lo general, incluyen la adopción de

programas de *compliance*. Así pues, la aproximación entre los tres sistemas se produciría a través del reconocimiento al órgano competente de una amplia potestad discrecional.

Incluso, a partir de la redacción del párrafo primero del art. 57.6 DCP, podría deducirse que el legislador europeo ha acabado por diseñar un sistema que, como el de la FAR estadounidense, pivota sobre el concepto de «responsabilidad presente», ahora denominado «fiabilidad». En efecto, a esta conclusión podría llegarse tras la lectura del inciso que, en el precepto indicado, señala que «Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación».

La diferencia, sin embargo, sigue siendo notable pues en el caso de las Directivas europeas la discrecionalidad se halla claramente limitada: la única decisión posible sería la de decidir si el operador es excluido o no y, en este segundo caso, con qué condiciones. No cabría, al menos de acuerdo con el tenor literal del art. 57.6 DCP, dictar resoluciones de exclusión revisables o sujetas a remisión dado que el condicionamiento sólo sería posible en el caso de las resoluciones de no exclusión. En cualquier caso, este obstáculo parece que puede ser salvado por los legisladores estatales que, como sucede en el caso español, prevén expresamente que «la prohibición de contratar (...) podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior» (77).

Por esta vía, en conclusión, las autoridades de los Estados miembros de la UE, gozarían de una discrecionalidad similar a aquélla de la que gozan las agencias federales estadounidenses si bien los acuerdos no está previsto, ni en el caso de la DCP europea ni tampoco en la nueva LCSP, que se tengan que hacer públicos.

En definitiva, y a pesar del rigor aparente de las condiciones a que se subordina la aplicación del mecanismo de autocorrección, el sistema resulta más favorable para las empresas infractoras que los establecidos por el BM y la FAR estadounidense. Máxime si se tiene en cuenta que la DCP no contempla ningún sistema efectivo de comunicación entre los diferentes Estados miembros que pueda permitir el reconocimiento mutuo de las resoluciones de exclusión.

(77) Es decir, el pago de las multas e indemnizaciones que se le hayan impuesto y la adopción de medidas técnicas y organizativas tendentes a evitar la comisión de futuras infracciones.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA (IN)EFICACIA PRÁCTICA DEL SISTEMA DE PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

En coherencia con las Directivas europeas que transpone, la LCSP española de 2017 erige la lucha contra la corrupción en uno de sus objetivos básicos, imponiendo expresamente a los órganos de contratación el deber de «tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción» (art. 64.1 LCSP). Tan solemne declaración debería suponer un punto de inflexión respecto de la aplicación, hasta el momento puramente anecdótica, de las prohibiciones para contratar. A la vista de la doctrina del TACRC, este viraje debe afectar también a la actuación de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales que, como veremos, realizan una interpretación del marco regulador de las prohibiciones para contratar que, lejos de asegurar su eficacia práctica, garantiza su inaplicación.

Tal es el caso de la Resolución 653/2017, de 14 de julio, en la que el tribunal administrativo estatal estima el recurso formulado contra un acuerdo de exclusión dictado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Palma de Mallorca que, tras declarar la existencia de una condena firme anterior al inicio del procedimiento de contratación por la comisión de un delito de malversación en concurso con prevaricación y falsedad en documento mercantil a 1 año, 1 mes y 15 días de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años al administrador único y a un directivo de la empresa adjudicataria de un contrato de servicios, decide excluir a la sociedad recurrente por hallarse incurso en prohibición para contratar de las establecidas en el art. 60.1.a) TRLCSP dando además traslado a los servicios municipales por si el hecho de no haber informado de la existencia de una prohibición para contratar pudiese ser constitutivo de delito.

Son dos las cuestiones que el TACRC debe resolver. La primera, bien sencilla, si concurre o no en el caso analizado una prohibición para contratar. La respuesta, obviamente, es afirmativa.

La segunda, si esa prohibición que se declara existente podía ser apreciada —o, mejor dicho, aplicada— directamente por el órgano de contratación. Sorprendentemente, la respuesta a esta cuestión es negativa pues

«... hay que aplicar el art. 61.2 y 3 del TRLCSP que, determinan que cuando la sentencia o resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar —como es el presente caso—, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo —art. 61.2—. Y la competencia para tramitar y resolver este procedimiento, de fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, corresponderá al Ministro de

Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —art. 61.3».

Así las cosas, ¿cómo debería proceder la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Palma de Mallorca? La opción que ofrece el tribunal administrativo no puede ser más decepcionante, pues lo que debe hacer es, según el TACRC

«... remitir todo el expediente a la Junta Consultiva de Contratación del Estado, para que tramite y resuelva el expediente a que se refiere el art. 61.3 del TRLCSP, sobre la prohibición de contratar para la sociedad ESPTS 85, S.L., a la vista de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 13 de enero de 2014, y determine el alcance y duración de la prohibición de contratar. Y entre tanto se resuelve el citado expediente, adoptar la medida provisional de suspender la resolución del expediente de contratación o cualquiera otra que estime oportuna, de conformidad con el art. 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa de oficio o a petición del Ayuntamiento, puede también adoptar la medida provisional que estime oportuna, tal y como permite el art. 61, bis 3, párrafo último del TRLCSP».

Es decir, debe permitir la participación de la empresa y suspender el procedimiento de contratación mientras el Ministerio Hacienda resuelve —si es que lo hace— el procedimiento dirigido a determinar el alcance y la duración de una prohibición cuya existencia ya ha sido declarada. En el mejor de los casos, una demora de tres meses en la efectiva satisfacción del interés público que justifica la contratación. En la práctica, aun cuando no se comparta, la alternativa resulta evidente: obviar la existencia del hecho causante de la prohibición para contratar y continuar el procedimiento evitando, de ser posible, la contratación con el licitador afectado.

En la medida en que la regulación de las prohibiciones para contratar contenida en los art. 71 a 73 de la nueva LCSP reproduce sin apenas modificaciones lo ya previsto en el TRLCSP derogado, hay un riesgo evidente de que el criterio establecido en esta resolución se mantenga después de la entrada en vigor del nuevo texto legal aun a pesar de que la literalidad de la normativa vigente permita, como a continuación se justificará, una interpretación diferente.

En efecto, la legislación española de contratación pública distingue dos funciones diferentes en relación con la aplicación de las prohibiciones para contratar: la *apreciación* de la existencia de una prohibición por un lado y, del otro, la *determinación de su duración y alcance*. Esta distinción se observa claramente en vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), cuyo art. 17.2 dispone que «Cuando las sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre la

prohibición de contratar o su duración, ésta se apreciará de forma automática por los órganos de contratación, sin perjuicio de que su alcance y duración se determine mediante el procedimiento que se regula en el artículo 19 de este Reglamento».

Así pues, en relación con la prohibición para contratar derivada de la condena por delitos de corrupción o fraude, la competencia para apreciar su existencia pertenece, en todo caso, al órgano de contratación. En cuanto a su duración y alcance, para el caso de que éstos no aparezcan ya fijadas en la sentencia, habrá de instruirse un procedimiento específico en el cual dicha determinación habrá de ser efectuada, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el Ministerio de Hacienda.

La «apreciación» —o constatación de existencia— de una prohibición para contratar supone su aplicación al procedimiento concreto que el órgano de contratación esté tramitando, pues ésta es su eficacia mínima. Su aplicación a otros procedimientos de los que conozca ese u otro órgano («alcance») y su extensión temporal («duración») es lo que habrá de determinarse a través de un procedimiento ad hoc decidido por un órgano diferente del de contratación siempre y cuando estos extremos no aparezcan ya determinados en la sentencia.

Ésta es, o debería ser, la solución adoptada por la nueva LCSP. Al menos si el apartado segundo de su art. 73 —titulado «Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento»— es interpretado de acuerdo con las Directivas europeas y aplicado de conformidad con lo que disponen las normas reglamentarias vigentes. Veamos que es que lo que dice literalmente este precepto:

«La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo».

Así pues, el nuevo precepto sigue distinguiendo entre la competencia de *apreciación* de la existencia de una prohibición para contratar, que atribuye a los órganos de contratación, y la de *determinación de su duración y alcance* que atribuye al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la JCCA estatal (art. 73.3 LCSP).

Por otra parte, en los casos en que no se determine expresamente la duración de la exclusión en la sentencia o resolución administrativa de que se trate, la interpretación sistemática del precepto conduce a la conclusión de que si la duración máxima de las prohibiciones de contratar resultantes de una condena penal es de cinco años y la de las derivadas de una sanción administrativa firme es de tres años (art. 73.6 LCSP), la duración mínima de la prohibición para contratar consecuencia de una condena penal firme será, proporcionalidad obliga, de al menos tres años.

Así las cosas, cuando aprecie —es decir, constate— la concurrencia de esta causa de prohibición, el órgano de contratación debe decidir su aplicación al procedimiento concreto de que esté conociendo excluyendo del mismo al licitador o candidato afectado —al menos si no ha transcurrido el plazo establecido por las normas penales para la prescripción de la pena impuesta (art. 73.7 LCSP)— y comunicar dicha circunstancia a la JCCA estatal para la incoación del procedimiento previsto en el art. 72 LCSP.

No hacerlo así —esto es, permitir que una persona condenada por la comisión de alguno de los delitos relacionados en el art. 71.1 LCSP pueda ser contratista del sector público mientras no se resuelva un procedimiento previsto exclusivamente para determinar la duración y alcance de la prohibición— supondría boicotear, en la práctica, la efectividad del sistema de prohibiciones para contratar dispuesto en la LCSP y en las Directivas comunitarias.

Antes este estado de cosas, la solución adoptada desde 2015 por la UE para los contratos celebrados por sus instituciones y organismos podría ser de interés para el legislador español. En efecto, el RF de la UE resuelve el problema a través del sistema de exclusión y detección precoz regulado actualmente en los artículos 135 y siguientes del citado reglamento. Este sistema permite a los poderes adjudicadores comunitarios excluir a un licitador cuando, en ausencia de sentencia o resolución administrativa firme, existan indicios suficientes como para presumir la comisión de una falta profesional grave que amenace los intereses financieros de la UE. Si con posterioridad a esa exclusión preliminar —que sólo afecta a un procedimiento de contratación concreto— recayese una decisión judicial o administrativa firme, el órgano de contratación procederá a imponer una sanción pecuniaria o a excluir a la entidad afectada por un tiempo determinado. En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no precisasen la duración de esta exclusión, *«el ordenador competente fijará esa duración en función de las conclusiones y hechos demostrados y teniendo en cuenta la recomendación de la instancia a que se refiere el artículo 143»* (artículo 136.2 RF).

XI. BIBLIOGRAFÍA

- S. ARROWSMITH, H.J. PRIESS y P. FRITON (2009), «Self-Cleaning as a Defence to Exclusions for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law?», *PPLR* 18.
- X. ARZOZ SANTISTEBAN (2013), «Autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *RAP* 191.
- (2015a), «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas», en esta REVISTA, 45-46.
 - (2015b), *Un problema pendiente: la anulación de contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Arazandi, Cizur Menor.
 - (2017), «La contratación pública en el TTIP», *RVAP*, 117.
 - (2019), «Exclusión por corrupción y fraude en los sistemas de contratación pública de la Unión Europea, los Estados Unidos y el Banco Mundial», *REDA*, 196.
- J. BERMEJO VERA (2008), «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público», en esta REVISTA nº 10.
- I. GALLEGO CÓRCOLES (2018), «El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual», en E. GAMERO CASADO y I. GALLEGO CÓRCOLES, (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, València.
- J.V. GONZÁLEZ GARCÍA (2004), «Globalización Económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: presupuestos de una relación», *RAP* nº 164.
- H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2018), «Las prohibiciones para contratar», en E. GAMERO CASADO y I. GALLEGO CÓRCOLES, (dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, València.
- E. HJELMENG y T. SØREIDE (2014), «Debarment in public procurement: rationales and realization», en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, RACCA, G. y YUKINS, C.R., (eds.), Bruylant, Bruselas.
- A. HUERGO LORA (2017) «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA* nº 182.
- J. LAMBSDORFF y M. NELL, *Fighting Corruption with Asymmetric Sanctions and Leniency*, Georg August Universität Göttingen – Center for Globalisation and Europeanisation of Economy, 2007 (accesible en http://www.icgg.org/downloads/59_Lambsdorff%20and%20Nell.pdf).
- A. L. FERNÁNDEZ MALLOL (2014), «La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la UE. Conflicto de interés, incidencia sobre la regulación de prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno», *REALA* nº 2.

- T. MEDINA ARNÁIZ (2014), «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.
- (2018), «Las prohibiciones para contratar», en J.M GIMENO FELIU, dir., *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor.
 - (2019), *Las prohibiciones para contratar desde una perspectiva europea*, Aranzadi, Cizur Menor.
- A. SÁNCHEZ GRAELLS (2014), «Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Procurement Directive 2014/24», en LICHÈRE, CARANTA y TREUMER (eds.) *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*, Copenhagen, Djøf Publishing.
- (2015), «Why are public registers problematic?», 19 de septiembre de 2015, www.howtocrackanut.com.
 - (2016) «Interesting short paper on public procurement and competition law: Blažo (2015)», 19 de mayo de 2016 en www.howtocrackanut.com.
- J. WILLIAMSON (2003), «From reform Agenda to Damaged Brand Name: A short History of the Washington Consensus and Suggestions for What to do Next», en *Finance and Development*, vol. 40, n° 3.

VALORANDO POLÍTICAS PÚBLICAS DE RENOVACIÓN EN ÁREAS TURÍSTICAS MADURAS

EVALUATING PUBLIC POLICIES OF RENOVATION IN FULLY-DEVELOPED TOURIST AREAS

CARMEN ESTHER FALCÓN PÉREZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL TURISMO COMO UN SECTOR CLAVE EN LA ECONOMÍA.– III. PROMOVRIENDO LA REHABILITACIÓN TURÍSTICA DESDE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO: 1. Normativa europea y estatal sobre turismo sostenible. 2. Entorno legislativo del turismo en Canarias.– IV. LA REHABILITACIÓN TURÍSTICA EN CANARIAS: REALIDAD O QUIMERA: 1. Plan de Rehabilitación Turística de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas (Gran Canaria). 2. Plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana. Maspalomas Costa Canaria (Gran Canaria).– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Canarias ostenta relevancia mundial como destino turístico de sol y playa, caracterizándose también por ser una zona turística madura con una planta alojativa obsoleta. En consecuencia, la rehabilitación y renovación de estas áreas turísticas se convierte en un elemento clave de las políticas públicas. Para ello, la administración pública ha centrado sus esfuerzos en promulgar un conjunto de políticas, planes, y programas en materia urbanística y financiera con el fin de promover dicha rehabilitación turística. El objetivo de este trabajo es analizar qué planteamientos, medidas o incentivos, en materia de rehabilitación de destinos turísticos maduros, propone la iniciativa pública, con el fin de poner de manifiesto si dichas iniciativas han conseguido los objetivos propuestos, aportando evidencia empírica en la isla de Gran Canaria (Municipio de San Bartolomé de Tirajana) o, por el contrario, han quedado en meros propósitos.

Palabras clave: áreas turísticas maduras; planificación territorial; renovación turística; administración pública.

ABSTRACT: The Canary Islands have a world power in sun and beach tourism, beside are considered a mature tourism destination with obsolete accommodation establishments. Therefore, the rehabilitation and renewal of these tourist areas become a key element of public policies. To this end, the public administration has focused its efforts to enact law, plans and programs in order to promote the tourist rehabilitation. The aim of this paper is to analyze the measures and incentives for the rehabilitation of the mature tourism destination which the public administration has proposed to determine if the proposed goals could be achieved in the municipality of San Bartolomé de Tirajana, Gran Canaria.

Key words: fully-developed tourist area; territorial planning; touristic renewal; public administration.

I. INTRODUCCIÓN

El turismo en el archipiélago canario es el sector que genera mayor riqueza y puestos de trabajo, siendo una de las comunidades autónomas españolas que reciben un mayor número de turistas, no solo a nivel nacional sino también europeo pues es de los principales destinos de sol y playa, recibiendo en 2018 un total de 15.557.897 turistas (Instituto Canario de Estadística, 2019). Sin embargo, aunque el territorio canario siga recibiendo gran cantidad de turistas extranjeros y se beneficie actualmente del turismo interno, pierde competitividad año a año frente a nuevas propuestas turísticas similares en países con precios más reducidos y ofertas turísticas más acordes al mercado actual.

Canarias ha sido uno de los destinos que se ha beneficiado del impulso del turismo a partir de la década de los 80 del siglo XX, proporcionándole un gran crecimiento económico y convirtiéndose en el motor de su economía. Este crecimiento constante, y los buenos resultados obtenidos a nivel particular por los propietarios de los establecimientos turísticos contribuyeron a que, actualmente, sea un destino turístico en fase de madurez y con una gran obsolescencia en su planta alojativa, debido, en parte, a la falta de renovación.

La gran preocupación por esta situación, bastante generalizada en la comunidad autónoma, hace que avanzado el siglo XX surja la necesidad de mantener Canarias como destino turístico de primer nivel y, es por ello, que se realizan diferentes planteamientos en la política pública turística, tanto nacional como autonómica, convirtiéndose la rehabilitación y modernización de los destinos turísticos maduros en uno de los temas más relevantes en la actualidad, focalizando las Administraciones Públicas sus esfuerzos en establecer un conjunto de políticas, planes, programas y proyectos, y estableciendo unas líneas de colaboración principalmente en materia urbanística y financiera para poder lograr que los partícipes en el sector y en la actividad a desarrollar puedan abordar la rehabilitación con garantías de éxito.

Nuestro estudio se centra en el municipio de San Bartolomé de Tirajana, en Gran Canaria, al ser uno de los centros turísticos más importantes de España y el primero de Canarias, el cual, de forma particular, tras cuarenta años, muestra un agotamiento en sus infraestructuras y establecimientos, no en vano los núcleos turísticos más antiguos, tales como Playa del Inglés, Maspalomas y San Agustín, se encuentran ubicados en este municipio y, debido a la antigüedad de las edificaciones ubicadas en estos enclaves, se evidencia un significativo nivel de obsolescencia, tanto de los espacios privados, como de los públicos.

Por tanto, en este trabajo analizamos qué planteamientos, medidas o incentivos, en materia de rehabilitación de destinos turísticos maduros, propone la iniciativa pública, con el fin de poner de manifiesto si dichas iniciativas

han conseguido los objetivos propuestos en el municipio estudiado o, por el contrario, han quedado en meras iniciativas públicas.

Para ello, en primer lugar, se exponen las características del sector turístico, analizando la importancia del turismo como motor económico y, en particular, en la comunidad autónoma de Canarias, así como el ciclo de vida de los destinos turísticos, en concreto en Gran Canaria. En segundo lugar, se ilustra las políticas públicas turísticas más importantes en materia de rehabilitación que se han realizado tanto a nivel europeo, nacional como a nivel autonómico. Por último, y con el fin de aportar contenido empírico, se exponen las iniciativas que se han realizado en materia de rehabilitación turística, en Gran Canaria, en el municipio de San Bartolomé de Tirajana, analizando los dos planes de mayor relevancia: Plan de Rehabilitación Turística de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas, y Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana (Maspalomas Costa Canaria) dado el peso turístico que ostenta esta zona en Canarias, finalizando con las conclusiones más relevantes.

II. EL TURISMO COMO UN SECTOR CLAVE EN LA ECONOMÍA

Es indiscutible la importancia del sector turístico en la economía mundial, dado el crecimiento y desarrollo económico que éste conlleva, señalando que la llegada de turistas internacionales, en total, ascendió, en 2018, a la cifra de 1.400 millones, adelantándose por un periodo de dos años a las previsiones que tenían establecida la Organización Mundial del Turismo (OMT, 2019). Las razones de esta excelente situación que han acelerado el crecimiento en los últimos años son «el crecimiento económico más sólido, los viajes aéreos más asequibles, los cambios tecnológicos, los nuevos modelos de negocios y la mayor facilitación de visados» (OMT, 2019: p. 2). En este sentido, destaca Oriente Medio con un crecimiento del 10%, África con un 7%, Asia, y el Pacífico y Europa incrementaron en un 6%, alcanzando la cifra de 713 millones los turistas internacionales que visitaron Europa, lo que supone un incremento del 6% con respecto al año 2017 (OMT, 2019).

A nivel nacional, la aportación que realizó al Producto Interior Bruto, las actividades relacionadas con el sector turístico, en el año 2017, ascendió a 137.020 millones de euros que representa el 11,7%, y la aportación al empleo total fue del 12,8% (Instituto Nacional de Estadística, 2018), poniendo estas cifras de manifiesto la relevancia de este sector para la economía doméstica.

No obstante, nuestro trabajo se centra en el archipiélago canario, por lo que creemos conveniente exponer qué impacto económico, asociado al sector turístico, presenta las distintas comunidades autónomas, mostrando la tabla 1 la aportación realizada al Producto Interior Bruto y al empleo.

Tabla 1. Comparación del impacto del turismo en Comunidades Autónomas.

	Andalucía	Canarias	Cantabria	Comunidad Valencia	Comunidad de Madrid	Galicia	Illes Balears	La Rioja	Región de Murcia	Comunidad Castilla-La Mancha
PIB	12,5%	35,2%	10,9%	14,6%	6,5%	10,4%	44,8%	9,8%	9,8%	7,4%
Empleo	11,9%	40,3%	11,9%	15,1%	6,5%	11%	32,1%	10,3%	10,3%	8,6%

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, 2018.

Como se puede observar, las comunidades autónomas que destacan por su relevancia en el sector turístico son las Islas Canarias y las Islas Baleares, siendo el archipiélago canario el que mayor aportación de empleo genera, en torno al 40%, frente a una mayor contribución al Producto Interior Bruto, aproximadamente un 44% que realiza las Islas Baleares.

En opinión de Corrales y Hernández (2010), Hawái, Baleares y Canarias constituyen los tres principales destinos turísticos archipelágicos de sol y playa a nivel mundial. Estos destinos turísticos han alcanzado niveles considerables en volumen de turistas recibidos y el impacto económico que lleva aparejado. Sin embargo, muestran síntomas de estancamiento en el número de visitantes, estableciendo que Hawái comenzó en la década de los noventa, Canarias a principios de siglo y Baleares con la crisis económica de 2007. No obstante, es preciso mencionar que en el sector turístico inciden múltiples factores ajenos a la propia actividad económica en sí, puesto que el turismo «constituye un claro ejemplo de mercado globalizado en el que la competencia entre los destinos turísticos es cada vez mayor para dar respuesta a una demanda exigente y compleja» (Castel, 2012: p. 358). De hecho, Moreira y Román (2013: p. 142) sostienen «que gran parte del aumento del número de turistas en los últimos años, se debe en gran medida al cambio de destino de los turistas por los problemas y revueltas en algunos de los principales destinos competidores (Egipto y Túnez, principalmente), además de la salida de la recesión económica de Reino Unido y Alemania».

Actualmente, es el sector servicios quien domina el panorama económico de las islas, siendo el turismo el motor principal del mismo. Así, la agricultura ha sido la más perjudicada, perdiendo peso (sólo representa el 3%) en favor del sector servicios y, sufriendo la retirada de mano de obra. La industria y la construcción constituyen el 6% y el 8% respectivamente. Por lo tanto, es el sector servicios el que mayor peso relativo posee (86%) siendo el ámbito productivo que genera más riqueza y puestos de trabajo en el Archipiélago (Instituto Canario Estadístico, 2019).

El reciente estudio de Impacto Económico del Turismo en Canarias realizado de forma conjunta por el Gobierno de Canarias y EXCELTUR en 2017

refleja la importancia que ostenta el sector turístico para Canarias no solo por el impacto que genera esta actividad económica de forma directa con el visitante (hoteles, restaurantes, alquiler de vehículos, etc.), sino también por la capacidad de arrastrar a otros sectores económicos relacionados de forma indirecta con la actividad analizada, tales como suministro de alimentación, actividad de construcción, de mantenimiento, empresas de textiles, etc. En este sentido, la actividad económica generada directamente con el turismo ascendió a 10.353 millones de euros lo que implica un incremento del 7,5% con respecto al año 2016. Por otra parte, la actividad económica generada por los efectos indirectos del turismo supuso 5.221 millones de euros, lo que refleja un 11,8% de la economía de las islas (Gobierno de Canarias y EXCELTUR, 2017).

A nuestro juicio, y a la vista de los datos económicos señalados no cabe duda la relevancia que ostenta el sector turístico para Canarias, siendo la principal fuente de riqueza por lo que es imprescindible analizar en qué etapa del ciclo de vida se encuentra el destino turístico canario. Para ello, nos apoyamos en el modelo teórico de mayor relevancia y reconocimiento en esta materia, el Tourism Area Life Cycle-TALC Model desarrollado por Butler (1980). Este modelo económico se basa, principalmente, en considerar el destino turístico como si de un producto o servicio se tratara, considerando como variables fundamentales el número de visitantes y el nivel de infraestructura del destino turístico. Así, su éxito dependerá de la captación de turistas, de la gestión y del control del crecimiento y uso del territorio, del momento en el que el área sobrepase su capacidad de carga (física o infraestructural, económica, social, cultural o medioambiental) aunque se reconoce que el declive puede resultar de una amplia combinación de factores (León, Hernández y González, 2003).

Así cabe resaltar que la utilidad de este modelo reside en la capacidad de descripción, es una herramienta que ayuda a entender la evolución de los destinos turísticos y sirve para tomar decisiones de tipo estratégicas (Cooper, 1994). Además, ha sido la base de versiones o modificaciones de este para adaptarse a las características específicas de cada destino (Weaver, 1990), aunque también hay modelos alternativos (Haywood, 1986; Priestley y Mundet, 1998, Toh, Khan y Koh, 2001). Sin embargo, la premisa básica de todos estos estudios es que el destino inicialmente es visitado por un bajo número de turistas, para posteriormente atravesar una fase de crecimiento y llegar finalmente a la fase de estancamiento o madurez.

El modelo teórico comprende seis etapas bien definidas: exploración, implicación de autoridades locales, desarrollo, consolidación, estancamiento y declive o rejuvenecimiento, agrupando las primeras cuatro fases en una etapa de crecimiento y las dos últimas en la etapa de estancamiento o post-estancamiento. En esta última fase y en ausencia de «una gestión y control, el destino

puede sobrepasar su capacidad de carga, perdiendo atractivo y experimentando un declive en el número de visitantes» (Ramón y Temes, 2014: p. 127).

En opinión de González, León y Padrón (2006: p. 129) «el sector se enfrenta a cambios importantes en las preferencias de la demanda turística a nivel mundial y a un aumento considerable de la oferta turística en otros destinos competidores del Mediterráneo. En este sentido, el problema de deterioro del entorno, masificación y la falta de diferenciación del producto turístico de algunos destinos —agravado por la incidencia de cambios en factores exógenos como la demanda o el sector exterior— puede suponer no sólo una pérdida de competitividad a corto plazo de los enclaves turísticos relativamente más maduros, sino que puede afectar negativamente a la imagen turística de la región en su conjunto».

A la hora de determinar en qué etapa se encuentra el destino turístico analizado existe una opinión generalizada (Parra, Navarro y Fuentes, 2010; Hernández y Santana, 2010) sobre que el destino turístico canario se encuentra en una fase de estancamiento o postestancamiento, derivado básicamente de la pérdida de la oferta, que alcanza un cierto nivel de degradación.

Dado que el ámbito de estudio es Canarias, concretamente, Gran Canaria creemos conveniente exponer el ciclo de vida del turismo en esta isla, para lo que nos apoyaremos en el estudio realizado por Garzón (2011), que diferencia las etapas de introducción, crecimiento y madurez.

Así, la etapa de introducción del turismo en Canarias abarca entre 1880 y 1950. En este periodo, el turismo en Gran Canaria se concentra en la capital, y sus visitantes son turistas de salud (curación de enfermedades), exploradores, investigadores o naturalistas, atraídos por los recursos básicos y primarios del destino, caracterizándose por ser un periodo de descubrimiento del destino, limitada a un turismo de élite.

A lo largo de los años 60, durante la etapa de adaptación turística, se pudo observar las primeras repercusiones del turismo. Las llegadas de los turistas fueron aumentando a un ritmo continuo y surgió la iniciativa local para adaptarse a las necesidades de los turistas. Asimismo, se inició el desarrollo de las infraestructuras básicas necesarias para apoyar la actividad turística. Durante este periodo, Garzón (2011) subraya los siguientes acontecimientos significativos, que posicionó a Gran Canaria como destino turístico de relevancia:

- ✓ Se comenzó la construcción del centro turístico de Maspalomas Costa Canaria, dando inicio a la urbanización masiva del sur de Gran Canaria (1959-1975).
- ✓ El aeropuerto de Gran Canaria obtiene la clasificación de primera categoría.

- ✓ Se produce una transformación radical en la economía insular, gracias a las inversiones efectuadas por Alemania.

La etapa de desarrollo y crecimiento turístico se inicia en 1970 hasta mediados del año 2000 (1), destacándose el desarrollo de los principales núcleos turísticos y la infraestructura de la isla y ocupando el turismo el papel central de la economía gran Canaria.

Los primeros síntomas de la fase de estancamiento (madurez) aparecen en 1999, cuando por primera vez no se registra una ocupación del 100% de las camas hoteleras del sur de la isla, caracterizándose este periodo, entre otras cuestiones, por: el estancamiento y descenso del número de visitantes extranjeros, y el alto grado de intervencionismo de la Administración con el fin de frenar el aumento de la oferta de camas turísticas.

En este caso ya no se puede hablar de una crisis turística como las anteriores, sino de una nueva situación propia de un periodo de madurez. Por lo tanto, estamos ante una crisis del destino y, a su vez, del modelo de gestión turística del destino, que radica en la pérdida de competitividad turística internacional de Gran Canaria, en la cual influyen factores externos como la entrada en el mercado internacional de destinos muy competitivos en precio y modernidad o la evolución de los conceptos vacacionales y factores internos vinculados a la gestión de los planificadores del destino; la necesidad de corregir esta situación hizo que comenzara a plantearse una nueva política turística, con el fin de adaptar el destino turístico a los nuevos requerimientos de la demanda, asegurando su competitividad en un entorno de creciente competencia internacional (Simancas, 2012).

Desde nuestro punto de vista, dada la indudable necesidad de acometer la rehabilitación turística en la planta alojativa obsoleta es preciso señalar que la administración pública se ha propuesto contribuir a paliar los efectos de un destino turístico maduro, promulgando diversas políticas, planes, que se exponen a continuación, analizando las políticas públicas turísticas de mayor relevancia, en materia de rehabilitación, a nivel europeo, nacional, autonómico y local.

Si bien, y en opinión de González (2008), es necesario también mencionar que la administración pública municipal y los promotores privados han estado más obsesionados en crear nuevos espacios turísticos como estrategia de rejuvenecimiento de las áreas turísticas consolidadas que en abordar un reciclaje mediante operaciones de sustitución o traslado de la capacidad alojativa de los establecimientos obsoletos.

(1) Esta época se desarrolla lentamente debido, principalmente, a que los puertos eran de escala y por la escasa presencia de turoperadores, señalando diferentes crisis turísticas: crisis de protección del consumidor, crisis de planificación de inversiones y crisis de liberalización de precios.

III. PROMOVRIENDO LA REHABILITACIÓN TURÍSTICA DESDE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Las políticas públicas en materia de turismo sostenible son abundantes, resaltando en este trabajo las que, a nuestro juicio, resulten más relevantes. Así, dada la masificación de las zonas turísticas y el estado de madurez que se ha puesto de manifiesto, se hace evidente, a nivel legislativo, «la necesidad de contener el crecimiento del uso turístico del suelo. Pero en la medida en que el turismo sigue siendo uno de los principales motores de la economía española, sobre todo en territorios costeros, y en la situación internacional de fuerte competencia de otros destinos turísticos, la articulación de un desarrollo sostenible pasa por potenciar, cuando no imponer, la rehabilitación de los establecimientos alojativos» (Chinchilla, 2009: p. 64).

1. Normativa europea y estatal sobre turismo sostenible

A nivel europeo, la normativa en materia de desarrollo sostenible se enmarca en el Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992 (2), que determina que el concepto de crecimiento económico debe ser sostenible; de tal forma que surge una directriz política que vincula fomentar el turismo como medio de generar el empleo, respetar el medio natural adecuándose a la capacidad de carga del territorio.

Así mismo, destaca la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Un marco de cooperación para el futuro del turismo europeo (2001) en la que se establece como medida a seguir el «fomento del desarrollo sostenible de las actividades turísticas en Europa mediante la definición y la aplicación de una Agenda 21. Esta agenda aborda varios aspectos muy importantes, en particular: la protección de los recursos naturales, la integración de los problemas del medio ambiente y la pobreza en la política de turismo, la mejora de la participación de los agentes, así como del seguimiento de la aplicación, y la responsabilidad social de las empresas. Deberá enmarcarse en el planteamiento general del desarrollo sostenible fijado para la UE».

Posteriormente, se promulgó la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Orientaciones básicas para la sostenibilidad del turismo europeo

(2) En su artículo 3.3. expone que «obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico».

(2003) (3) que constató, «que los recursos económicos, sociales y culturales que definen la sostenibilidad económica del sector, no resistirán a una expansión indefinida del turismo europeo».

En 2006, el Consejo Europeo aprueba la Estrategia Revisada de Desarrollo Sostenible en la que se establece como principales objetivos: mejorar la calidad de vida, creación de comunidades sostenibles, protección del medio ambiente y cohesión social. No obstante, el turismo sostenible ha alcanzado relevancia, en el marco europeo, con el Tratado de Lisboa, aprobado en 2007, que modificó el Tratado de la Unión Europea y la Comunicación de 2001, mencionados anteriormente.

Así, la Comisión Europa ha publicado diversas comunicaciones (4), siendo la más reciente de 2014. En esta misma línea de actuación y en el marco del Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) se puso en marcha recientemente una licitación (19 de julio de 2018) para apoyar el desarrollo y la promoción de productos turísticos temáticos transnacionales, aprovechando las sinergias entre el turismo y las industrias culturales y creativas, apoyando un crecimiento competitivo y sostenible en el sector del turismo.

También creemos conveniente mencionar que en 2015 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adopta la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible en el que se establecen 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental y en la que se encuentra, obviamente, la industria turística que debe enmarcarse en el cumplimiento de los objetivos que establece dicha agenda para alcanzar, de forma conjunta, un desarrollo sostenible.

(3) Este documento establece que «los retos que debe afrontar un turismo europeo sostenible están relacionados tanto con los modelos de consumo, especialmente la estacionalidad y los viajes turísticos, como con los modelos productivos, es decir la oferta y los destinos turísticos. Un comportamiento turístico sostenible y una buena gobernanza pública y privada son fundamentales para modificar los modelos turísticos insostenibles».

(4) La Comunicación COM (2007)0621, de 19 de octubre de 2007: Agenda para un turismo europeo sostenible y competitivo, en la que la Comisión presenta la opción del desarrollo sostenible para garantizar la competitividad a largo plazo del turismo y anuncia acciones preparatorias trienales. Comunicación COM(2010)0352, de 30 de junio de 2010: Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo, en la que se analizan los factores y los obstáculos en relación con la competitividad del turismo y su desarrollo sostenible; la Comunicación COM(2012)0649, de 7 de noviembre de 2012: Aplicación y desarrollo de la política común de visados como estímulo del crecimiento en la UE, que tiene por objeto incrementar los flujos de turistas procedentes de terceros países mediante la política común de visados; y por último la Comunicación COM(2014)0086, de 20 de febrero de 2014: Una estrategia europea para un mayor crecimiento y empleo en el turismo costero y marítimo.

A nivel estatal, la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, 2007 en un contexto de sostenibilidad ambiental, establece como principal objetivo la revalorización del sector turístico en clave de sostenibilidad. Así, «la consecución de dicho objetivo, a juicio de la Estrategia, es que el crecimiento sea sostenible, lo que deberá lograrse respetando la capacidad de carga límite de los destinos, tanto en los tradicionales donde se ha producido un estancamiento o un declive de la demanda que requieren actuaciones de renovación, como en los de nuevo cuño» (Chinchilla, 2009: p. 67).

Debe destacarse que «el desarrollo turístico experimentado en España, en especial en los espacios costeros, no ha contado con una previa y adecuada planificación, dada la masificación de la oferta en los destinos turísticos y la saturación de los recursos naturales» (Socías, 2016: p. 78).

A finales de la década de los ochenta, con la crisis del sector se produce un cambio de orientación, las administraciones públicas españolas reflexionan sobre las evidentes debilidades que presentaba el modelo turístico, especialmente el de sol y playa, y la necesidad de marcar objetivos estratégicos. El gobierno español sostiene que el primer paso para afrontar los problemas del sector turístico fue mediante el Libro Blanco del Turismo Español de 1990, en el cual se efectuó un análisis y diagnóstico del sector turístico español y definía las líneas estratégicas de actuación a medio plazo. A partir de ese momento, comienzan a formularse los primeros planes nacionales de turismo (Capdepón, Rodríguez y Such, 2012): Plan Marco de Competitividad del Turismo Español (FUTURES I y II); Plan Integral de Calidad del Turismo Español; Plan del Turismo Español Horizonte 2020; y Plan Nacional e Integral del Turismo 2012-2015.

El Plan Marco de Competitividad del Turismo Español 1992-1995 (FUTURES I) fue el primer plan nacional trazado por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas con el objetivo de establecer las estrategias necesarias para mejorar la eficiencia y capacidad competitiva de la industria turística facilitando la participación tanto del sector privado como del público.

Este plan desarrolló cinco grandes planes operativos: Coordinación y Cooperación Institucional; Modernización e Innovación Turística; Nuevos Productos Turísticos; Promoción, Marketing y Comercialización; y Excelencia Turística. Este último, se estableció con el fin de «dar respuesta a algunos de los signos de madurez de algunos destinos turísticos (especialmente, de sol y playa) [...] como por ejemplo acondicionamiento y mejora de playas, dotación de equipamientos y zonas verdes, señalización y diversificación de la oferta, entre otros, con especial énfasis en la introducción de criterios de sostenibilidad» (Rodríguez y Such, 2014: p. 439). Tras el éxito del primer plan FUTURES, se desarrolla el segundo Plan Marco de Competitividad (FUTURES II) para el periodo 1996-1999, manteniendo la figura de los planes de excelencia dentro

del Programa de Destinos Turísticos e introduciendo una nueva, los Planes de Dinamización Turística (PDT). Estos últimos estaban enfocados a potenciar los recursos turísticos de las poblaciones dotadas de un importante patrimonio histórico-cultural o natural (García, López, Estrelladas y Abella, 2005).

Gracias a la elevada aceptación por parte de los destinos de los anteriores mecanismos de planificación y promoción turística, se aprueba el Plan Integral de Calidad del Turismo Español (PICTE) para el periodo 2000-2006. De este modo, se continua con los esfuerzos realizados en planes anteriores, pero teniendo como principio estratégico la calidad (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2000).

Beas (2012: p. 391) señala que la financiación de los planes, entre 1992 y 2006, «se realizaba mediante el principio de corresponsabilidad, dividiendo de forma paritaria la aportación entre la administración central, autonómica y local». Asimismo, sostiene que las comunidades autónomas que han dedicado una mayor inversión en los planes de excelencia han sido las de Baleares, Andalucía, Canarias (5), y Castilla y León. A partir de 2006, el Consejo Español de Turismo acordó efectuar un amplio proceso de revisión estratégica del sector para hacer frente a los retos y a las nuevas tendencias. Esto se materializó en el Plan del Turismo Español Horizonte 2020, aprobándose por unanimidad en 2007. Este plan establece «un marco estratégico de trabajo a largo plazo», con el fin de afrontar las nuevas exigencias del entorno concentrando su actuación en la nueva economía del conocimiento, el posicionamiento orientado al cliente y la sostenibilidad del modelo con colaboración de los agentes del sector (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2007).

Para conseguir dichos propósitos se diseñó el Plan del Turismo Español 2008-2012 que recoge programas y líneas de acción como los proyectos extraordinarios de recualificación de destinos maduros. La finalidad de esta acción es «apoyar técnica y financieramente el desarrollo de proyectos extraordinarios de reconversión o modernización integral de un destino turístico maduro con proyección internacional, desarrollados y cofinanciados por las administraciones competentes y el sector empresarial con el propósito de implantación de un modelo turístico de futuro» (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2007). En el marco del Plan del Turismo Español Horizonte 2020 se generan importantes iniciativas que tienen incidencia directa en las infraestructuras turísticas públicas de las áreas turísticas de Canarias (6).

(5) Hay que resaltar que se concedían mayores presupuestos a las comunidades que realizaban un plan para agrupaciones de municipios litorales como Gran Canaria Sur con 5,41 millones de euros y el Valle de la Orotava con 4,96, ambos localizados en el archipiélago canario.

(6) Por un lado, la Iniciativa de Modernización de Destinos Turísticos Maduros regulada por Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre aportó apoyo financiero a la Estrategia

Rodríguez y Such (2014) señalan que en el marco de este programa se desarrollan cuatro proyectos extraordinarios, siendo uno de ellos el de San Bartolomé de Tirajana en Gran Canaria, municipio que es objeto de estudio en este trabajo. Además, Simancas, de Souza y Núñez (2010: p. 190) aclaran que como punto de partida de estos proyectos se planteó «la constitución de un consorcio urbanístico integrado por las Administraciones competentes, que integre las políticas turísticas y territorial-urbanística, con facultades para formular la nueva ordenación del ámbito afectado y para ejecutar o promover las actuaciones urbanísticas y las obras de infraestructura y nuevos equipamientos».

Asimismo, el gobierno estatal quiso promover a través de la Secretaría de Estado de Turismo el Plan Nacional e Integral de Turismo (PNIT), diseñado para el período 2012-2016. Dicho plan contiene 28 medidas que engloban más de 100 acciones cuya finalidad es «impulsar la competitividad de las empresas y los destinos turísticos, renovar nuestro liderazgo mundial en el sector y contribuir a la generación de riqueza, empleo y bienestar de los ciudadanos» (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2012).

El PNIT establece la voluntad de apoyo a los consorcios creados, así como de mantener las líneas de crédito, dando la posibilidad de financiar actuaciones de renovación a todo tipo de infraestructuras turísticas. Además, se mantiene el interés por la reconversión de destinos maduros, esta vez, concediendo especial importancia al impulso y la inversión procedentes del sector privado.

En la línea de establecer una nueva hoja de ruta de la política turística, el Gobierno de España (2019) ha elaborado el informe sobre la Estrategia del Turismo Sostenible 2030 que apuesta por un modelo de gobernanza turística basada en la calidad y en mantener el liderazgo de España en el sector turístico. Dicha estrategia se estructura en torno a cinco ejes: gobernanza colaborativa; crecimiento sostenible; transformación competitiva y rentabilidad del sistema; personas, empresas y territorio; y producto e inteligencia turística.

A nivel europeo y estatal las políticas públicas promulgadas han fomentado y financiado la rehabilitación turística de aquellos destinos turísticos maduros que lo precisaban; no obstante, como pondremos de manifiesto, posteriormente, en algunos casos concretos la financiación ha sido insuficiente.

de Mejora de Espacios Públicos Turísticos de Canarias, que se desarrolló en el marco de la Estrategia de dinamización frente a la desaceleración de la economía canaria, aprobada por el Gobierno de Canarias el 18 de marzo de 2008. Por otro lado, la creación de los consorcios para la rehabilitación de las dos áreas turísticas incluidas en dicho Plan: San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas (San Bartolomé de Tirajana, Gran Canaria) y Puerto de la Cruz (Tenerife).

2. Entorno legislativo del turismo en Canarias

Como ya se ha indicado el sector turístico es muy relevante a nivel nacional y, particularmente, en Canarias, lugar donde se ha alcanzado un grado de estancamiento o madurez importante, lo que se traduce en una crisis tanto del destino como del modelo de gestión utilizado, conllevando una pérdida de competitividad, en la que también influye negativamente la entrada en el mercado internacional de otros destinos turísticos más modernos y a precios más reducidos. Por tanto, es preciso reorientar o rejuvenecer los destinos turísticos maduros en los que se suele apreciar la «obsolescencia de sus infraestructuras, la saturación y la escasa o nula renovación de los activos, disminuye la calidad de la experiencia turística (entre otros, calidad de servicios, del medio ambiente, de los servicios de ocio, más sensaciones percibidas a corto y medio plazo —recuerdo— por parte de los turistas)» (Temes, 2017: p. 228).

La comunidad autónoma canaria tiene competencias en lo referente a la ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda, así como en lo que afecta al turismo, tal como establecía la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias, recientemente derogado por Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias (7). En lo concerniente a la planificación territorial, las atribuciones se encuentran compartidas por la Comunidad Autónoma, los Cabildos Insulares y las Corporaciones Municipales, atendiendo a lo dispuesto

(7) El artículo 129 dispone que «corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de turismo, que incluye, en todo caso:

a) La planificación del turismo, que comprende la fijación de los criterios y condiciones de crecimiento y desarrollo de la oferta turística, la programación de infraestructuras de interés general, así como la creación, ejecución y control de las ayudas públicas autonómicas dirigidas al sector turístico, prestando especial atención a la rehabilitación de las zonas turísticas.

b) La ordenación del sector turístico, que abarca la regulación de las empresas, actividades y establecimientos turísticos, la regulación de los derechos y deberes específicos de los usuarios y de los prestadores de servicios turísticos, la implantación, coordinación y seguimiento del sistema de información turística y la regulación del régimen de inspección y sanción, así como de los medios alternativos de resolución de conflictos.

c) La protección del espacio y de los recursos turísticos.

d) La promoción interior y exterior del turismo, en particular, la información turística, la apertura de oficinas en el extranjero, la suscripción de acuerdos con entidades promocionales no españolas y la protección y fomento de la imagen turística de Canarias, sin perjuicio de las competencias del Estado en la materia.

e) La gestión de la red de establecimientos turísticos de titularidad autonómica. Para facilitar la coordinación entre estos y los establecimientos de la red de Paradores del Estado que se ubican en Canarias, el Gobierno de Canarias podrá participar, en los términos que establezca la legislación estatal, en los órganos de administración de Paradores de Turismo de España.

f) La enseñanza y la formación turísticas que no den derecho a la obtención de un título oficial, sin perjuicio de la competencia en materia de formación profesional».

en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, sobre Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias y posteriores modificaciones, normativa actualmente derogada por la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. En el mismo se recogen diversos instrumentos, tanto de planificación territorial de naturaleza integral, como los específicos en materia turística.

En Canarias, la primera legislación que hace referencia a la materia objeto de estudio es la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, que se promulgó para dar respuesta al deterioro del tejido turístico canario, intentando paliar esta situación mediante la disposición de medidas normativas. Así, esta normativa contempla, por primera vez, el sector turístico, desde una perspectiva integral, incluyendo la regulación de la actividad, la oferta, las características de los establecimientos, las garantías y la protección del usuario turístico, promoción del destino, en nuestro caso Canarias, y las condiciones de implantación de la actividad turística (Mata, 2007).

No obstante, y a nuestro juicio, esta primera ley se caracterizó por su escaso éxito puesto que para fomentar y hacer efectiva la renovación o rehabilitación del tejido turístico maduro es necesario establecer incentivos, bien de tipo económico o urbanístico, aspectos que no incluyó dicha norma, lo que provocó su fracaso.

Posteriormente, se dicta la Ley 7/1997, de 4 de julio, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, cuyo principal objetivo es ampliar los plazos establecidos en la anterior ley para poder llevar a cabo el cumplimiento del principio de unidad de explotación (8).

Desde nuestro punto de vista, este principio es fundamental puesto que la estructura alojativa en Canarias está representada por establecimientos extra-hoteleros en el que sus propietarios son un número importante de pequeños inversores o particulares, con lo que la aplicación de este principio exige que todos los propietarios de dichos alojamientos queden sometidos a una única titularidad jurídica de la actividad de explotación.

A principios del siglo XXI, cuando ya se apreciaban claros síntomas de agotamiento y estancamiento del modelo turístico del Archipiélago, comenzaron a surgir las primeras iniciativas autonómicas para la ordenación del territorio con el fin corregir esta situación y adaptar las Islas Canarias a los nuevos

(8) Una de las novedades importantes reguladas en la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias «es el principio de unidad de explotación, esto es, la exigencia de sometimiento a una única titularidad empresarial de la actividad de explotación turística en cada establecimiento alojativo o conjunto unitario de construcciones, edificio o parte homogénea del mismo». (Exposición de Motivos de la Ley 7/1997, de 4 de julio, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias).

requerimientos de la demanda. La política que se pretendía llevar a cabo, entre otras, era mejorar la calidad de los destinos turísticos y poner coto al enorme desarrollo inmobiliario-turístico (Gallardo, 2014). Estos factores se consideraban que estaban relacionados con la menor competitividad de Canarias en el mercado turístico europeo (Parreño y Domínguez, 2011).

Con este propósito y como desarrollo del sistema de planificación territorial acordado en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, sobre Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, se planteó que la nueva política turística-territorial se debía enmarcar en una política más global. Como resultado, el Parlamento de Canarias inició la promulgación del Decreto 4/2001 de 12 de enero, por el que se acuerda la elaboración de las Directrices Generales de Ordenación y las de Ordenación Turística de Canarias. Esta normativa establece una serie de medidas cautelares que implicaban la suspensión de instrumentos de planeamiento habilitados para clasificar suelo, lo que suponía que minoraba las expectativas de otorgar licencias. De hecho, «frente a las limitaciones establecidas desde la administración para la nueva concesión de licencias, numerosos empresarios se opusieron hasta conseguir la suspensión del Decreto» (Temes, 2017: p. 232).

Posteriormente, se aprueba la Ley 6/2001, de 23 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación del Territorio y del Turismo de Canarias, más conocida como «moratoria turística», con el objetivo de regular el régimen del planeamiento y el uso del suelo.

Entre las medidas que se adoptan se encuentra la contención del crecimiento de la oferta alojativa turística, apostando por la rehabilitación o sustitución de planta alojativa obsoleta, sin aumentar su capacidad.

Así, esta normativa principalmente se dicta con el fin de reducir la oferta alojativa y, favorecer la reconversión en oferta residencial o de tipo complementario, en aras a garantizar un desarrollo sostenible y una protección del medio ambiente. Además, posibilita el crecimiento selectivo para hoteles de categorías superiores ligados a determinados equipamientos de ocio y salud. A nuestro juicio, es bastante cuestionable que esta ley apueste por aplicar medidas restrictivas para el desarrollo turístico en Canarias y, al mismo tiempo, favorezca el desarrollo turístico de hoteles de categoría superiores, buscando de una forma encubierta promocionar un destino turístico de élite.

En opinión de Socías, (2016: p. 80), opinión que compartimos, «la política turística de las Islas Canarias se ha centrado más bien en intentar frenar el crecimiento de plazas alojativas mediante una serie de disposiciones legislativas que se han dado a conocer como la moratoria turística, con el fin último de afrontar uno de los principales problemas de estas islas: la sostenibilidad natural del archipiélago. El resultado de la aplicación de esta moratoria no ha

tenido sin embargo el éxito esperado, al no haber ido acompañada de una auténtica planificación turística integrada».

La administración autonómica siguiendo este planteamiento, aprueba la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias, pretende limitar el crecimiento y aumentar la cualificación de la oferta alojativa, mediante la rehabilitación de las áreas turísticas degradadas. Por lo tanto, esta normativa es el primer paso en la configuración «de un modelo más duradero y sostenible para las islas, especialmente respetuoso con el medio ambiente y conservador de los recursos naturales, del patrimonio cultural y del territorio, pero también socialmente más equilibrado y justo, y generador de riqueza económica, que requiere de un amplio conjunto de acciones institucionales y sociales, entre las que resulta imprescindible el ejercicio de las competencias territoriales atribuidas a la Comunidad Autónoma» (Exposición de Motivos de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias). En opinión de Gallardo (2014: 13) se constituye «el máximo instrumento para la ordenación del territorio y los recursos naturales canarios».

Del estudio realizado, destacamos que pronto se visualiza que esta normativa tampoco muestra el éxito esperado debido básicamente, a diferentes cuestiones; en primer lugar, al escaso impulso dado a los instrumentos previstos en esta Ley que además se caracterizaban por tener una excesiva rigidez y burocratización, lo que no favorecía su aplicación práctica. En segundo lugar, en ese momento, el territorio canario estaba inmerso en un contexto de fuerte crisis productiva. Y, por último, la engorrosa y compleja adaptación del planeamiento al Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, sobre Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

Además, y en opinión de García (2011: p. 150), también afectó negativamente «la falta de asunción social de los principios proclamados tanto a nivel de ciudadanos como de sus representantes y gobernantes».

Como consecuencia de lo anterior, se intenta de nuevo estimular los procesos de renovación y rehabilitación de las infraestructuras y establecimientos turísticos, mediante la acción concertada entre el sector privado y la Administración; dictándose, al respecto, la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.

Esta norma de medidas urgentes aborda, tal como indica en su exposición de motivos, «la simplificación y racionalización de las actuaciones administrativas, en materia territorial y urbanística, eliminando rigideces y exigencias

innecesarias en relación con el procedimiento de las Directrices [...] y regulando los efectos del silencio administrativo».

Además, plantea un conjunto de medidas e incentivos para la renovación y mejora de la calidad de la oferta turística y del espacio público de los núcleos turísticos consolidados. Entre ellas, destacan los convenios de sustitución como herramientas incentivadoras de los establecimientos y los Planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad, como una herramienta idónea y ágil para planificar la ciudad turística, estimulando la renovación y la rehabilitación. De hecho, los planes de los núcleos turísticos de Canarias constituyen soluciones pioneras, novedosas, y singulares, en cuanto se plantean como planes ad hoc que intentan alejarse de los criterios e instrumentos de gestión marcados por las normas generales de la actividad urbanística y de las mismas pautas que rigen la ordenación de los espacios no turísticos (Simancas y Ledesma, 2016). Todo ello con el fin de mejorar e incrementar la competitividad del sector turístico, mediante acciones que reactiven la actividad económica y permitan aumentar la cualificación de la oferta.

Bajo nuestro punto de vista, dicha normativa a pesar de seguir promoviendo la renovación turística no alcanza el éxito previamente establecido, pues pasado el trienio, en 2012, las circunstancias habían cambiado notablemente, tanto en la situación socioeconómica como en cuanto al marco normativo, ya que se produjo una profunda transformación en la intervención administrativa. Esta situación requería de un análisis profundo y una amplia participación de los sectores afectados y de la ciudadanía en general para definir la forma en que ha de ordenarse la principal de las actividades económicas del archipiélago. Por ello, ampliaron el tiempo de reflexión, promulgando la Ley 2/2012, de 8 de mayo, de ampliación temporal de la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.

En este sentido, la administración pública no cesa en su empeño por promover la renovación y rehabilitación turística, por lo que promulga la Ley 2/2013, 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias cuyo objetivo, tal y como expone en su primer artículo, es «impulsar la renovación y modernización de urbanizaciones, núcleos e instalaciones turísticas obsoletas, así como las de los productos turísticos [...] y regular el régimen de autorizaciones administrativas de los establecimientos turísticos y la normativa aplicable a la ordenación de los diferentes productos turísticos».

Esta ley, según Santos, Simancas y Hernández (2013: p. 15), «contempla incentivos dirigidos a hacer atractivas las operaciones de renovación que trasciendan la mera rehabilitación de los alojamientos turísticos [...] y plantea mecanismos dirigidos a fomentar y hacer visible económicamente los procesos de sustituciones de tales establecimientos».

Por tanto, se requiere una coordinación pública que venga acompañada de incentivos y estímulos por lo que la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias ajusta la gama de incentivos que preveía las leyes anteriores, con el fin de animar y facilitar la rehabilitación de sus establecimientos, de tal forma que «a los incentivos en materia de plazas adicionales se añaden los de incrementos en la edificabilidad y la tolerancia del cumplimiento matizado de los estándares de densidad de parcela a los establecimientos que ahora procedan a la renovación, además de la posibilidad de aplicar incentivos de carácter económico. En lo concerniente a los derechos a nuevas plazas que no se materialicen en la propia parcela, se regula el régimen de autorizaciones con mayor precisión y se posibilita el acceso al Registro General Turístico, en una sección específica, de los derechos a las plazas turísticas adicionales no utilizadas en la parcela objeto de renovación o sustitución, con lo cual se garantiza la publicidad y la seguridad jurídica, además de constituir una posible fuente de ingresos a añadir a los incentivos previstos» (Exposición de Motivos de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias). Tales incentivos se diferencian en incentivos de edificabilidad e incentivos en plazas adicionales, mostrando, a modo de resumen, la tabla 2 los aspectos más destacables.

Tabla 2. Incentivos públicos a la renovación turística.

Incentivos en edificabilidad	En materia de edificabilidad	Establecimiento que se renueva con incremento de categoría.
		Establecimiento que se renueva por eficiencia energética.
		Establecimiento que se renueva por incrementar categoría a 5 estrellas-lujo.
		Establecimiento que se renueva por reducir la huella de carbono.
	En materia de densidad	Establecimientos con un estándar igual a 60 m ² /plaza.
		Establecimientos con un estándar actual entre 50 y 60 m ² .
Establecimientos con un estándar inferior a 50 m ² /plaza.		
Incentivos en forma de plazas adicionales	Incentivos por renovar e incrementar de categoría.	
	Incentivos de plazas por sustitución y traslado de establecimientos de alojamiento.	

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias.

Como se ha puesto de manifiesto, es indudable «que la renovación y modernización turística es un desafío que demanda desde hace años parte de la planta alojativa canaria y en la que está comprometida la competitividad y rentabilidad del principal sector económico canario» (Rodríguez, 2014: p. 2). Por lo que el Gobierno de Canarias en su empeño por respaldar una renovación turística eficaz y solvente elaboró, en 2014, la Memoria de Evaluación de la Ley 2/2013 de Renovación y Modernización Turística de Canarias, en la que se evaluó la marcha de las nuevas medidas y su repercusión sobre el sector turístico.

En dicha memoria se detectaron las dificultades que había generado la aplicación práctica de la Ley 2/2013 de Renovación y Modernización Turística de Canarias. Entre otras cuestiones, se señala que, prácticamente, era imposible obtener los incentivos públicos a la renovación turística; de hecho, la redacción de los artículos de la citada ley que regulan los incentivos a la edificabilidad impedía su efectiva aplicación pues, habitualmente, era inviable la obtención de los mismos. Además, se ponen de manifiesto importantes dificultades en torno a la gestión y redacción de los planes modernización, mejora e incremento de la competitividad. Por lo que, con el ánimo de solventar los problemas detectados por el gobierno autonómico se promulga la Ley 9/2015, de 27 de abril, de modificación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias y de otras leyes relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, y asimismo de la Ley 4/2014, de 26 de junio, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias.

A fin de sistematizar los principales hitos legislativos en materia de rehabilitación turística canaria, la tabla 3 muestra la efectividad y las dificultades, más relevantes a nuestro juicio, encontradas en su aplicación.

Tabla 3. Principales hitos legislativos en materia de rehabilitación turística canaria.

Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias	<ul style="list-style-type: none"> — Promueve paliar el deterioro del tejido turístico canario — Su éxito fue prácticamente nulo
Ley 7/1997, de 4 de julio, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias	Cumplimiento del principio de unidad de explotación
Ley 6/2001, de 23 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación del Territorio y del Turismo de Canarias	<ul style="list-style-type: none"> — Contiene la oferta alojativa turística, «moratoria turística» — Promueve un crecimiento selectivo para hoteles de categoría superior — Escasa planificación turística integrada

VALORANDO POLÍTICAS PÚBLICAS DE RENOVACIÓN EN ÁREAS TURÍSTICAS MADURAS

<p>Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Limita el crecimiento turístico e incrementa la cualificación de la oferta alojativa – Excesiva burocratización en los procedimientos – Compleja adaptación al Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, sobre Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias
<p>Ley 6/2009, de 6 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Simplifica las actuaciones administrativas – Elimina las rigideces del procedimiento de las Directrices de Ordenación General – Establece incentivos para la renovación en los núcleos turísticos consolidados
<p>Ley 2/2012, de 8 de mayo, de ampliación temporal de la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Cambia la situación económica – Se requiere un análisis profundo de la situación, ampliando temporalmente la anterior ley
<p>Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Impulsa la renovación turística – Amplía la gama de incentivos de las leyes anteriores – Visibiliza económicamente los procesos de renovación – Presenta dificultades para obtener los incentivos propuestos – Se detectan problemas en la gestión de los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad
<p>Ley 9/2015, de 27 de abril, de modificación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias y de otras leyes relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, y asimismo de la Ley 4/2014, de 26 de junio, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Solventa las dificultades para obtener los incentivos establecidos – Incorpora los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad al sistema de planeamiento de Canarias – Elimina los problemas detectados en la redacción de los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad – Establece una nueva redacción legislativa para fomentar de forma más efectiva la renovación turística – Amplía los plazos de ejecución

Fuente: Elaboración propia.

Como ya expusimos anteriormente, el legislador canario ha apostado por promover un crecimiento limitativo o restrictivo acorde a una política de contención que permita proteger el medio ambiente y la ordenación territorial y urbana. Sin embargo, al mismo tiempo ha favorecido el desarrollo de establecimientos con una alta categoría (9) (cinco estrellas o categoría superior) basándose en que dichos establecimientos protegen de una forma más eficiente el medio ambiente pues se rigen por parámetros de eficiencia energética, disminución en el consumo de agua y además señalan, desde una vertiente totalmente económica, que la rentabilidad alcanzada por los mismos es considerablemente alta.

Con este escenario, se dicta la Sentencia del Tribunal Constitucional 209/2015, de 8 de octubre de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 1133-2014. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con los apartados a) y c) del artículo 4.2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias. Competencias sobre ordenación general de la economía, ordenación del territorio y del litoral, turismo, urbanismo y vivienda: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos al régimen de autorizaciones administrativas previas para plazas de alojamiento turístico en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife.

Dicha sentencia, y a pesar que el legislador canario, en tanto se dictaba dicha sentencia, había cambiado la redacción del citado artículo (10), deter-

(9) Estas categorías son favorecidas en aplicación del artículo 4.2. a) y c) de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias puesto que «solo serán otorgadas autorizaciones previas para plazas de alojamiento turístico en Lanzarote, Fuerteventura, Gran Canaria y Tenerife, como requisito necesario para las consiguientes licencias urbanísticas, cuando tengan por objeto la nueva implantación de establecimientos alojativos en los siguientes casos:

a) Establecimientos hoteleros y también extrahoteleros, en este último supuesto cuando el planeamiento territorial no los prohíba expresamente, que deberán cumplir unos estándares de calidad edificatoria y del servicio ofrecido que garanticen el mínimo impacto medioambiental en términos de, al menos, ahorro de agua, contaminación acústica y lumínica y de gestión de residuos, y reunir las condiciones de densidad, equipamiento, infraestructuras y servicios establecidas reglamentariamente para configurar un modelo de excelencia y ecoeficiencia, así como para obtener certificaciones de calidad y gestión medioambiental turística y de máxima eficiencia energética».

c) Los establecimientos hoteleros de cinco estrellas o categorías superiores y también los extrahoteleros, en este último supuesto cuando el planeamiento territorial no los prohíba expresamente, de cinco estrellas o categoría superior».

(10) La Ley 9/2015, de 27 de abril, de modificación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias y de otras leyes relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, y asimismo de la Ley 4/2014, de 26 de junio, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias, dispone una nueva redacción para el artículo 4.2., determinando que: a) «Los establecimientos hoteleros y también extrahoteleros, en este último supuesto

mina que «el objetivo de potenciar la calidad de los establecimientos turísticos de Canarias, fomentando aquellos que se consideran integrados en los niveles más altos de excelencia vulnera la norma básica legítimamente establecida por el Estado al amparo del art. 149.1.13 CE (11) al utilizar un criterio de naturaleza económica relacionado con la clasificación de los establecimientos como determinante para la concesión de la autorización para el ejercicio de una actividad de servicios».

Así, los apartados relativos a los apartamentos de cinco estrellas o superior, expuestos en la normativa canaria, concretamente los artículos citados, son inconstitucionales y, por tanto, declarados nulos.

Como hemos señalado, no son pocas las normativas que se han promulgado en Canarias para promover la rehabilitación turística, intentando la administración pública detectar los problemas que impedían su aplicación efectiva y reconduciendo la situación en sucesivas normativas, con el objeto de impulsar la renovación turística de las zonas maduras, pues esta actividad constituye el principal sustento económico del archipiélago.

En este contexto y en el marco de esta trayectoria resulta de especial interés analizar los planes de recualificación de destinos maduros realizados a nivel local, en concreto en Gran Canaria, en el municipio de San Bartolomé de Tirajana, con el objetivo de evaluar sus resultados, así como las principales barreras encontradas en su aplicación práctica.

cuando el planeamiento territorial no los prohíba expresamente, que deberán cumplir unos estándares de calidad edificatoria y del servicio ofrecido que garanticen el mínimo impacto medioambiental en términos de, al menos, ahorro de agua, contaminación acústica y lumínica y de gestión de residuos, y reunir las condiciones de densidad, equipamiento, infraestructuras y servicios establecidas reglamentariamente para configurar un modelo de excelencia y ecoeficiencia, así como para obtener certificaciones de calidad y gestión medioambiental turística y de máxima eficiencia energética.

c) Los establecimientos hoteleros de cinco estrellas o categorías superiores y también los extrahoteleros, en este último supuesto cuando el planeamiento territorial no los prohíba expresamente, de cinco estrellas o categoría superior.

Se incorpora en el artículo 4.2 un último párrafo con el siguiente contenido:

En el marco de la estrategia de empleo de Canarias, los establecimientos hoteleros descritos en los apartados a) y c) de este precepto, deberán acreditar la previa suscripción con los servicios de empleo del Gobierno de Canarias de un convenio para la formación continua de su personal y colaborar en la formación de desempleados para la incorporación —en su caso— a las plantillas adecuadas a la calidad del establecimiento».

(11) Este artículo hace referencia a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

IV. LA REHABILITACIÓN TURÍSTICA EN CANARIAS: REALIDAD O QUIMERA

El sur de Gran Canaria, San Bartolomé de Tirajana y Mogán constituyen el centro turístico más importante de Canarias recibiendo, en 2018, 3.931.217 de turistas, lo que representa una cuota del 87,17% el total de los turistas que llegan a la isla al año, correspondiendo el 63%, a las tres zonas turísticas del municipio de San Bartolomé de Tirajana: San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas (Patronato de Turismo de Gran Canaria, 2018).

A pesar de haberse convertido en el motor económico de la isla, debido a la antigüedad de las edificaciones ubicadas en estos enclaves, se evidencia un significativo nivel de obsolescencia, tanto de los espacios privados, como de los públicos, lo que, como hemos manifestado, ha propiciado la intervención de las Administraciones Públicas para paliar sus efectos negativos.

En opinión de Santos, Simancas y Hernández (2013) en Canarias existen zonas turísticas maduras, que requieren ser renovadas en su conjunto, pues tal como indican el 81% de los establecimientos alojativos identificados en las islas consolidadas turísticamente se edificaron con anterioridad a 1995. Centrándonos en la zona objeto de estudio, y en virtud del análisis realizado por Cáceres y Palop (2007) en Playa del Inglés, el 71% de los establecimientos turísticos tenían una antigüedad superior a 25 años.

Atendiendo a la necesidad de cambio, a partir del año 2001 el Gobierno de Canarias, a través de la Dirección General de Infraestructura Turística, comenzó a incorporar diferentes planes, tales como el Plan de Infraestructuras y Calidad Turística de Canarias para el periodo 2001-2006 y el Plan de Choque de Zonas Turísticas 2006-2011. Con ellos se pretendía llevar a cabo proyectos de obras para mejorar y rehabilitar las infraestructuras básicas; atender a la localización y visibilidad de elementos singulares para el turista; recuperar el paisaje ordinario; así como dar identidad a los destinos, mediante la puesta en valor de los elementos patrimoniales.

Estas actuaciones, inicialmente, no tuvieron mucho éxito y, en concreto, en el municipio de San Bartolomé de Tirajana se limitó a la realización de algunas obras de rehabilitación en el espacio público que, en opinión de Simancas, de Souza y Núñez (2010) tenían más bien un carácter paliativo o de maquillaje. No obstante, a partir del Acuerdo por la Competitividad y la Calidad del Turismo en Canarias 2008-2020 esta dinámica comenzó a cambiar, articulándose la actual estrategia de ordenación del turismo en Canarias, en torno a la renovación urbana y edificatoria de áreas y alojamientos turísticos susceptibles de ser calificados como obsoletos (Santos, Simancas y Hernández, 2013).

Dicho Acuerdo por la Competitividad y la Calidad del Turismo en Canarias 2008-2020 que fue suscrito por el Gobierno de Canarias, los Cabildos

Insulares, la Federación Canaria de Municipios (FECAM), las organizaciones empresariales y las Cámaras de Comercio, contiene un conjunto de medidas que persiguen alcanzar un modelo de desarrollo más sostenible y duradero para el archipiélago.

También es preciso mencionar el Plan de Infraestructuras Turísticas de Canarias (2017-2020) que se configura como un plan estratégico cuyos objetivos básicos son: «dotar a las infraestructuras que deben servir de soporte al desarrollo de productos turísticos de una verdadera dimensión turística y territorial y generar un proceso participativo de diagnóstico de los déficits de infraestructuras turísticas y de definición de las prioridades a través de la implicación activa de los actores claves (técnicos, responsables públicos y sociedad civil organizada)» (Bases metodológicas para la elaboración del Plan de Infraestructuras de Canarias 2017-2020).

Así, creemos conveniente analizar, en este trabajo, las diferentes estrategias y planes más significativos que se han promulgado en el municipio de San Bartolomé de Tirajana (Playa del Inglés, San Agustín y Maspalomas), con el fin de rehabilitar y renovar dicha zona, poniendo de manifiesto si tales estrategias han alcanzado los propósitos para las que fueron diseñadas, sabiendo que, actualmente, el Gobierno de Canarias (2019) está trabajando en el Plan Estratégico para el Turismo 2018-2025 donde se pretende que el territorio y su sostenibilidad dejen de ser un objetivo para convertirse en un elemento identitario de futuro del archipiélago canario.

1. Plan de Rehabilitación Turística de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas (Gran Canaria)

De las líneas de actuación llevadas a cabo por la administración pública para renovar las zonas turísticas maduras surge el convenio de colaboración firmado «entre el Instituto de Turismo de España, la Comunidad Autónoma de Canarias, el Cabildo Insular de Gran Canaria y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para la rehabilitación de las infraestructuras turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas» (12), con el fin de efectuar un conjunto de actuaciones necesarias, en régimen de cooperación interadministrativa, en estos tres principales enclaves y la dotación de infraestructuras ineludibles para ello, a través de los instrumentos previstos en las leyes, incluidos los propios de la ordenación y planificación de los recursos naturales, territorial y urbanística.

(12) Resolución de 23 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Turismo, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Instituto de Turismo de España, la Comunidad Autónoma de Canarias, el Cabildo Insular de Gran Canaria y el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana para la Rehabilitación de las Infraestructuras Turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas. (Convenio de Colaboración, 2009).

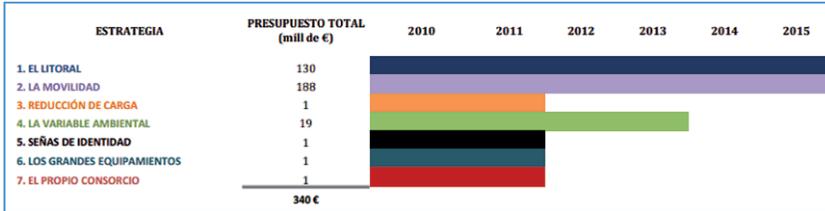
En dicho convenio, las administraciones se comprometen a la aprobación, en el plazo de seis meses, de un Plan para la Rehabilitación de las Infraestructuras Turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas (PRITSBT, 2009) y a la constitución de un consorcio urbanístico cuyo objetivo es «dar cumplimiento de todas aquellas decisiones de naturaleza territorial-urbanística que precise la ejecución del Plan para la rehabilitación de las infraestructuras turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas, incluidas las relativas a la formulación de la nueva ordenación del ámbito afectado y la ejecución y promoción de actuaciones urbanísticas y las obras de infraestructura y nuevos equipamientos y, en su caso, su gestión» (PRITSBT, 2009: cláusula 2.2).

El PRITSBT, 2009 nace en el marco del Programa de recualificación de destinos turísticos maduros, enmarcado en el Plan de Turismo Español Horizonte 2020 y el Plan del Turismo Español 2008-2012. Este documento se configura como un plan sectorial estratégico para llevar a cabo una serie de actuaciones imprescindibles en el contexto de la renovación y rehabilitación de infraestructuras de estas zonas que requerían una dedicación prioritaria. Es gestionado a través del Consorcio para la Rehabilitación Turística del Sur de Gran Canaria, al que le compete la gestión integral de las zonas públicas a rehabilitar y que ha contado con un importante presupuesto para lograr los objetivos previstos, operando conjuntamente con el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria (PIOGC) y con el Plan Territorial Parcial para la Regeneración y Estructuración del Espacio Consolidado de Playa del Inglés (PTP8) y el Plan Territorial Parcial para la Ordenación del Espacio entre la GC-1 y la GC-500 en San Bartolomé de Tirajana (PTP9) (Lobeira, 2012).

El plan de rehabilitación turística analizado plantea siete estrategias de actuación con su correspondiente planificación temporal, siendo las estrategias: el litoral, la movilidad, la reducción de la carga, la variable ambiental y el cambio climático, las señas de identidad, los grandes equipamientos y el propio consorcio como estrategia, no superando en ningún caso el horizonte temporal de 2015.

Para llevar a cabo todas las actuaciones previstas en el Plan de Rehabilitación Turística de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas se estimó un presupuesto total de 340 millones de euros, correspondiendo el 49% a otras administraciones públicas, el 39% a la iniciativa privada y el 12% al Ministerio de Medio Ambiente (Convenio de Colaboración, 2009). Cabe destacar que su distribución no fue equitativa, puesto que a las estrategias de movilidad y del litoral se les asignó un mayor presupuesto (véase figura 1), acumulando entre las dos el 93,53% del total.

Los recursos económicos disponibles para llevar a cabo dichas actuaciones son: «las aportaciones de sus miembros (administraciones); los rendimientos de las actividades del Consorcio [...]; las ventas o productos obtenidos por

Figura 1. Estrategia, presupuesto y horizonte temporal.

Fuente: Plan para la Rehabilitación de las Infraestructuras Turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas, 2009.

la gestión de su patrimonio; las enajenaciones de bienes del patrimonio del Consorcio o de los bienes de sus miembros adscritos al consorcio para el cumplimiento de sus fines [...], las participaciones o los ingresos que procedan de convenios o concertos con Administraciones, empresas y, Entidades Públicas o con particulares [...]; las subvenciones, ayudas o créditos que se obtengan; los provenientes de tasas e impuestos por licencias delegadas por el Ayuntamiento u otras instituciones [...]; y cualesquiera otros ingresos no previstos en los apartados anteriores» (Convenio de Colaboración, 2009, cláusula 6.1).

Debemos resaltar que, a pesar de haber aprobado inicialmente un relevante presupuesto, para las administraciones públicas, el importe finalmente aportado ascendió a 5.800.000 euros. Las aportaciones que corresponden al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (35% del total) y a la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias (34%) tenían como destino la financiación parcial de los gastos de las inversiones derivadas de la ejecución del Plan. En cambio, las que corresponden al Cabildo de Gran Canaria (26%) y al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana (5%) debían cubrir el resto de los gastos originados por la ejecución del mencionado Plan, así como la totalidad de los gastos de funcionamiento del Consorcio (Convenio de Colaboración, 2009, cláusula 5.5).

Con el ánimo de verificar si los objetivos propuestos en los convenios firmados y en los planes de actuación señalados se han cumplido, analizamos cuáles son los problemas más relevantes, destacando ciertas dificultades en su implantación debido, tanto al ámbito económico como al político.

Con respecto al ámbito político, destacamos los siguientes aspectos:

- ✓ Recelo de las administraciones a transferir o delegar competencias, cuya titularidad y ejercicio significa un poder independiente (Arias y Ascano, 2015).
- ✓ Descoordinación entre las administraciones públicas. Un ejemplo de ello, es que cuando el Consorcio pretende iniciar las obras de una

rotonda, se encontró con que ya se habían ejecutado hacía años, pero estaban ocultas por hierbas y arbustos (Montesdeoca, 2014).

- ✓ Contratación de la redacción del Plan Director sin publicidad, ocasionando que el grupo de Coalición Canaria presentara una proposición no de ley en el Parlamento canario a fin de demandar a las administraciones que adoptaran medidas para el correcto funcionamiento del consorcio (Rodríguez y Such, 2014).
- ✓ Inconvenientes para implicar al sector privado, así como desacuerdos en cuanto a prioridades u objetivos (Canalis, 2010). Asimismo, la proposición de algunas ideas, ocasionaron polémica como la de construir un funicular cuyo recorrido se realizaría sobre las dunas o un puerto deportivo junto al Faro de Maspalomas (Rodríguez y Such, 2014).
- ✓ Retraso en la aprobación del PTP8 y PTP9, produciéndose la aprobación provisional a finales de 2012 y principios de 2014, respectivamente (Rodríguez y Such, 2014).
- ✓ Gerentes que se nombran acordes con la ideología del partido político que ostenta el poder en cada momento (Garzón, 2012). En un periodo de tres años el cargo fue ocupado por tres gerentes diferentes.

En el ámbito económico, el principal inconveniente fue que justo en 2008, año en que se suscribe el convenio, comienza la crisis, afectando de este modo a las líneas de financiación tanto públicas como privadas. Ante esta situación, durante la vigencia del convenio se firmaron dos adendas, en las cuales las administraciones públicas se comprometían a hacer aportaciones adicionales, debido a la gran diferencia entre el presupuesto previsto para realizar todas las actuaciones (340 millones de euros) y los recursos realmente aportados por las administraciones competentes (5 millones ochocientos mil euros). La primera adenda se firmó en 2009 (Resolución de 3 de febrero de 2010, de la Secretaría de Estado de Turismo, por la que se publica la Adenda nº 1 al Convenio de colaboración, 2009), ascendiendo a un total de 3.089.400 euros y, la segunda, se suscribió en 2010 (Resolución de 17 de marzo de 2011, de la Secretaria General de Turismo y Comercio Interior, por la que se publica la Adenda nº 2 al Convenio de colaboración, 2009), con un montante de 3.450.000 euros. Finalmente, la cantidad con la que contaba el consorcio ascendía a 12.339.400 euros aportada por las distintas administraciones mencionadas, importe claramente insuficiente para todos los objetivos marcados.

Cabe resaltar que, en la cláusula 7.1 del citado convenio de colaboración se establecía que «estaría en vigor hasta la conclusión de las actuaciones previstas en el PRIT, o en todo caso, antes del 31 de diciembre de 2011 [...]». No obstante, esto fue objeto de dos prórrogas, la primera en 2012 prolon-

gando el período de ejecución y justificación de las actuaciones hasta 31 de diciembre de 2013, ya que hasta el 15 de mayo de 2012, solo se habían ejecutado actuaciones por importe de 6.358.867,57 euros (Resolución de 15 de mayo de 2012, que prorroga el período de ejecución y justificación de actuaciones del Consorcio urbanístico para la rehabilitación de las zonas turísticas de San Agustín, Playa del Inglés y Maspalomas), del cual sólo el 38% se ejecutaron en obras y un 17% se comprometen para la ejecución de obras (Arias y Ascanio, 2015).

El Consorcio solicitó, a finales de 2013, la segunda prórroga para ampliar el plazo de ejecución y justificación del resto de actuaciones financiadas con cargo a la Adenda 2009 y Adenda 2010, hasta el día 30 de junio de 2014, alegando las razones que hicieron imposible la ejecución, antes del 31 de diciembre, de todas las actuaciones propuestas (Resolución de 28 de marzo de 2014, que prorroga el periodo de ejecución y justificación de actuaciones del Consorcio Urbanístico). Entre las razones expuestas se encuentran:

- ✓ Necesidad de retrasar la contratación de algunas obras.
- ✓ Período de tiempo necesario para obtener las preceptivas autorizaciones de los organismos de Costas y del Consorcio Insular de Aguas.
- ✓ Incidentes provocados por la situación de las empresas adjudicatarias que han retrasado la puesta en marcha de tres de las actuaciones propuestas.

Es importante resaltar que, en opinión de Garzón (2012), el consorcio ha llevado a cabo más proyectos de mantenimiento (renovar infraestructuras o servicios sin readaptarlos a otros fines, como por ejemplo cambio de hamacas, baldosas en mal estado etc.) que proyectos de rehabilitación (adaptar las infraestructuras a las necesidades turísticas actuales, como por ejemplo la adaptación de dos p rkings que aumentaron la movilidad del turista).

Por tanto, los resultados han demostrado que ha sido inviable acometer actuaciones de mayor envergadura y complejidad, un ejemplo de ello es que no se pudo realizar renovaciones en los centros comerciales. Esto se debe principalmente a discrepancias políticas dentro del consorcio, el escueto presupuesto con el que disponían y al estrecho horizonte temporal que se asignó para dichas inversiones, considerando un periodo de tiempo insuficiente para emprender actuaciones de esta naturaleza (Rodríguez y Such, 2014).

La conclusión que hemos obtenido es que no se alcanzó, en cierto modo, porque no existe una concentración en el poder decisorio sobre temas de rehabilitación en la zona turística puesto que la planta alojativa a renovar no pertenece a un solo ente o propietario, lo que dificulta poder ejecutar con rapidez los grandes proyectos porque es preciso aglutinar las facultades decisorias de las diferentes administraciones públicas que lo conforman junto con

los agentes privados. Además, no todos los propietarios pueden afrontar una renovación pues no disponen de recursos suficientes para ello.

Un claro ejemplo de ello es el trabajo conjunto de las diferentes instituciones implicadas, probablemente por cuestiones netamente políticas, provocó que los procesos se ralentizaran e incluso se impidieran por la falta de consenso, hasta el extremo de que a finales del 2012 se estuvo a punto de perder el 50% de los fondos por no haberlos ejecutado (Garzón, 2014).

A nuestro juicio, se establecieron mecanismos e instrumentos económicos y de gestión para que se pudiera llevar a cabo el plan de rehabilitación en la zona objeto de estudio, pero los hechos demuestran que la financiación ha sido insuficiente, que la participación de múltiples agentes (administración pública, empresas promotoras, propietarios particulares) ralentizan el proceso pues la burocratización de la administración es considerable, realizándose en la mayoría de los casos un embellecimiento de la zona a rehabilitar en lugar de acometer una verdadera renovación turística.

En vista de esta situación, el problema de la pérdida de calidad del espacio turístico quedaba sujeto al desarrollo de otros instrumentos como el Plan de Modernización, Mejora e incremento de la competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana Maspalomas Costa Canaria.

2. Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana. Maspalomas Costa Canaria (Gran Canaria)

El Plan de Modernización, Mejora e Incremento de la Competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana, Maspalomas. Costa Canaria (PMM, 2012) nace con el fin de definir un modelo turístico de destino y ofrecer cobertura a las actuaciones públicas y privadas de sustitución, rehabilitación y remodelación tanto de la planta alojativa como de infraestructura turística, a través de la delimitación de actuaciones de transformación urbanística, que permitieran cumplir con el objetivo de renovación turística del sur de Gran Canaria recogido en el Decreto 90/2012, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana Maspalomas Costa Canaria (Decreto 90/12).

El PMM, 2012 se elabora en el marco de la Ley 6/2009, de Medidas Urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo, como medidas e incentivos para la renovación de las infraestructuras turísticas, que en su artículo 15 «contempla una tramitación abreviada para los planes o programas específicos de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector, cuando sus actuaciones no estén

previstas en el planeamiento», siendo este el caso del plan de modernización del municipio de San Bartolomé de Tirajana.

Es de señalar, desde el punto de vista legal, que es preciso «la inclusión de los planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad turística (13), en el sistema de planeamiento de Canarias como instrumentos urbanísticos, ampliando sus competencias y asimilándolas, casi por completo, a las de los planes generales de ordenación, para sus concretos ámbitos de actuación, así como la definición de los deberes, fundamentales en el proceso emprendido, de atenerse al uso turístico, y de renovación y rehabilitación edificatoria» (Preámbulo, Ley 9/2015 de 27 de abril, de modificación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias y de otras leyes relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, y asimismo de la Ley 4/2014, de 26 de junio, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias).

Por tanto, los planes estudiados «se plantean como los marcos integrados, organizativos, ejecutivos y complementarios de los instrumentos de desarrollo del planeamiento urbanístico aprobados o en formulación [...]. Desde este punto de vista, suponen unos instrumentos extraordinarios que ponen de manifiesto la ineficacia de la legislación en esta materia y de los planes convencionales y procedimientos ordinarios» (Simancas y Ledesma, 2016: p. 341).

Dicho plan (14) se basa en dos líneas de actuación: la rehabilitación de espacio público y la renovación de los establecimientos turísticos y de sus complementarios. La redacción de este fue encargada a la empresa, dependiente del Gobierno de Canarias, Gestión y Planeamiento Territorial y Medioambiental.

(13) Estos planes «son instrumentos de ordenación urbanística que complementan y, en su caso, sustituyen a las determinaciones urbanísticas vigentes, estableciendo la ordenación completa de su área de intervención, con objeto de viabilizar la renovación urbana y edificatoria en los términos señalados en esta ley, sin posibilidad de clasificar o reclasificar suelo, si no existe acuerdo municipal previo que lo permita. Cuando el área de intervención incluya o alcance a un conjunto histórico, el plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad podrá ordenar el citado espacio, en parte o en su totalidad, en cuanto sea necesario, conciliando la renovación con la conservación de los valores culturales, con informe preceptivo del cabildo insular y con sujeción a los límites sustantivos que establece la Ley de Patrimonio Histórico de Canarias. En su caso, el plan especial de protección que se elabore posteriormente deberá incorporar las determinaciones que hubiera establecido el plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad» (artículo 7.1. de la Ley 9/2015 de 27 de abril, de modificación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Renovación y Modernización Turística de Canarias y de otras leyes relativas a la ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, y asimismo de la Ley 4/2014, de 26 de junio, por la que se modifica la regulación del arbitrio sobre importaciones y entregas de mercancías en las Islas Canarias).

(14) Queda integrado por los siguientes documentos: Tomo I. Memoria, Tomo II. Normativa — Fichero urbanístico, Tomo III. Planos, Tomo IV: Informe de Sostenibilidad Ambiental, Tomo V: Memoria Ambiental y Tomo VI: Estudio Económico.

La rehabilitación de espacio público contiene «una serie de propuestas de renovación y mejora del espacio público que se concretan en actuaciones dirigidas a reinterpretar y reorientar la función de determinados espacios dentro de la trama de la ciudad turística, principalmente las calles, los espacios libres públicos y diversas áreas de oportunidad» (Decreto 90/12, Tomo I: Memoria). En el plan objeto de estudio se incluye una serie de intervenciones que son extrapolables a otras de iguales características dentro del ámbito de actuación. Además, se organiza en base a tres grandes sistemas (Decreto 90/12, Tomo VI: Estudio económico):

- ✓ Sistema Verde (SV): red de conexión de espacios libres públicos para el uso y disfrute del turista, potenciando las calles.
- ✓ Sistema de Actividad (SA): dotación de «anillos» en torno a los centros comerciales y zonas comerciales abiertas, conectando la actividad comercial con el resto de la actividad complementaria.
- ✓ Sistema Costero (SC): potenciar el uso y disfrute del litoral, creando una continuidad y mejorando las conexiones a la playa y creando espacios de esparcimiento y ocio en la costa.

Para llevar a cabo de dichas actuaciones se establece una programación, en el que se priorizan en tres plazos de cuatro años cada uno (corto plazo, medio plazo y largo plazo), con un horizonte temporal de 12 años. Para ello, se estima un coste total de 108.819.687 euros, tal y como se observa en la tabla 4, siendo el sistema verde el que mayor porcentaje ocupa (47,97%) y el medio y largo plazo los que acaparan el mayor importe de las inversiones.

Tabla 4. Presupuesto estimado de las intervenciones públicas.

	SV	SA	SC	Residuos	TOTAL	
Corto plazo	4.354.528	7.622.950	1.722.251	228.328	13.928.057	12,80%
Medio plazo	22.684.568	14.288.754	22.710.898	1.185.302	60.869.522	55,94%
Largo plazo	25.164.725	6.531.945	1.721.514	603.923	34.022.107	31,26%
TOTAL	52.203.821	28.443.649	26.154.663	2.017.553	108.819.686	100,00%
%	47,97%	26,14%	24,03%	1,85%	100,00%	

Fuente: Decreto 90/2012, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de modernización, mejora e incremento de la competitividad del sector turístico de San Bartolomé de Tirajana Maspalomas Costa Canaria. Tomo VI: Estudio económico.

Como ha quedado patente en este trabajo, no se han cumplido los objetivos propuestos para la rehabilitación en el destino turístico maduro, San Bartolomé de Tirajana, pues la implantación de mecanismos o medidas incen-

tivadoras no ha sido la más acertada y eficiente, opinión que comparte la administración pública pues determina que, como ya pusimos de manifiesto anteriormente, existen dificultades relacionadas con la redacción de dichos planes de modernización.

En opinión de García (2013: p. 30) «los Planes de modernización, mejora e incremento de la competitividad se posicionan como un «campo de pruebas», [...], apostando por una planificación de «abajo hacia arriba», con la participación de un mayor número de actores, públicos y privados, [...] para poder desarrollar una rehabilitación integral de las áreas turísticas consolidadas».

En cuanto a los plazos de ejecución del PMM, 2012, es importante resaltar que los empresarios solo podían presentar la solicitud de licencia en el plazo de un año desde la entrada en vigor del plan, esto conlleva que, inicialmente, se tardara bastante tiempo, razón por lo que el PMM estuviera paralizado. En opinión de Simancas y Ledesma (2016: p. 347) y en la medida que «deben intervenir los propietarios de los inmuebles y los operadores turísticos, junto al correspondiente Ayuntamiento, el Cabildo Insular y el Gobierno de Canarias, se están produciendo complejos procesos de concertación. Estos son los que, en la práctica, están dilatando en el tiempo la aprobación definitiva de los PMM, con el consiguiente retraso considerable en su implementación, lo cual resulta incoherente con lo pretendido con los mismos».

El Centro Atlántico de Pensamiento Estratégico (CATPE) elaboró el II Informe CATPE sobre la competitividad turística de Canarias. Propuestas para encauzar el equilibrio económico social-medioambiental del Archipiélago Canario, 2016, estudio que detecta los principales problemas y barreras a los que se ha enfrentado el sector turístico para llevar a cabo la rehabilitación de su planta alojativa, poniendo de manifiesto que uno de los graves problemas era no poder acceder a las agilizaciónes de los trámites burocráticos que conlleva estar incluidos en este plan, teniendo que «recorrer los procesos administrativos normales, los cuales muchas veces son tan largos que pueden llegar a disuadir al empresario de rehabilitar» (CATPE, 2016). Conforme a la Memoria de Evaluación de la Ley 2/2013 de renovación y modernización turística de Canarias emitida por el Gobierno de Canarias (2014), en el municipio de San Bartolomé de Tirajana hasta junio de 2014, se habían presentado solicitudes de licencias para un total de 40 proyectos, de los cuales 6 obtuvieron informe municipal negativo, se concedieron 18 licencias y se estaban tramitando 16 expedientes más. En febrero de 2015, había 35 proyectos ejecutados o con solicitud de licencia, suponiendo una inversión en los establecimientos de 223.480.960 euros aproximadamente y con una inversión prevista en el espacio público de 108.819.686 euros, información disponible hasta el momento.

Es de señalar que pocos establecimientos han hecho rehabilitaciones integrales, centrándose en operaciones de embellecimiento como mejorar la

fachada del establecimiento. Además, el Centro Atlántico de Pensamiento Estratégico, 2016 alega que muchos establecimientos se han rehabilitado por estar en la estrategia global de la cadena y no por los incentivos que ofrece la ley (15). Aun siendo positivas las medidas establecidas, debe profundizarse más en la línea de hacer posible su aplicación, pues en ocasiones no responde a la realidad de los casos existentes en el archipiélago (Ramón y Temes, 2014; Simancas, 2015).

En definitiva, la viabilidad de los planes de modernización analizados «resulta de una elevada complejidad para los establecimientos extra hoteleros, reduciéndose prácticamente a los de un único propietario. Ello se debe a que, aunque la explotación de tales alojamientos se produce de manera coordinada y concentrada en una única titularidad empresarial bajo el principio de unidad de explotación, la atomización y dispersión de su propiedad determina que sus múltiples titulares no sólo se comporten de manera similar a microcapilistas (Santana, 2005), que siguen la generalizada racionalidad empresarial empeñada en la máxima rentabilidad a corto plazo, sino también como una suma de distintas decisiones e intereses, en su mayoría contrapuestas e individuales» (Simancas y Ledesma, 2016: p. 348).

Bajo nuestro punto de vista, este plan de mejora y modernización nacido para agilizar, promover, incentivar y favorecer la rehabilitación turística en el Municipio de San Bartolomé de Tirajana, presenta sus luces y sombras, pues sí se han realizado y ejecutado procesos de mejora y rehabilitación (16) en zonas turísticas consolidadas en aras a conseguir un destino turístico de primer nivel pero al ser un proceso complejo que requiere importantes inversiones económicas con múltiples agentes, en algunos casos con intereses contrapuestos, no ha sido todo lo diligente que se había previsto cuando fue promulgado por el gobierno autonómico canario.

(15) Un claro ejemplo de ello es la cadena hotelera RIU, siendo una de sus estrategias adaptar sus instalaciones a las exigencias de la demanda, con la decisión de invertir en los próximos años 300 millones de euros, de los cuales 100 millones se invertirán en Canarias. Otros ejemplos son las rehabilitaciones llevadas a cabo por cadenas como Barceló, Meliá o Iberostar.

(16) Así, una demanda que se pedía hacía muchos años, en el litoral de la costa a rehabilitar, consistía en una actuación en las infraestructuras turísticas núcleo de Playa del Inglés en Gran Canaria, consistiendo en la realización de accesos a la playa con ascensores, uno de ellos enmarcado en un contexto de colaboración público-privada. Así, «se está trabajando en dos ascensores, uno por el lado Sur y otro por el lado norte del Paseo Costa Canaria. Uno obtiene su ejecución en base al desarrollo del Plan de Modernización y Mejora e Incremento de la Competitividad (PMM) y el otro por una concesión administrativa de Costas. De tal forma que en el primero de los casos es ejecutar lo previsto en la reinversión de lo cobrado por el Ayuntamiento como aprovechamiento de los PMM de la zona y en el segundo caso a cambio de un canon» (CATPE, 2016: p. 60).

Es de señalar, las recientes sentencias, concretamente la Sentencia 338/2016, de 25 de julio de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por el anula el Plan de Modernización, Mejora e Incremento de La Competitividad de San Bartolomé de Tirajana Maspalomas Costa Canaria. Dicha sentencia declara nulo el plan de modernización analizado pues se alega que incumple el artículo 15.4 (17) Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo por no existir el informe de impacto en las Haciendas Públicas. Al tratarse de un instrumento de ordenación aislado, prácticamente autónomo, y caracterizado como un plan estratégico puntual, en ningún caso puede contradecir (18) la ley estatal vigente.

También es preciso mencionar la reciente la reciente Sentencia 12/2018, de 18 de mayo de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que concluye que el plan vulnera el principio de justa equidistribución de beneficios y cargas y aplica de forma errónea y fraudulenta la figura de la actuación de dotación. La decisión de la Sala anula tres sectores: la actuación definida en la ficha SA-07 Sistema de Actividad. Parking Ocio Faro de Maspalomas, la actuación 04 de las intervenciones en espacio privado Kioskos Comerciales en Meloneras y la actuación 14 de las previstas en las intervenciones en espacio privado, referida al Ocean Park. El fallo de la Sala deja sin efecto la ordenación prevista para el parking del Faro, los kioskos de Meloneras y el Ocean Park.

VI. CONCLUSIONES

Las Islas Canarias tiene como sustento básico de su economía la actividad turística, sabiendo que, en Gran Canaria, el municipio de San Bartolomé de Tirajana registra el porcentaje más alto de turistas, pero como ya hemos puesto de manifiesto son zonas turísticas maduras que presentan una importante obsolescencia de la planta alojativa hotelera y extra hotelera y del espacio público. Dicha obsolescencia incide tanto en la competitividad del destino como en su imagen y por supuesto en la satisfacción de los clientes. Por lo tanto,

(17) Este artículo dispone que «la documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización debe incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivo».

(18) En el mismo sentido y con idénticos argumentos debe estimarse que el Decreto 90/12 incumplen los artículos 11.3, 15.2 y 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo.

estas zonas precisan de un proceso de reforma y modernización constante que asegure su competitividad y sostenibilidad, siendo necesario tomar decisiones al respecto desde las administraciones públicas.

Por ello, la rehabilitación y renovación de las áreas turísticas maduras se convirtió en un elemento de relevancia de la política pública turística, tanto a nivel nacional como autonómico. Al respecto, hay que destacar que, a lo largo de los años se han promulgado diversas leyes y decretos, la mayoría de ellas sin derogar las anteriores y sin evaluarlas. Sin embargo, esta situación empieza a cambiar con la aprobación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, posteriormente modificada por la Ley 9/2015, de 27 de abril. También se destacan en el estudio realizado los múltiples planes aprobados a fin de conseguir los objetivos planteados, tanto en los establecimientos privados como en los espacios públicos.

No obstante, la administración pública autonómica no cesa en su empeño por impulsar la rehabilitación turística en Canarias, produciéndose avances de mayor relevancia, en cuanto al número de actuaciones realizadas, fundamentalmente, a partir de la aprobación de las dos últimas leyes reseñadas, pudiendo ser trasladable el análisis realizado a otras zonas turísticas maduras, pues el problema a solventar es complejo dado el número de agentes y factores que intervienen.

Es preciso destacar que los incentivos políticos, en materia de rehabilitación turística, que se han promulgado han sido considerables pero, a nuestro juicio, aspectos como; la burocracia, la inversión a realizar, la escasa financiación obtenida para rehabilitar, tanto en establecimientos hoteleros como extrahoteleros, han propiciado que no se haya rehabilitado lo previamente establecido. De hecho, los empresarios señalaban que tenían dificultades para llevar a cabo los procesos de rehabilitación turística. Además, los alojamientos extrahoteleros tienen mayores problemas para efectuar renovaciones, debido a las grandes inversiones que se deben realizar y además porque la mayoría de dichos establecimientos no pertenecen a un sólo propietario, por lo que es difícil llegar a un consenso para ejecutar la rehabilitación, unido al hecho que, en muchas ocasiones, los propietarios particulares no disponen de los recursos suficientes para acometer proyectos de renovación turística que, habitualmente, son de gran envergadura. Si a esto le añadimos que en la estructura alojativa de Gran Canaria predomina los establecimientos extrahoteleros, y que éstos son los que presentan mayor obsolescencia, el escenario que se vislumbra son muchos establecimientos sin rehabilitar o que van a tardar bastante tiempo en realizar una efectiva renovación.

El estudio realizado muestra como las acciones de renovación acometidas en el espacio público fueron insuficientes y lejos de las expectativas marcadas, centradas en operaciones de embellecimiento antes que en rehabilitaciones

integrales. Esto es así, debido, por una parte, a la falta de acuerdo político que frenaba el avance pretendido y, por otra, porque las aportaciones económicas, reducidas respecto de las que se previeron inicialmente, impidieron realizar en su integridad las contenidas en los distintos planes de actuación previstos para el municipio de San Bartolomé de Tirajana, por lo que queda un largo trayecto por recorrer, debiendo ser conscientes de las debilidades y los errores detectados a fin de mejorar las estrategias futuras a seguir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RODRÍGUEZ, D. y ASCANIO MONZÓN, S. (2015): *El consorcio urbanístico Maspalomas-Gran Canaria*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Escuela de Arquitectura.
- BEAS SECALL, L. (2012): «Los planes de excelencia turística en España (1992-2006). Una apuesta por la revitalización de los destinos. Revisión de su implantación e impactos», en *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, núm. 16, pp. 387-424.
- BUTLER, R. W. (1980): «The concept of a tourist area cycle of evolution: implications for management of resources», en *The Canadian Geographer*, núm. 24, pp. 5-12.
- CÁCERES MORALES, E. y PALOP CASADO, J. (2007): *Estudio de las condiciones y características de la planta alojativa turística de Playa del Inglés*. Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas de Gran Canaria.
- CANALIS, X. (2010): *La reconversión de destinos maduros avanza a trompicones*. *Hosteltur*, octubre.
- CAPDEPÓN FRÍAS, M., RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, I. y SUCH CLIMENT, M.P. (2012): «El Potencial de los Parques Naturales en el Proceso de Renovación de los Destinos Turísticos Litorales Maduros: el Caso de la Comunidad Valenciana en España», en *Tourism & Management Studies*, núm. 8, pp. 1-25.
- CASTEL GAYAN, S. (2012): «Derecho del turismo y propuestas para una renovación de la promoción turística», en esta REVISTA, núm. 39-40, pp. 357-386.
- CENTRO ATLÁNTICO DE PENSAMIENTO ESTRATÉGICO (CATPE) (2016): *II Informe CATPE sobre la competitividad turística de Canarias. Propuestas para encauzar el equilibrio económico social-medioambiental del Archipiélago Canario*.
- CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2009): «La rehabilitación de los establecimientos turísticos alojativos como manifestación del desarrollo urbanístico sostenible. El ejemplo de Canarias», en *Práctica Urbanística*, núm. 87, pp. 64-77.
- COOPER, C. (1994): *The Destination Life Cycle: An Update*. A. Seaton (Ed.), Tourism State of the Art, Wiley, Chichester, pp. 340-346.

- CORRALES S. y HERNÁNDEZ J. (2010): «El turismo en destinos maduros archipelágicos: condicionantes y estrategias. El caso de los tres grandes. Hawái, Canarias, Baleares», en Hernández Martín R. y Santana Talavera, A. coord. *Destinos turísticos maduros ante el cambio. Reflexiones desde Canarias*, San Cristóbal de la Laguna. Instituto Universitario de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de La Laguna, pp. 233-254.
- GALLARDO RAMÍREZ, C. (2014): *Dos visiones para una regeneración necesaria: la Costa del Sol Occidental vs. San Bartolomé de Tirajana*. Convocatoria de Comunicaciones y 2º Biental de Proyectos de Edificación y Urbanismo Sostenible.
- GARCÍA, F. A., LÓPEZ, M. C., ESTARELLAS, P. J. B., y ABELLA, O. M. (2005): «Los planes de excelencia y dinamización turística (PEDT), un instrumento de cooperación a favor del desarrollo turístico», en *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, núm. 39, pp. 221-226.
- GARCÍA MÁRQUEZ, F. (2011): «El paisaje en la Ordenación del Territorio de Canarias», en Simancas, M. y Cortina, A. coord. *Retos y perspectivas de la gestión del paisaje de Canarias: reflexiones en relación con el 10º aniversario de la firma del Convenio Europeo del Paisaje*, pp. 145-164.
- GARCÍA CRUZ, J.I. (2013): *El impacto territorial del tercer boom turístico de Canarias*. Tesis doctoral. Servicio de publicaciones. Universidad de La Laguna. San Cristóbal de La Laguna.
- GARZÓN BECKMANN, A. (2011): *Condicionantes de la competitividad turística grancanaria*, Editorial Círculo Rojo, Las Palmas.
- (2012): «Rehabilitación de infraestructuras turísticas», en *Turismo*, septiembre, pp. 1-5.
- (2014): «Consenso, principal reto turístico del 2014», en *Turismo*, enero, pp. 1-4.
- GOBIERNO DE CANARIAS (2008): *Acuerdo por la competitividad y la calidad del turismo en Canarias (2008-2020)*.
- GOBIERNO DE CANARIAS y EXCELTUR (2017): *Impacto Económico del Turismo en Canarias*.
- GOBIERNO DE CANARIAS (2019): *Plan Estratégico para el Turismo (2018-2025)*.
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2019): *Informe sobre Estrategia del Turismo Sostenible (2030)*.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, M., LEÓN GONZÁLEZ C. y PADRÓN FUMERO, N. (2006): «Obsolescencia y políticas de renovación medioambiental en el sector turístico. Reflexiones sobre la conceptualización de la competitividad del destino turístico» en *Cuadernos Económicos de ICE*, núm. 71, pp. 153-176.

- GONZÁLEZ, M. (2008): «La concentración social en la reorientación sostenible del turismo en Canarias», en Souza, A. y Simancas, M. (coord.) *Sociedad civil organizada y desarrollo sostenible*. Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias. Santa Cruz de Tenerife, pp. 111-128.
- HAYWOOD, K. (1986): «Can the Tourist-Area Life Cycle Be Made Operational», en *Tourism Management*, núm. 7, 1986, pp. 154-167.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R. y SANTANA TALAVERA A. (coord.) (2010): *Destinos turísticos maduros ante el Cambio. Reflexiones desde Canarias*. Instituto Universitario de Ciencias Políticas y Sociales, La Laguna.
- INSTITUTO CANARIO DE ESTADÍSTICA (2019): Estadísticas de Movimientos Turísticos en Fronteras de Canarias.
- (2018): *Cuenta satélite del turismo en España*.
- LEÓN, C., HERNÁNDEZ, J.M. y GONZÁLEZ, M. (2003): «Endogenous lifecycle and optimal growth in tourism», en International Conference on Tourism and Sustainable Economic Development Macro and Micro Economic Issues. Sardinia, Italia, CRENoS (Università di Cagliari e Sassari, Italia) y Fondazione Eni Enrico Mattei, Italia.
- LOBEIRA ALCARAZ, M. A. (2012): *Regeneración de destinos turísticos. Tres casos de estudio en España*. Trabajo Fin de Máster. Universidad Internacional de Andalucía.
- MATA OLMO, R. (2007): «Desarrollo sostenible, insularidad y gobierno del territorio: la experiencia del PTI de Menorca», en Farinós, J. y Romero, J. *Territorialidad y buen gobierno para el desarrollo sostenible*. Edit. Universitat de Valencia pp. 237-258.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO (2000): Plan Integral de Calidad del Turismo Español (2000-2006).
- (2007): *Plan del Turismo Español Horizonte (2020)*.
- (2012): *Plan Nacional e Integral de Turismo (2012-2015)*.
- MONTESDEOCA, J. (2014): *El Consorcio del Sur afronta las últimas obras tras una inversión de 13 millones*.
- MOREIRA GREGORY, P. E., y ROMÁN GARCÍA, C. (2013): «Tourism and inequality in Gran Canaria; notes for analysis», en *Revista de Ocio y Turismo*, núm. 6, pp. 140-154.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TURISMO (OMT), (2019): *Las llegadas de turistas internacionales suman 1.400 millones dos años antes de las previsiones*, febrero.
- PARRA LÓPEZ, E.; MELCHOR NAVARRO, M. y FUENTES MEDINA L. (2010): «Dinámicas de transformación de un destino turístico maduro», en *Destinos turísticos maduros ante el cambio. Reflexiones desde Canarias*, coord. por Hernández

- Martin, R. y Santana Talavera, A. Instituto Universitario de Ciencias Políticas y Sociales, La Laguna, pp. 213-231.
- PARREÑO CASTELLANO, J. M. y DOMÍNGUEZ MUJICA, J. (2011): *Análisis y planificación turística del territorio*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Vicerrectorado de Ordenación Académica y Espacio Europeo de Educación Superior.
- PATRONATO DE TURISMO DE GRAN CANARIA (2018): Estadísticas turísticas por zonas.
- PRIESTLEY, G. y MUNDET, L. (1998): «The Post-Stagnation Phase of the Resort Cycle», en *Annals of Tourism Research*, núm. 25, pp. 85-111.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. y TEMES CORDOVEZ, R. (2014): «Incentivos para la renovación de las infraestructuras y edificaciones en los destinos turísticos maduros de Canarias. Actuaciones sin traslado de alojamiento», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 289, pp. 121-161.
- RODRÍGUEZ, I., y SUCH, M. P. (2014): «La política turística española de apoyo a la renovación y reestructuración de destinos turísticos maduros: una valoración a partir de las experiencias piloto recientes», en *ACE-Arquitectura, Ciudad y Entorno*, núm. 9, pp. 437-466.
- RODRÍGUEZ DRINCOURT, J. (2014): «La renovación y modernización turística de Canarias», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 18, pp. 1-6.
- SANTOS CHINEA, M. C., SIMANCAS CRUZ, M. R. Y HERNÁNDEZ MARTÍN, R. (2013): «Incentivos económicos a la renovación de alojamientos turísticos: el mercado de derechos materializables en plazas alojativas», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 23, pp. 11— 26.
- SANTANA TUERAGANO, M.A. (2005): «Turismo, empleo y desarrollo», en *Papers, revista de sociología*, núm. 77, pp. 79-104.
- SIMANCAS CRUZ, M. (2012): «Evaluando políticas públicas de renovación de destinos turísticos maduros: el proceso de reconversión turística de canarias», en Vera Rebollo, F. Y Rodríguez Sánchez, I (eds.): *Renovación y reestructuración de destinos en áreas costeras. Marco de análisis, procesos, instrumentos y realidades*. Colección. Desarrollo Territorial, 11, Universitat de Valencia, pp. 163-200.
- (2015): *La moratoria turística de Canarias*. San Cristóbal de la Laguna. Servicios de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 2015.
- SIMANCAS CRUZ, M., DE SOUZA IGLESIAS, A. y NÚÑEZ CANO, M. (2010): «La renovación de los espacios públicos de las áreas turísticas consolidadas», en Hernández Martín, R. y Santana Talavera, A. (coord.), *Destinos turísticos maduros ante el cambio. Reflexiones desde Canarias*, San Cristóbal de La Laguna, Instituto Universitario de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de La Laguna, pp.183-213.

- SIMANCAS CRUZ, M. y LEDESMA GONZÁLEZ O. (2016): «La planificación territorial de la política de renovación de las áreas turísticas maduras. Planes de Renovación, Mejora e Incremento de la Competitividad de Canarias», en *Pasos*, núm. 2, pp. 335-352.
- SOCIAS CAMACHO, J.M. (2016): «Revalorización y unidad de mercado en los destinos turísticos insulares», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 36, pp. 77-104.
- TEMES CORDOVEZ, R. (2017): «La renovación de las ciudades turísticas en Canarias. Una respuesta meditada para unos destinos maduros», en *Ciudades*, núm. 20, pp. 223-243.
- TOH, R.S., KHAN, H. y KOH A.J. (2001): «A travel balance approach for examining tourism area life cycles: The case of Singapore», en *Journal of Travel Research*, núm. 39, pp. 426-432.
- WEAVER, D.B. (1990): «Grand Cayman Island and the resort cycle concept», en *Journal of Travel Research*, núm. 20, pp. 9-15.

JURISPRUDENCIA

ÚLTIMOS AVANCES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

JOSÉ MIGUEL BELTRÁN CASTELLANOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. CUMPLIENDO CON EL DEBER DE INFORMACIÓN.– III. EL POSIBLE FUTURO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS.– IV. LA COMPLEJA TAREA DE DETERMINACIÓN DE LA SIGNIFICATIVIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL: 1. El procedimiento para su evaluación. 2. La significatividad en el proyecto de reparación del daño.– V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2018: 1. Sobre la aplicación del requisito de actividad económica y el nexa causal. 2. La independencia de la responsabilidad medioambiental respecto de las infracciones administrativas.– VI. VALORACIÓN FINAL. LOS AVANCES Y LAS INCERTIDUMBRES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Se analizan en este trabajo los últimos informes y documentos publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, centrándonos en dos aspectos fundamentales del régimen, las garantías financieras y los criterios y el procedimiento para la determinación de la significatividad del daño ambiental. Asimismo, se estudian las sentencias dictadas por nuestros tribunales en esta materia durante el año 2018.

Palabras clave: responsabilidad medioambiental; garantías financieras; daños significativos; principio de precaución.

ABSTRACT: This paper tackles the latest reports and documents published in 2018 by MITECO about the application of Law 26/2007, of 23 October, of Environmental Liability, and focuses on two fundamental aspects of the regime: financial guarantees, and the criteria and the procedure for determining significant adverse effects of environmental damage. Moreover, this contribution analyses the judgments handed down by our courts in this matter during the year 2018.

Key words: environmental liability; financial guarantees; significant damage; precautionary principle.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, con el cambio de Gobierno producido en 2018 se han creado dos Ministerios con competencias ambientales, mediante la aprobación del Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. En primer lugar, el «Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación», al que le corresponde la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de recursos agrícolas, ganaderos y pesqueros, de industria agroalimentaria, de desarrollo rural y de alimentación (art. 11) y, en segundo lugar, «el Ministerio para la Transición Ecológica» (MITECO), encargado de la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de energía y medio ambiente para la transición a un modelo productivo y social más ecológico (art. 14). En concreto, el «nuevo» portal web del MITECO se ha actualizado en algunos aspectos, entre ellos, respecto de la información que suministra sobre el régimen que regula la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM). En base a la misma, abordaremos en el presente trabajo dos de los aspectos cruciales en materia de responsabilidad ambiental, la posible futura regulación de las garantías financieras y la compleja tarea de la determinación de la significatividad del daño.

Por otro lado, uno de los inconvenientes que siempre han envuelto a la investigación sobre la responsabilidad medioambiental, era y sigue siendo, la escasa jurisprudencia que nuestros tribunales dictan en aplicación del régimen. Las razones pueden ser varias, quizás la reparación de los daños se lleva, por lo general, a buen término a través del procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental en vía administrativa y no trascienden al plano judicial o quizás no se han producido aún daños ambientales de suficiente entidad para aplicar el régimen. Sin embargo, enlazando con lo expuesto anteriormente respecto de la información publicada por el MITECO en aplicación de la LRM, ahora sabemos con certeza que desde que se aprobó la Ley se han producido 34 casos de aplicación de la misma y que 7 de éstos llegaron a los tribunales de lo contencioso hasta el año 2017 (en una relación de elaboración propia: STS de 4 de noviembre de 2011; STSJ de Valencia, de 8 de enero de 2013; STSJ de Galicia, de 17 de octubre de 2013; STSJ del País Vasco, de 29 de mayo de 2014; STS de 28 de noviembre de 2014; SAN de 30 de mayo de 2016; SAN de 19 de julio de 2016). En este trabajo analizaremos algunas sentencias relacionadas con la responsabilidad medioambiental resueltas en 2018.

II. CUMPLIENDO CON EL DEBER DE INFORMACIÓN

Hasta 2018, la información disponible para su consulta por los operadores económicos, principales destinatarios de las obligaciones que impone la LRM (art. 2.10), así como por el público en general, era escasa. No podemos decir que fuera inexistente, pues constaba información realmente relevante, como los análisis de riesgos medioambientales sectoriales desarrollados por la Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental, así como otros documentos de interés asociados, por ejemplo, el útil «Modelo de Oferta de Responsabilidad Medioambiental» —MORA— (vid. al respecto, BELTRÁN CASTELLANOS, 2018: pp. 219 y ss.).

Sin embargo, en relación con las obligaciones de información que establece la Ley (arts. 9.1, 17.4, 19.2) y su Reglamento de desarrollo parcial (art. 4), aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre y modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, y que consisten, a grandes rasgos, en que el operador colabore con la Administración y le comunique aquellas amenazas de daño medioambiental o aquellos daños medioambientales de los que tenga conocimiento a fin de que ésta, en su caso, pueda actuar por sí misma o controlar la correcta aplicación de las medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación; debemos advertir que el Reglamento también establece obligaciones de información para la Administración, de forma que el MITECO debe recopilar, sistematizar y poner a disposición del público aquella información que pueda facilitar a los operadores el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia, datos que abarcan desde la determinación del estado básico de los recursos naturales, a los indicadores para valorar y cuantificar los daños, pero entre los que destacaremos los «datos más relevantes sobre experiencias previas de reparación», prácticamente desconocidos hasta fechas muy recientes.

Pues bien, si accedemos al apartado de responsabilidad medioambiental de la Dirección de Calidad y Evaluación Ambiental del portal web del MITECO, encontraremos un «reciente» apartado denominado «Informes de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, y exigencia de responsabilidad medioambiental», elaborados por la citada Dirección. Estos informes vienen a suplir la aludida falta de información respecto de la «escasa de aplicación del régimen» desde que éste entrase en vigor hace ya más de diez años y que nos permite arrojar algo de luz sobre algunos de los aspectos más controvertidos en la materia, como son la deslegalización de las garantías financieras y los criterios para la determinación de la significatividad del daño ambiental.

III. EL POSIBLE FUTURO DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS

Si se accede a los referidos informes dictados en aplicación de la LRM del portal web del MITECO se encontrará, en primer lugar, el «informe remitido por España a la Comisión Europea, en aplicación del artículo 18.1 de la Directiva 2004/35/CE», de marzo de 2014. En efecto, se trata de un informe cuyos resultados empleó la Comisión para elaborar su informe COM (2016) 204 final. Si bien, ciertos datos del informe de España se podían inferir del publicado por la Comisión, carecía totalmente de sentido que aquél no estuviera disponible para su consulta por el público interesado. En dicho informe del Ministerio se puede comprobar que desde el 30 de abril de 2007 hasta marzo de 2014 se iniciaron doce casos de responsabilidad medioambiental, tramitados por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Galicia, Madrid, Extremadura y Canarias, y que los daños se causaron a los siguientes recursos: uno hace referencia a los daños producidos al suelo; nueve a las aguas y al suelo; uno a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías; y uno únicamente a las aguas.

Más interés reviste aún el segundo de los informes disponibles, el «informe al Consejo Asesor de Medio Ambiente» remitido por el MITECO en julio de 2018, en cumplimiento de la Disposición adicional undécima de la LRM. Éste incluye una relación de los casos de daños medioambientales ocurridos entre los años 2013 y 2017. En concreto, en estos años se han producido veintidós casos de responsabilidad medioambiental tramitados por las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Castilla La Mancha, Cataluña, Galicia, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana, por daños a los siguientes recursos: dos hacen referencia a daños producidos al suelo; uno al suelo y los hábitat; once a las aguas y al suelo; dos al suelo, a las aguas y los hábitats; dos a las aguas y tres a las especies y los hábitat.

Más allá de estos interesantes datos, estos informes y, particularmente el segundo, abordan, entre otras, la cuestión relativa a las reformas que durante estos años se han efectuado respecto del régimen de las garantías financieras que la LRM y su Reglamento de desarrollo prevén. En efecto, los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio y la Ley 11/2014, de 3 de julio, así como por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, trajeron como resultado la drástica reducción del número de operadores obligados a constituir garantía financiera. Actualmente, el Reglamento de desarrollo recoge en su artículo 37.2 las actividades exentas de la obligación de constituir la garantía financiera obligatoria conforme a lo establecido en el artículo 28.d) de la Ley, y las que sí mantienen dicha obligación. En base al mismo, los operadores obligados son:

- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre (IPPC).

- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (SEVESO).
- Operadores dedicados a la gestión de residuos de las industrias extractivas, cuando se trate de instalaciones clasificadas como de «categoría A», según lo dispuesto en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

Es decir, que de los 15 puntos que contiene el Anexo III de la LRM, únicamente, en el caso del primero y del decimocuarto se mantiene la obligación. La reducción se justifica, como expresamente declara el apartado II del preámbulo del Real Decreto 183/2015 en que «la experiencia adquirida durante los primeros años de vigencia de este nuevo régimen de responsabilidad medioambiental puso de manifiesto que la exigencia de constituir garantía financiera a todos los operadores del anexo III de la ley, sin más exenciones que las previstas en el artículo 28, resultaba un tanto desproporcionada teniendo en cuenta que no todos los operadores incluidos en el Anexo III presentan unos mismos índices de peligrosidad y de accidentalidad, y que por ello se consideró oportuno eximir de la obligación de constitución de garantía financiera a los operadores cuyas actividades presentasen bajo riesgo de producir daños medioambientales».

No cabe duda de que las tres categorías de actividades que no quedan exentas «claramente» manifiestan un alto riesgo y nivel de accidentalidad, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2014. Ahora bien, los datos obrantes en los informes publicados por el MITECO sobre la aplicación de la LRM dan buena prueba de que no son, ni mucho menos, las actividades que más daños han provocado al medioambiente en los más de diez años de vigencia del régimen. De los 34 casos de daños ambientales reportados, en primer lugar, la actividad económica que más daños ha producido, con un total de 14 supuestos, es «la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado liberación en el medio ambiente y transporte *in situ* de sustancias peligrosas, preparados peligrosos, productos fitosanitarios o biocidas». Sin embargo, en la actualidad, los operadores que ejerzan este tipo de actividad están exentos de la obligación de constituir garantía financiera alguna (aunque pueden contratarla de forma voluntaria), al preverse en el punto 8 del Anexo III de la Ley.

En segundo lugar, hay dos tipos de actividades que han producido 5 casos de daños ambientales cada una, estas son la explotación de actividades sujetas a autorización IPPC, que sí mantiene la obligación de garantía financiera, (punto 1º del Anexo III) y «el transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes» que queda, en cambio, exenta de garantía (punto 9º del Anexo III).

En tercer lugar, la actividad de «gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados» ha provocado 4 casos de daños medioambientales reconocidos. Dicha actividad también está exenta de la constitución obligatoria de garantía al figurar en el punto 2º del Anexo III de la Ley.

Finalmente, los 6 casos restantes de daños medioambientales se corresponden a otras actividades de las enumeradas en el Anexo III, como la prevista en el punto 5º (vertidos de aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa) y en el punto 7º (captación y represamiento de aguas sujetos a autorización previa), ambas exentas de la obligación de garantía, mientras que 4 casos corresponden a actividades no incluidas en el Anexo y, por tanto, no sometidas a responsabilidad objetiva ni tampoco a garantía financiera obligatoria. Todo ello nos permite sostener que, de los 34 casos reportados, únicamente en 5 de ellos el operador u operadores responsables estaban obligados a contar, en principio, [no olvidemos que la exigencia «real» de constituir garantías financieras obligatorias para las actividades IPPC (actividades clasificadas con nivel de prioridad 1) está en vigor desde el 31 de octubre de 2018, tal y como dispone la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre], con una garantía de respaldo para cubrir su responsabilidad, sin perjuicio de que en el resto de los casos, los operadores pudieron constituir la misma de forma voluntaria ex artículo 24.1 *in fine* de la LRM (dato que no consta en los informes).

Si lo pretendido por la Ley con la exigencia de garantías financieras obligatorias a los operadores es, como expresamente declara el artículo 24.1, que éstos cuenten con recursos económicos suficientes para hacer frente a la eventual adopción de las medidas preventivas, de evitación de nuevos daños y de reparación por la responsabilidad ambiental inherente a las actividades económicas que desarrollan, resulta evidente de los datos apuntados, que este objetivo se ha visto claramente mermado con la actual configuración de las actividades que mantienen la obligación de constituir las.

Además, estos datos nos invitan a formular tres importantes reflexiones. En primer lugar, que la reducción en la obligación de constituir las garantías financieras puede ser contraria al principio de «no regresión», el cual es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un proceso solidario con las generaciones futuras (*vid.* LÓPEZ RAMÓN, 2011: pp. 13-27), y que implica la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la lucha de intereses (el coste o gravamen para los operadores de constituir una garantía financiera para poder ejercer su actividad *versus* la protección ambiental), y que tiene su última justificación en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE (sobre las regresiones en el

Derecho ambiental en los últimos años *vid.* CARREÑO ÁLVAREZ (2018a: pp. 31-49 y 2018b: pp. 15-39), pues un operador con recursos económicos limitados (por ejemplo, las PYMES) y sin garantía financiera, difícilmente podrá adoptar las medidas que la LRM le impone, y en ese sentido, el nivel de protección del medio ambiente es menos garantista.

En segundo lugar, debemos destacar que la práctica totalidad de estos datos ya se conocían (por el Gobierno) cuando se llevó a cabo la reducción de la obligación en marzo de 2015, pues de los 34 casos reportados, únicamente dos se descubrieron pasadas esas fechas, o dicho en otras palabras, ya se sabía que la mayoría de actividades que habían provocado daños al medio ambiente no están en los puntos 1º y 14º del Anexo III, y aún así se optó por la exención en la obligación de las restantes, cuando realmente «no presentan un bajo riesgo de producir daños» como justifica expresamente el RD 183/2015.

Y en tercer lugar, puesto que el párrafo 2º del artículo 37.2.b) del Reglamento de desarrollo de la LRM dispone que en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de este real decreto (es decir en 2020), se realice un estudio que actualice la evaluación del potencial de generar daños medioambientales y el nivel de accidentalidad de las actividades del Anexo III de la LRM exentas de la obligación de constituir la garantía, parece lógico que debería ampliarse el listado de las actividades obligadas, como mínimo, a las que recogen los apartados 2º, 8º y 9º del Anexo III, que durante estos años han provocado el mayor número de daños ambientales (sin perjuicio de los 5 casos de daños causados por las actividades IPPC).

En definitiva, el régimen de responsabilidad medioambiental instaurado en España por la LRM en 2007, que se desmarcó de la mayoría países de la Unión Europea (solo 7 Estados miembros más prevén en sus leyes de transposición de la Directiva las garantías obligatorias) introduciendo la obligación de constituir garantía financiera a los operadores de «aquellas actividades de mayor riesgo» requiere, en coherencia con el espíritu original de la norma plasmado en el apartado V de su preámbulo, y con los propios razonamientos de las reformas del régimen (eximir únicamente las actividades que tengan bajo riesgo de producir daños) que en 2020 se modifique el Real Decreto 183/2015 y se amplíe el listado de actividades sometidas a la obligación, al menos, en los términos aludidos.

IV. LA COMPLEJA TAREA DE DETERMINACIÓN DE LA SIGNIFICATIVIDAD DEL DAÑO AMBIENTAL

La Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental ha publicado en el portal web del MITECO, en junio de 2018, dos documentos de sumo

interés, en primer lugar, el «Protocolo de actuación en caso de incidente y procedimiento administrativo» (en adelante Protocolo) que proporciona unas pautas de actuación a seguir, tanto a los operadores como a la Administración competente, en caso de que se produzca un incidente que provoque un daño medioambiental o amenaza inminente de daño medioambiental, en el contexto de la LRM. Además, desarrolla el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, que contempla las distintas fases en las que intervienen tanto la autoridad competente, como los interesados y operadores. Y, en segundo lugar, el documento «Estructura y contenidos generales de los proyectos de reparación de daños medioambientales» (en adelante Documento estructura y contenidos) que ofrece una descripción, conforme a lo que establece la normativa de responsabilidad medioambiental, de la estructura y contenido que debe considerar el operador para la elaboración de la propuesta de proyecto de reparación que debe presentar a la autoridad competente.

Uno de los aspectos «oscuros» y más complejos del régimen de la responsabilidad medioambiental es la determinación de la «significatividad del daño». En efecto, no todos los daños que sufran los recursos naturales incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM (aguas, suelos, biodiversidad y ribera del mar y de las rías, art. 2.1) generarán responsabilidad medioambiental. Para que la Ley pueda ser aplicada, se deberá estar en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan «efectos adversos significativos» sobre los recursos naturales señalados. El objetivo es analizar si los últimos documentos publicados por la citada Dirección General ayudan al operador, o en su caso, a la Administración, en esta compleja obligación prevista en el artículo 2.1.a) y el Anexo I de la LRM y desarrollada por su Reglamento.

1. El procedimiento para su evaluación

Como se ha anticipado, el procedimiento para la determinación de la significatividad del daño ambiental está regulado en el Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, en sus artículos 15 a 18, y es un factor básico a la hora de declarar la exigencia de la responsabilidad medioambiental, constituyéndose como un aspecto esencial en la tramitación del correspondiente expediente administrativo de exigencia de responsabilidad. En este sentido, como advierte el Documento estructura y contenidos, la evaluación de la significatividad de los daños «es el elemento clave que permite la aplicación del régimen de responsabilidad medioambiental». Dicha evaluación debe hacerse caso por caso, y en ocasiones puede revestir cierta complejidad debido a la incertidumbre asociada a la previsión de los efectos que uno o más agentes causantes del daño pueden ocasionar sobre el medio receptor. En cualquier caso, y a fin de simplificar en tiempo y coste esta tarea, como advierte el citado Documento, tanto el operador como la autoridad competente pueden aplicar el «principio

de precaución», cuyo objetivo es garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente y, en consecuencia, de los recursos naturales susceptibles de sufrir el daño, de forma que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas efectivas para impedir la degradación del medio ambiente». En estos casos, el daño medioambiental deberá considerarse significativo aunque, por la complejidad de la evaluación del daño, no exista evidencia científica de que se exceda el umbral de significatividad, siendo suficiente con que se tengan motivos suficientes para que creer que sea así (*reasonable belief* o «duda razonable»).

Si por el contrario, como precisa el Protocolo, el daño o la amenaza de daño no se consideran significativos, deberá aplicarse, en todo caso, la normativa sectorial correspondiente (ésta es, en el caso de las aguas, el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección del Medio Marino; en el caso de la biodiversidad, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB); y respecto de los suelos, la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC), y el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados). Todo ello, sin perjuicio de que la LRM permite la aplicación de las normas sectoriales para alcanzar la reparación, siempre que los resultados respecto a la reparación del recurso dañado sean los mismos (art.6.3). En este sentido, por ejemplo, podemos traer a colación la SAN de 24 de mayo de 2018, donde la Sala advierte que «conforme a lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley 26/2007, al que se remite el artículo 323 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (...) eso es lo que ha sucedido en el caso de autos mediante la aplicación por la resolución impugnada de la normativa sectorial de aguas, habiéndose conseguido dicha reparación mediante la indemnización de los daños causados ex artículo 323.1 del RDPH» (FJ 2º).

Ahora bien, debemos precisar que la legislación sectorial, por regla general, se remite a la LRM para la reparación de los daños ambientales (por ejemplo, los arts. 54.2 LRSC o 79.2 LPNB), y que, no procediendo la aplicación de ésta (por no ser el daño significativo), admiten que se indemnicen los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, lo que rebaja el nivel de protección establecido por la LRM, pues en base a la misma y como sostiene VALENCIA MARTÍN (2010: p. 12), «el daño ambiental sólo admite, en efecto, tres formas de reparación (o una combinación de las mismas), que son todas ellas formas de reparación in natura (Anexo II LRM)», de modo que ante la imposibilidad

de una reparación primaria, procedería la complementaria, no cabiendo, en ningún caso, la mera indemnización sustitutoria.

Por otro lado, en cuanto al momento de la evaluación de la significatividad, ésta puede realizarse tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, como durante la tramitación del mismo, dependiendo de cuándo el operador o la autoridad competente haya tenido conocimiento del incidente, así como de la naturaleza del mismo y su evolución. A estos efectos, la autoridad competente responsable de la instrucción del procedimiento solicitará los informes necesarios a otros organismos competentes, con el objetivo de recabar información para facilitar la determinación de la significatividad, para lo cual se utilizará el formulario «Modelo SI» (disponible en el portal web del MITECO).

Asimismo, en base a la información que proporciona el Protocolo podemos extraer una serie de pautas sobre cómo determinar la significatividad en relación con las fases del daño. De este modo:

a) «En la fase de prevención», ante la aparición de una amenaza inminente de daño, se deberá evaluar, con la información disponible, y aplicando el principio de precaución, la significatividad del daño medioambiental que dicha amenaza pudiera causar. Esta obligación recae en primera instancia en el operador, sin perjuicio de las potestades de la autoridad competente de actuar. Así, la obligatoria comunicación por parte del operador a la autoridad competente de la existencia de una amenaza inminente de daño significativo (a estos efectos el propio MITECO ha puesto a disposición de los operadores en su página web el Modelo C1 de formulario para llevar a cabo dicha comunicación) implicará, directamente, la solicitud por parte del operador de que se inicie un expediente de exigencia de responsabilidad medioambiental. Además, si el operador no aplica las medidas de prevención o las aplica de forma deficiente, podrán ser adoptadas por la Administración mediante actuación directa, para que el daño ambiental no llegue a producirse.

b) «En la fase de evitación de nuevos daños». Una vez se ha constatado la existencia del daño, esta fase exige que se siga evaluando si el daño ocasionado es significativo, aplicando de nuevo el principio de precaución. En caso de que se determine que no es significativo, se podrá recurrir a la legislación sectorial para la gestión y reparación del mismo, mientras que si el daño es declarado significativo la Administración podrá ejecutar, mediante actuación directa, las medidas de evitación de nuevos daños necesarias en el caso de que el operador no las adopte por sí mismo.

c) «En la fase de reparación». Como declara el Protocolo, esta fase sigue de nuevo el esquema apuntado en las anteriores fases respecto a la evaluación de la significatividad y añade que «en caso de que el daño medioambiental sea calificado de significativo, el operador o, en su defecto, la autoridad

competente mediante actuación directa, aplicará las medidas de reparación primarias necesarias, en primera instancia y, en caso de ser necesarias, las medidas de reparación complementarias y/o compensatorias». Debemos precisar que las medidas complementarias tienen por objeto compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados (por ejemplo, porque el daño es irreversible o desproporcionadamente costoso) y, si bien es cierto que este tipo de medidas pueden no ser necesarias, puede ocurrir que al evaluarse las distintas medidas reparadoras identificadas, se elijan medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico los recursos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Ahora bien, se podrá adoptar esta decisión únicamente si los recursos naturales o los servicios medioambientales dañados se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel similar de recursos o servicios (apartado 1.3.2 del Anexo II de la LRM).

Además, respecto de las medidas compensatorias, tal y como precisa el MORA (documento metodológico, p. 40) se prevé que existan o puedan existir siempre (salvo que la reparación surta efectos inmediatos), dado que tienen por objeto compensar a la población afectada por las pérdidas provisionales de recursos naturales desde que tiene lugar el daño hasta que surte efecto la reparación primaria o complementaria. De esta forma, y puesto que la reparación primaria o complementaria puede iniciarse una vez pasado cierto periodo de tiempo desde el momento del accidente, se procederá a calcular y dimensionar la cantidad de recurso adicional que debe recuperarse en concepto de reparación compensatoria. Siguiendo el ejemplo que propone ROCASALVA (2018: pp. 255-256), «si se producen daños a una determinada especie de árboles situados en un terreno concreto afectado por la actividad de un operador u operadores que produce daños a estos recursos naturales, si se tratara de árboles de longevidad alta, se buscaría así resarcir dicha pérdida a través de métodos alternativos como cultivar un mayor número de especies de árboles como los afectados, a los fines de llegar a alcanzar un nivel de compensación del daño provocado y, a su vez, compensar el tiempo en el que el recurso natural no aporta su función, esto es, la aportación concreta de oxígeno a la atmósfera, entre otras».

Sin embargo, pese a lo expuesto sobre el funcionamiento de las medidas de reparación del daño que prevé la Ley, llama la atención el hecho de que, si se acude a los informes publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la LRM, de los casos ya resueltos (24 según los referidos informes), en ninguno se han aplicado medidas complementarias, lo que podría encontrar una «forzada» explicación en el hecho de que la reparación primaria, en todos los casos, hubiera permitido restaurar los recursos naturales dañados al estado en que se encontraban antes de sufrir la agresión. Más llamativo

resulta el hecho de tampoco se han aplicado medidas compensatorias, lo que resulta mucho más complejo de justificar, pues parece sumamente difícil que en todos los supuestos la reparación fuese «inmediata» y no se produjese ninguna pérdida provisional de las funciones ecológicas o servicios que prestan los recursos naturales dañados. En efecto, los citados informes muestran como, en algunos casos, las medidas de reparación primaria tardaron hasta 5 años en ejecutarse completamente (casos 16 y 33) lo que revela una incorrecta aplicación en la práctica de los criterios de reparación del daño que estipula el Anexo II de la Ley.

2. La significatividad en el proyecto de reparación del daño

El artículo 20 de la LRM regula el contenido de la obligación de reparar. En base al mismo, en primer lugar, el operador, sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo adoptará todas aquellas «medidas provisionales» necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, de acuerdo con los criterios previstos en el Anexo II, informando a la autoridad competente de las medidas adoptadas. Y, en segundo lugar, someterá a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños medioambientales causados, elaborada conforme a lo previsto en el Anexo II, tal y como dispone el artículo 20 del Reglamento. Se trata del documento donde se reflejará tanto la situación creada por el daño que se trata de prevenir, evitar o reparar, como las medidas que se deban adoptar para el correcto restablecimiento del medio ambiente (GUERRERO ZAPLANA, 2010: p. 149).

Como aclara el Documento estructura y contenidos, la redacción de un proyecto de reparación de daños medioambientales exige que éstos hayan sido considerados como significativos. Como ya se ha reflejado, la evaluación de la significatividad es realizada en primer término por el operador y en el proyecto de reparación se recopilarán los datos y criterios en base a los cuales determinados daños fueron considerados como significativos. Posteriormente, el operador presentará los datos e información que apoyan la evaluación de la significatividad ante la Administración, atendiendo al criterio escogido, sin olvidar que la autoridad competente también puede, en determinados casos, evaluar la significatividad de los daños medioambientales. Debe recordarse, además, que el propósito de la metodología para determinar las medidas de reparación que establece la Ley, en la que se enmarcaría la evaluación de la significatividad del daño, es conseguir una relación de proporcionalidad entre la magnitud del daño medioambiental y el alcance de las medidas de reparación (primaria, compensatoria y/o complementaria) correspondientes.

A tenor de lo anterior, el Documento estructura y contenidos expone los criterios que pueden utilizarse para evaluar la significatividad del daño. De este modo y, en primer lugar, como paso previo a la evaluación de la significatividad, es necesario que el operador responsable «identifique y cuantifique el daño medioambiental ocasionado», para lo cual deberá tener en cuenta lo recogido en los artículos 8 y siguientes, y en el Anexo I del Reglamento. En este contexto, y atendiendo a lo establecido en el artículo 15 del Reglamento, en dicha tarea deberán considerarse los siguientes aspectos: la identificación del agente causante del daño (si es físico, químico, biológico y, aunque el Reglamento no lo prevea, ocasionado por un incendio tal y como admite expresamente el MORA, documento metodológico, p. 28), la cuantificación del daño (que obliga a determinar parámetros como su extensión, intensidad, duración o reversibilidad) y la variación de otros parámetros como el estado de conservación del recurso afectado, y como el daño a afectado a su integridad física o nivel de calidad y, además, los riesgos que el daño comporta para la salud humana o para el medio ambiente asociado al recurso afectado.

Una vez considerados estos aspectos, y a fin de evaluar la significatividad del daño, se procederá a utilizar los criterios que establecen los artículos 16 a 18 del Reglamento, por referencia al recurso natural afectado, en línea con las definiciones del artículo 2 de la LRM. Sin embargo, debemos detenernos en hacer unas consideraciones previas sobre estos preceptos. En primer lugar, que el Documento estructura y contenidos aclara que el artículo 17 no tiene en realidad por objeto la evaluación de la significatividad por agente químico, sino que «debe entenderse, exclusivamente, como un elemento a tener en cuenta en la determinación de la intensidad del daño, conforme a lo establecido en el artículo 13 de la citada norma» que, como se ha descrito, es una de las tareas que es necesario llevar a cabo, junto con la extensión y la escala temporal del daño, para realizar la cuantificación del daño medioambiental prevista en el artículo 11 del Reglamento. Y, en segundo lugar, que el artículo 18 del Reglamento establece los criterios para la determinación de la significatividad de los daños a las aguas y el suelo cuando no resulta posible su determinación con arreglo al artículo 16, o en el caso de que la contaminación se produzca en un suelo que se encuentre contaminado antes de que se produjese el daño medioambiental. Se trata, por tanto, de una «cláusula de flexibilidad» (BELTRÁN CASTELLANOS, 2018: p. 154), que prevé la posibilidad de medir la significatividad por referencia a los efectos que el daño ocasione a las especies silvestres que habitan en el agua y en el suelo (GUERRERO ZAPLANA, 2010: p. 136).

Todo ello sin olvidar que el artículo 15.3 del Reglamento señala, en consonancia con el Anexo I de la LRM, que si los daños tienen efectos demostrados en la salud humana, siempre se considerarán como significativos. Sobre la forma de valorar los efectos sobre la salud humana, el apartado III del Anexo I del Reglamento establece que «para la valoración de forma específica de

los efectos sobre las especies silvestres y la salud humana se considerará cualquier vía de exposición a través del aire, el agua y el suelo, incluyendo la ingestión, la inhalación y la absorción». En este sentido, como apuntan COSACK y ENDERS (2008: p. 10), «en base a los principios del Derecho europeo, el concepto de salud debe interpretarse ampliamente en la línea de lo establecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

Precisadas estas cuestiones y entrando ya en el análisis del citado artículo 16 del Reglamento, éste consta de cuatro puntos, en los que se indica el criterio o criterios específicos de significatividad para especies silvestres y hábitats, aguas, suelo y ribera del mar y de las rías, respectivamente. Por ello, en el Documento estructura y contenidos se analizan dichos criterios específicos para evaluar la significatividad del daño por referencia a los distintos recursos naturales incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM. Estos son:

a) En relación con las «especies silvestres y hábitats», tal y como establece el artículo 16.1 del Reglamento «los daños ocasionados a las especies silvestres y a los hábitats serán significativos cuando los cambios experimentados por el receptor produzcan efectos adversos que afecten al mantenimiento de un estado favorable de conservación o a la posibilidad de que éste sea alcanzado». A estos efectos, se deberá tener en cuenta cualquier información disponible de carácter local, regional, nacional y comunitario de la especie o del hábitat afectado que resulte relevante. Además, el Anexo I de la LRM recopila una serie de indicadores o datos mensurables que el operador podrá emplear para determinar si se han producido dichos efectos desfavorables (número de individuos afectados, densidad o extensión, capacidad de propagación, etc.) y recopila unos criterios que, de cumplirse, permitirán clasificar los daños como no significativos, y que son los siguientes: 1) las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate; 2) las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los espacios naturales protegidos o los lugares de la Red Natura 2000, según se definan en sus respectivos planes de gestión o instrumentos técnicos equivalentes; y 3) los daños a especies o hábitat con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico (es decir, que pueda producirse la recuperación natural, sin intervención humana, de la especie o hábitat dañado).

Una aplicación práctica del «principio de precaución» podría ser el desconocimiento sobre las fluctuaciones naturales normales del hábitat o de la

especie objeto de estudio. En efecto, no siempre se dispone de información sobre la dinámica de la población o del hábitat respecto a las variaciones que experimentan de forma ordinaria. Ante esta ausencia de información, el operador o la autoridad competente podrían concluir la significatividad del daño por aplicación de dicho principio.

b) Por lo que respecta a «las aguas», más allá del concepto de daño a este recurso natural que establece el artículo 2.1.b) de la LRM, el artículo 16.2 de su Reglamento dispone que los daños a las aguas serán significativos «si la masa de agua receptora experimenta un efecto desfavorable de su estado ecológico, químico o cuantitativo, en el caso de aguas superficiales o subterráneas, o de su potencial ecológico, en el caso de aguas artificiales y muy modificadas, que traiga consigo, en ambos casos, un cambio en la clasificación de dicho estado en el momento de producirse la afección, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable» (entre la que se encuentra tanto el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, como el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; y el Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental).

Para evaluar si una masa de agua cambia su estado químico, ecológico o cuantitativo al producirse un daño, deberá tenerse en cuenta, en primer lugar, los factores que determinaron la clasificación de su estado, previamente a producirse el daño y posteriormente a que éste se produzca. En el caso de las amenazas inminentes de daños, habrá de preverse las consecuencias de los daños en caso de que estos llegasen a producirse.

Es importante destacar que el Documento estructura y contenidos precisa que en la determinación de la significatividad del daño medioambiental a las aguas «se debe tener en cuenta la escala temporal o temporalidad del mismo», como aspecto especialmente importante, puesto que la evaluación del estado de las mismas, en el contexto de la legislación de aguas, se realiza oficialmente al final de cada ciclo de planificación hidrológica, aunque las autoridades competentes realizan informes anuales del estado de las masas de agua. Sin embargo, en el contexto de la LRM, será necesario evaluar el cambio en la clasificación del estado de la masa de agua en el momento de producirse la afección, tal y como establece el citado artículo 16.2 del Reglamento de desarrollo parcial de la LRM.

Además, en algunos casos, la evaluación del posible cambio en la clasificación del estado de una masa de agua, cuando se produzca la afección, puede ser técnicamente compleja de realizar. Por ello, en la determinación

de la significatividad en estos casos se deberá seguir el ya citado principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable de que se ha superado el umbral. Incluso, en la evaluación de la significatividad de los daños puede ocurrir que el daño medioambiental se produzca sobre una masa de agua que se encuentre en mal estado antes de que ocurra el incidente. En estos casos, y en línea con lo que establece el artículo 18 del Reglamento (y que se refiere a la que hemos denominado como «cláusula de flexibilidad»), el carácter significativo de los daños ocasionados a las aguas podrá determinarse en función del daño que experimenten las especies silvestres que habiten la masa de agua.

Respecto a «las aguas marinas», el daño será significativo cuando afecte al buen estado ambiental de dichas aguas, tal y como se define en el artículo 9.1 de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de Protección de Medio Marino: «aqueel en el que éste da lugar a océanos y mares ecológicamente diversos y dinámicos, limpios, sanos y productivos en el contexto de sus condiciones intrínsecas, y en el que la utilización del medio marino sea sostenible, quedando así protegido su potencial de usos, actividades y recursos por parte de las generaciones actuales y futuras». Ahora bien, como precisa el Documento estructura y contenidos, si la evaluación de los daños a las aguas marinas está ya cubierta por la evaluación de la significatividad del daño para aguas superficiales, en el caso de aguas costeras, no será necesario realizar una evaluación adicional. En caso contrario, en coherencia con el criterio aplicado para las aguas superficiales y subterráneas, se considerará que un daño a las aguas marinas será significativo siempre que produzca un cambio en la clasificación del estado de dichas aguas.

c) Y en cuanto al «suelo», el artículo 16.3 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, recoge los criterios de significatividad, de forma que «los daños ocasionados al suelo serán significativos si el receptor experimenta un efecto adverso que genere riesgos para la salud humana o para el medio ambiente, de manera que aquél pueda ser calificado como suelo contaminado en los términos establecidos en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados».

De esta forma, la significatividad del daño al recurso suelo se determina recurriendo a la legislación sectorial, pues el citado Real Decreto 9/2005 establece unos niveles genéricos de referencia, relativos a protección de la salud humana o de los ecosistemas, cuya superación activa el procedimiento de declaración del suelo como contaminado. Por tanto, cuando un suelo es declarado como contaminado atendiendo a esta legislación sectorial, el daño medioambiental ocasionado se considera significativo en términos de la normativa sobre responsabilidad medioambiental.

d) Por último, respecto de la «ribera del mar y de las rías», el artículo 16.4 del Reglamento referencia la significatividad del daño a la del resto de los recursos naturales contemplados por la LRM: «los daños ocasionados a las riberas del mar y de las rías serán significativos en la medida en que lo sean los daños experimentados por las aguas, por el suelo o por las especies silvestres y los hábitats, de conformidad con lo establecido en los apartados anteriores». De este modo, la LRM y el Reglamento consideran al recurso ribera del mar y de las rías como una suma del resto de recursos considerados por la normativa sobre responsabilidad medioambiental. Por tanto, el daño será significativo si el daño a las aguas, al suelo, a las especies y/o a los hábitats (colindantes o próximos) resulta significativo, recurriendo a los criterios arriba expresados.

En definitiva, partiendo del hecho de que los efectos adversos significativos que puede causar un daño ambiental constituyen un concepto jurídico indeterminado, y que su determinación deberá llevarse a cabo caso por caso, aplicando los criterios que se han expuesto, no se pueden establecer criterios completamente objetivos o procesos automáticos, pues cada recurso natural presentará características singulares que obedecerán a diversos factores como geográficos o climáticos, por ejemplo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de recursos naturales indispensables para la vida, y que por ello, el umbral de significatividad deberá partir desde un «nivel bajo», pues en caso contrario se estaría privando de antemano de aplicabilidad a la LRM, siendo también muy necesario aplicar el principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable en ese sentido, a pesar de la falta de evidencias científicas.

V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. LAS SENTENCIAS DICTADAS EN 2018

En 2018 se han dictado algunas sentencias relacionadas con la aplicación del régimen de la responsabilidad medioambiental que regulan la LRM y su Reglamento de desarrollo parcial, así como la normativa sectorial correspondiente. Las mismas inciden sobre dos aspectos esenciales del régimen, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, por un lado, y la independencia de la exigencia de responsabilidad respecto de las infracciones administrativas, por otro.

1. Sobre la aplicación del requisito de actividad económica y el nexa causal

La LRM, al fijar su ámbito de aplicación subjetivo, dispone que regula la responsabilidad de los operadores (art. 1) y que se aplica a los daños

medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales (art. 3), que define como «toda aquella realizada con ocasión de una actividad de índole económica, un negocio o una empresa, con independencia de su carácter público o privado y de que tenga o no fines lucrativos» (art. 2.11). De este modo, la Ley contiene un concepto amplio de actividad económica o profesional, que favorece su aplicación a prácticamente cualquier agente económico, aunque exige, en todo caso, que el daño se cause en el ejercicio de su actividad, como expresamente declarase ya la SAN de 19 de julio de 2016 y que ahora confirma el Tribunal Supremo.

Nos referimos a la STS núm. 145/2018, de 1 de febrero, que tiene por objeto el recurso de casación núm. 95/2017, formulado por el Ayuntamiento de Cabrera del Mar contra la citada SAN de 19 de julio de 2016, que resuelve a su vez la desestimación presunta del Ministerio de Medio Ambiente, la Generalitat de Catalunya y el Consorcio Puerto de Mataró, de las solicitudes formuladas sobre responsabilidad medioambiental.

Exponiendo sucintamente los hechos, el citado Ayuntamiento presentó reclamación de responsabilidad por la desaparición constante y progresiva de la playa de Cabrera del Mar, atribuyéndola al gestor del Puerto de Mataró, pues sostiene que la erosión viene originada por la construcción del propio puerto que ha interrumpido el transporte natural de sedimentos que forman la playa. Dice el Tribunal que la Ley establece «un concepto muy amplio» de operador, ya que incluye no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino al que la controla, «lo que amplía notablemente el círculo de personas que en una primera instancia son los que desarrollan una actividad». Sin embargo, añade que «el daño que invoca la recurrente no deriva realmente de la actividad que desarrolla el Puerto, que consiste básicamente en la gestión y explotación de la actividad portuaria, sino que se identifica con la propia existencia del Puerto, por lo que derivaría del mismo en cuanto a infraestructura, a raíz de su construcción situada entre 1988 y 1991». De este modo, incluso si el Puerto no tuviera ninguna actividad, también se produciría el daño alegado, lo que no se encuentra previsto en la LRM, pues «dicha Ley exige que el daño sea causado por la actividad del operador» (FJ 5º). Por tanto, «no se aprecia la necesaria relación de causalidad entre la actividad económica y profesional y el presunto daño» (FJ 7º) y además, en cualquier caso, si tal relación pudiera establecerse, «no conviene olvidar que dada la fecha en la que se llevó a cabo tal construcción, no resultaría aplicable *rationes temporis*, la LRM por aplicación de lo dispuesto en su Disposición transitoria única» (FJ 8º) pues, en efecto, la construcción se realizó mucho antes del 30 de abril de 2007. Aunque no lo precise la Sentencia, cuestión distinta sería que el daño fuese causado por la actividad de la instalación y no por la construcción, donde el límite temporal no operaría al seguir produciéndose

los daños en la actualidad [por aplicación, *sensu contrario*, de la letra b) del apartado primero de la disposición transitoria única de la Ley].

Por lo demás, la actora, quizás consciente de lo anterior, como precisa el Tribunal, alega también que el Consorcio del Puerto tiene la mismas obligaciones que le fueron impuestas en su momento al gestor inicial por razón del artículo 13.2.c) de la LRM (que prevé como responsables subsidiarios de los deberes impuestos en esta ley a los que sucedan por cualquier concepto al responsable en la titularidad o en el ejercicio de la actividad causante del daño), de manera que el daño medioambiental vendría provocado realmente porque no se han tomado medidas para paliar los efectos de la existencia del Puerto. No obstante, esta argumentación también es rechazada por la Sala, pues entiende que estas medidas (cuando además la propia actora reconoce que el Consorcio ha realizado algunas actuaciones paliativas y trata de encuadrarlas como parte de la actividad económica), «vienen exigidas por la concesión otorgada y no por la actividad realizada o desarrollada por el Puerto». En este sentido y como argumenta la Generalitat, «se intenta traer a un supuesto de una presunta responsabilidad medioambiental cuestiones ajenas a este marco jurídico y que deberían plantearse a través de otras acciones si lo que se pretende defender es un presunto incumplimiento de obligaciones concesionales, que es un tema ajeno al daño medioambiental causado por una actividad económica o profesional a que se refiere el artículo 2.1 de la LRM» (FJ 5°).

Termina la Sala valorando la prueba practicada para concluir que «no resulta acreditado que la regresión de la playa de Cabrera del Mar se deba solo al puerto de Mataró, sino que obedece a múltiples causas, habiéndose constatado ya erosión de las mismas antes de la construcción del puerto». Es decir, se reconoce que la situación regresiva de las playas de Cabrera del Mar se inicia antes de la construcción del citado Puerto. No obstante, ello no resulta, a mi entender, exonerador de responsabilidad, poco importa que el daño hubiera comenzado a producirse previamente o por otras causas, sino que lo relevante en el caso enjuiciado es que el operador (el citado Puerto) en el ejercicio de su actividad económica cause o contribuya al daño medioambiental, y que se pueda apreciar un nexo causal entre tales extremos, lo que no ha sucedido, por lo que, en este caso y atendiendo a los propios razonamientos previos del Tribunal, no es posible imputar responsabilidad medioambiental al gestor del puerto.

2. La independencia de la responsabilidad medioambiental respecto de las infracciones administrativas

Como sostiene HERNADEZ SENDÍN (2001: p. 9) existe toda una jurisprudencia, que no sólo viene a diferenciar entre «acto sancionador» (basado

en la idea de culpabilidad) y «acto restaurador», sino que además afirma la independencia de la reparación respecto a la sanción, de forma que aun no procediendo la sanción por no ser ilícita la conducta, es factible la imposición ejecutoria de la reparación (STS de 7 de noviembre de 1985, STS de 10 de febrero de 1989, o la STS de 19 de febrero de 1992 que recalca que «la reparación de daños —a diferencia de la sanción— es independiente de la licitud o ilicitud de la conducta»). Asimismo, como advierte VALENCIA MARTÍN (2005: p. 124) «la separación entre ambas clases de responsabilidades tiene varias implicaciones, la más frecuentemente abordada por la jurisprudencia es que la prescripción de la infracción no impide *per se* la exigencia por la Administración de las responsabilidades pertinentes (por ejemplo, las Sentencias del TS de 21 de febrero de 2000, FJ 4º, o de 29 de noviembre de 2001, FJ 4º)».

En este sentido, dispone el artículo 6.1 de la LRM que «la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla». Además, precisa el artículo 36.4 que «la tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones reguladas en este capítulo no postergará la exigencia de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga» siendo, por tanto, independientes la infracción del deber de restaurar.

Como explica el TC en Auto de 16 de julio de 2012, respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el citado artículo 36.4 de la LRM (por vulneración del art. 25.1 de la CE, en un supuesto en que la Generalitat Valenciana había declarado caducado un procedimiento sancionador medioambiental pero había decretado medidas correctoras al amparo del art. 55 de la Ley 11/1994, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana), «la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, establece que quienes incumplan la obligación de utilizar racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la obligación de restaurar el daño medioambiental, expresión del interés público en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las

consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse».

Asimismo, estos criterios fueron expuestos por el propio TSJ de la Comunitat Valenciana en sus sentencias núm. 1605/2008, de 30 de octubre (rec. 986/2006) y núm. 4/2013, de 8 de enero de 2013 (rec. 6/2011) al señalar que «la diferente naturaleza de ambas figuras se observa claramente en la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental que, dando un paso más, incluso ha dotado de autonomía a ambas figuras» (FJ 2º).

Varias son las sentencias dictadas en 2018 que siguen reafirmando esta doctrina en relación con los daños causados al suelo. En primer lugar, la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana núm. 434/2018, de 16 de febrero de 2018 (rec. 516/2013), por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad «Profu S.L.» contra la Resolución del Director General de Calidad Ambiental de fecha de 1 de octubre de 2013, por la que se acordaba que la citada mercantil procediese a adoptar las medidas correctoras para restablecer el equilibrio medioambiental consistentes en proceder a la limpieza de una parcela de un polígono en el término municipal de Santa Pola retirando todos los residuos allí depositados, fundamentalmente escombros mezclados (hormigón, ladrillos, plásticos, maderas, etc.) que constituyen un deterioro paisajístico y ambiental evidente.

La parte actora solicita en su escrito que se declare la nulidad de la resolución impugnada, sobre la base de no ser la autora de los citados vertidos, ya que entiende que consta acreditado, que los residuos ya se encontraban en la parcela en el momento en que adquirió ésta. Al respecto alega que, la norma aplicable, el artículo 78 de la Ley 10/2000 de 12 de diciembre, de Residuos de la Comunidad Valenciana dispone que «sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, los infractores estarán obligados a la reposición o restauración de las cosas al ser y estado anterior a la infracción cometida, en la forma y condiciones establecidas por el órgano sancionador». Por tanto, razona que no siéndole imputable la comisión de la infracción que dio en su caso lugar a la existencia del vertido, tampoco puede imputársele la obligación de restaurar y eliminar los efectos nocivos causados, de lo que concluye que no es autora sino víctima.

Por su parte, la Sentencia apelada precisa que la obligación de restaurar no puede entenderse limitada a los infractores, sino que debe estimarse igualmente concerniente a los propietarios poseedores, en base a lo dispuesto en el artículo 71 de la misma norma: «los residuos tendrán siempre un titular responsable, cualidad que corresponderá al productor, poseedor o gestor de los mismos» y, en especial, a lo señalado por el artículo 8.1 de la Ley 10/2004 del Suelo no urbanizable (aplicable *ratione temporis*) conforme al cual «Los propietarios de suelo no urbanizable tienen los siguientes deberes: h) no tole-

rar los vertederos ilegales e incontrolados que existan en los terrenos de su propiedad, colaborando con los poderes públicos en su detección y posterior restauración del medio ambiente perturbado».

A este respecto, declara el TSJ que «víctima o no del vertido, los propietarios de los terrenos tienen, conforme a la norma citada, la carga general de mantener los mismos en el estado adecuado por la responsabilidad que conlleva la correlativa facultad de posesión y disfrute de los mismos, y sin perjuicio de poder en su caso repetir los gastos frente al causante del vertido. Lo que no puede aceptarse es que, acreditada la existencia de un vertido en el terreno poseído por la demandante, pueda ésta eludir su obligación de conservación del mismo y evitación de la existencia de vertidos mediante la simple atribución de responsabilidad al tercero causante del vertido. Tendrá éste la obligación de retirarlo y podrá ser sancionado, sin duda, pero también incumbe al poseedor la obligación mencionada y le puede ser exigida en cualquier momento» (FJ 2º).

En definitiva, es la independencia del hecho infractor respecto de la obligación de reparar, la que permite atribuir a otros sujetos distintos, en este caso, al poseedor de los terrenos, la obligación de reponer el suelo degradado, pues como advierte el Tribunal, «de lo contrario se perpetuarían los vertidos existentes en cualesquiera terrenos en aquellos casos en que el autor de los mismos no pudiera ser identificado o hubieran prescrito las responsabilidades infractoras o de restauración; bastaría así al propietario/poseedor de los terrenos alegar y justificar que no fue en su día el autor de los vertidos para que los mismos quedaran indefinidamente en el lugar, lo que evidentemente no es lógico» (FJ 2º). Por lo demás, no cabe olvidar que la demandante adquirió los terrenos en cuestión cuando ya existían los vertidos, siendo plenamente consciente de los mismos y sin obligar al vendedor a retirarlos previamente, «por lo que en cuanto sucesor en la titularidad jurídica del inmueble y de todo lo que en este se hallare, deviene responsable de los vertidos citados ya que asumió voluntariamente su existencia sobre la finca que adquiría».

En los mismos términos respecto de la responsabilidad de los poseedores de los terrenos, podemos citar la Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 228/2018, de 20 de marzo (rec. 184/2014), que declara que «no acreditada la participación en la contaminación de las dos mercantiles (Gas Natural SDG, SA y La Propagadora del Gas, SA), es lo cierto que el responsable de la descontaminación pasa a ser el propietario y el poseedor de los terrenos», por aplicación del artículo 15 de la Directiva 1991/156, de 18 de marzo y del artículo 19.a), apartado segundo, del Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Residuos en Cataluña de (en la redacción temporalmente aplicable al caso), así como, por el artículo 36 de la Ley estatal 22/2011, de 28 de julio, de

Residuos y Suelos Contaminados —LRSC— (de carácter básico en la materia, según su disposición final primera) que establece la obligación de realizar las operaciones de descontaminación y recuperación a cargo de los causantes de la contaminación y, subsidiariamente y por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores. En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias del TSJ de Cataluña núm. 139/2018, de 22 de febrero y núm. 255/2018, de 29 de marzo, con las que comparte objeto del proceso.

En segundo lugar, traemos a colación la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana núm. 3472/2018, de 13 de julio (rec. 432/2016), en la que se resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Secretario Autonómico de Medio Ambiente y Cambio Climático de 14 de enero de 2016, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Director General de Medio Natural y Evaluación Ambiental de 2 de noviembre de 2015.

En concreto, tanto la resolución de 2015 como la posterior de 2016 declaran prescrita, de conformidad con lo regulado en el artículo 57 de la Ley 11/1995, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana, la infracción menos grave prevista en el artículo 52.19 «por llevar a cabo en una parcela de un polígono del término municipal de Sollana, en el ámbito del Parque Natural de La Albufera, en suelo no urbanizable protegido, un cambio de uso de parcela, arrancando los naranjos plantados, aportando zahorras para la construcción de un camino interno, la construcción de una caseta de madera de unos 65 m² y una piscina, y el vallado de la parcela revegetándolo con especies alóctonas, todo ello sin contar con el informe favorable». No obstante lo anterior, señalan las mencionadas resoluciones que subsiste, a tenor del art. 55 de la citada Ley 11/1994, la obligación de reparación del daño causado y reposición de las cosas a su estado original. Pues bien, impugna el recurrente las resoluciones alegando la prescripción de la infracción y la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y la vulneración del principio *non bis in ídem*.

Respecto del primer motivo impugnatorio planteado, comienza el Tribunal por advertir que «la obligación de reparación del daño causado y de reposición de las cosas a su estado anterior es exigible al responsable aun cuando haya prescrito la infracción de la que derivan tales obligaciones, que no quedan afectadas por esa prescripción». Así se puso ya de relieve por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de febrero de 2000, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 1471/1995, donde el Tribunal razonaba que «la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba sólo como retributiva de la infracción, a modo de pena ligada a ésta, sino que es una obligación

que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias objetivas y subjetivas que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal, y de ahí, por tanto, que la apreciación de la prescripción de la infracción no constituya obstáculo para la adopción y pervivencia de la obligación de demoler lo indebidamente construido impuesta en un solo procedimiento» (FJ 3º).

En consecuencia, la pervivencia de la obligación de restauración medioambiental una vez prescrita la infracción de la que deriva dicha obligación queda recogida en la legislación medioambiental, tanto en la estatal como en la autonómica valenciana. En efecto, la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana, dispone en su art. 55.1 que «las infracciones previstas en esa ley llevan aparejada en todo caso, siempre que sea posible, la reparación del daño causado y reposición de las cosas a su estado original». Y por su parte, la LRM —que tiene carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, según se indica en su disposición final primera—, señala en su artículo 36.4 las medidas de prevención, evitación y reparación «son independientes de la sanción que, en su caso, se imponga», y añade en su artículo 38.2 que si se ocasionan por el operador daños medioambientales por incumplimiento de las obligaciones recogidas en tal ley, cuya inobservancia sea constitutiva de infracción, el mismo queda obligado en todo caso a adoptar las medidas que prevé la norma, «con independencia de la sanción que corresponda».

Asimismo, en relación con el precitado artículo 55.1 de la Ley 11/1994, se ha pronunciado esta Sala de lo Contencioso-Administrativo en el recurso de casación número 6/2011, interpuesto por la Generalitat Valenciana en interés de la ley, en el que recayó la ya citada la sentencia núm. 4/2013, de 8 de enero, fijando como doctrina legal que «es ajustado a derecho el que la reparación del daño medioambiental causado y la reposición de las cosas a su estado original, pueda exigirse aun cuando haya prescrito la infracción de la que derivan estas obligaciones». Esta sentencia se pronuncia, además, sobre el plazo de prescripción que resulta aplicable a la obligación de reparación de los daños medioambientales, plazo que el legislador autonómico valenciano no ha regulado expresamente en la Ley 11/1994. Por tanto, ante el silencio de la ley autonómica, concluye la sentencia que es de aplicación el plazo general de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tienen señalado plazo especial de prescripción (en la actual redacción de este precepto, el plazo es de cinco años ex disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre). A este respecto, debemos precisar que la LRM tiene carácter de legislación básica de protección del medio ambiente, y que el plazo que establece es mucho más

garantista con la recuperación de los recursos naturales que el que prevé el Código Civil, lo que permitirá la exigencia de reparación por más tiempo en aquellos casos en los que sea aplicable la misma, esto es cuando el daño sea causado por un operador en el ejercicio de su actividad económica, lo que no ha sucedido en el caso expuesto.

Por tanto, dado que las resoluciones administrativas impugnadas reconocen expresamente la prescripción de la infracción, pero no así la prescripción de la obligación de éste de restaurar el equilibrio medioambiental alterado y de reparar el daño causado declara el Tribunal que «la orden de eliminación de la caseta de madera, del aporte de zahorras y de la piscina y valla con vegetación alóctona dada al ahora recurrente por las resoluciones impugnadas es ajustada a derecho».

Por otro lado, aduce el recurrente la vulneración por la Administración del principio *non bis in idem*, alegato que funda en la condena de pena de seis meses de prisión y multa de trece meses como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, impuesta por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, de 3 de marzo de 2009. Por ello, sostiene el demandante que, ante la existencia de dicha condena penal, las resoluciones administrativas impugnadas en la presente *litis* contravienen el art. 25 de la CE y el art. 137.2 de la entonces vigente Ley 30/1992 que dispone que «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien» (art. 77.4 de la actual Ley 39/2015).

Pues bien, esta alegación tampoco prospera ante el Tribunal. Como ha sido razonado más arriba, las resoluciones recurridas no imponen al demandante una sanción sino, la obligación de restaurar el equilibrio medioambiental alterado y de reparar el daño causado, por lo que la Sala reitera el diferente régimen jurídico existente entre ambas técnicas jurídicas. A mayor abundamiento, el ya citado ATC núm.145/2012, de 16 de julio, manifiesta que «la obligación de restaurar el daño medioambiental carece del contenido aflictivo que es propio de las sanciones administrativas por cuanto de las mismas no es posible predicar finalidad punitiva alguna, lo que pone de manifiesto su distinta naturaleza que justifica un distinto tratamiento legal». Por consiguiente, como recuerda la STC 187/2006, de 19 de junio, FJ 3º «en la medida en que las garantías previstas en el art. 25.1 CE sólo resultan aplicables a las consecuencias jurídicas de carácter sancionador, no puede pretenderse que se extiendan los efectos de la vulneración de dicho precepto a otras consecuencias, como son las de obligación de reposición del medio alterado, que no tiene una finalidad sancionadora sino de restauración de la legalidad medioambiental».

En definitiva, en las sentencias del 2018 analizadas (así como en las citadas de años anteriores) se confirma la alegada «independencia» entre las

sanciones administrativas y la obligación de restaurar el equilibrio medioambiental alterado. Dicha independencia es, además, recogida en numerosas leyes de nuestro ordenamiento, tanto estatales como la LRM y la LRSC, como autonómicas, en los casos analizados, la Ley 11/1995, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales protegidos de la Comunidad Valenciana y el Decreto Legislativo 1/2009, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los Residuos en Cataluña. En efecto, la necesaria salvaguarda de los recursos naturales que prevé el artículo 45 CE no debe quedar condicionada, en ningún caso, a la imposición o ejecución de las sanciones administrativas que por los mismos hechos también procedan, pues la finalidad punitiva de las sanciones no ha de prevalecer sobre la efectiva reparación del daño causado, esta es, la devolución del medio ambiente degradado al estado anterior al que se encontraba antes de sufrir la agresión.

VI. VALORACIÓN FINAL. LOS AVANCES Y LAS INCERTIDUMBRES EN LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

El 2018 ha sido un año de avances para el régimen de la responsabilidad medioambiental, los cuales no siempre vienen ligados a los cambios o a la proliferación normativa. Dichos avances traen causa de un factor fundamental para la eficacia del Derecho, este es, la información. En efecto, la publicación de los informes sobre la aplicación de la LRM, por un lado, y la resolución de algunas sentencias en la materia, por otro, nos permiten conocer, con mayor acierto, las ventajas del sistema, así como los criterios que favorecerán su aplicación, pero también los aspectos que admiten mejora. En este sentido, queda patente la necesaria ampliación de las actividades sometidas a la exigencia de garantía financiera si se quiere mantener el espíritu garantista que se estableció con la aprobación de la LRM y con la propia reforma, pues como se ha reflejado, las actividades económicas que más daños han causado al medio ambiente en estos años de vigencia del régimen están exentas de tal obligación.

Por otro lado, la compleja tarea de enfrentarse a un concepto jurídico indeterminado (la significatividad del daño ambiental), y más aún cuando éste es el que determina o no la aplicación de la Ley, es una de las cuestiones que demandan más conocimiento y criterios de aplicación. No cabe duda de que es un ámbito en el que se han producido avances, por ejemplo, con la aplicación del principio de precaución para favorecer la determinación de la significatividad del daño cuando haya una duda razonable sobre el alcance del mismo, la interpretación de los criterios para calificar de significativo el daño por referencia al recurso natural afectado o el estudio de los procesos a seguir en función de las fases del daño, y que favorecen la aplicación de la

Ley. No obstante, por otro lado, se evidencian aspectos de dudosa justificación en la aplicación práctica de la Ley, como la falta de adopción de medidas complementarias y, sobre todo, compensatorias, en la reparación de los daños reportados en estos años.

Finalmente, la jurisprudencia dictada en el año 2018 en materia de responsabilidad medioambiental se ha ocupado, en primer lugar, de reafirmar el ámbito de aplicación subjetivo de la LRM, que gira sobre el amplio concepto de «operador» y que incluye no sólo al que directamente desarrolla una actividad económica o profesional, sino también al que la controla, aunque requiere de la efectiva relación o nexo causal entre dicha actividad y el daño causado. Y, en segundo lugar, las sentencias analizadas dejan patente la sentada independencia entre la infracción administrativa y la reparación del daño ambiental, que exige el restablecimiento de los recursos naturales dañados aunque la infracción haya prescrito, recociéndose además en determinados casos, como en los daños al suelo, que otros sujetos responsables ajenos a la infracción podrán responder para garantizar la recuperación del medio ambiente degradado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago M. (2018a): «Las regresiones del derecho ambiental como causa de aumento del riesgo sobre grupos vulnerables», en *Ius et scientia*, Vol. 4, núm. 2.
- (2018b): «La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 41, 2018.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel (2018): *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- COSACK, Tilman y ENDERS, Rainald (2018): «Das Umweltschadensgesetz im System des Umweltrechts» en *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, núm. 7.
- GARCÍA ROCASALVA, Carles (2018): *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona.
- GUERRERO ZAPLANA, José (2010): *La responsabilidad medioambiental en España*, La Ley, Madrid.
- HERNÁNDEZ SENDÍN, Amalia (2002): «La responsabilidad administrativa por los daños ocasionados al medio ambiente», en *E-Derecho Administrativo (e-DeA)*, núm. 2.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2011): «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español» en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20.

- VALENCIA MARTÍN, Germán (2005): «El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales», en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*, Monografía asociada a Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, núm. 7.
- (2010): «La responsabilidad medioambiental» en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25.

EL FONDO NACIONAL DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 7 DE AGOSTO DE 2018

CLAUDIA HERNÁNDEZ LÓPEZ

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. LAS OBLIGACIONES EN EFICIENCIA ENERGÉTICA: 1. Las exigencias de la Directiva de Eficiencia Energética. 2. Un modelo clásico: sostener una obligación de servicio público con un fondo. 2.3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética.– III. LA CONTROVERTIDA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN ESPAÑA: 1. El origen del litigio. 2. Las cuestiones discutidas: A) No se puede ahorrar energía, solo se puede pagar. B) Las partes obligadas ¿solo pagan las empresas de venta de energía al por mayor?– IV. LA RESPUESTA DEL TJUE: 1. El Fondo sí es conforme a la Directiva, pero es una medida alternativa. 2. Corresponde al TS decidir si la elección de los obligados está justificada.– V. UNA INTERPRETACIÓN LITERAL NO IMPIDE EL DEBATE.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, impuso a los Estados la obligación de conseguir unos objetivos de eficiencia para el año 2020. Esta norma dejó a las autoridades nacionales la elección de los medios para hacerlo dentro de un conjunto de alternativas posibles. En este contexto, España creó el Fondo Nacional de Eficiencia Energética para recaudar recursos, destinarlos a financiar las iniciativas de eficiencia energética del Estado y cumplir con los objetivos europeos.

Este trabajo analiza el Fondo como mecanismo único para mejorar la eficiencia energética a la luz de la STJUE, de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16, en la que algunos operadores del sector energético cuestionaron el modelo español por basarse exclusivamente en la recaudación de recursos económicos.

Palabras clave: fondo sin personalidad; obligaciones; eficiencia energética.

ABSTRACT: Directive 2012/27/EU on energy efficiency, imposed on States the obligation to achieve efficiency objectives for the year 2020. This norm gave the States several alternatives to achieve the objectives. In this context, Spain created the National Energy Efficiency Fund to collect resources, allocate them to finance the State's energy efficiency initiatives and comply with European objectives.

This paper analyzes the Fund as a unique mechanism to improve energy efficiency in view of the judgment of the European Union Court of Justice of August 7, 2018, case C-561/16. In this case, some operators in the energy sector questioned the Spanish model because it was based exclusively on the obtaining of economic resources.

Key words: fund; obligation; energy efficiency.

I. PLANTEAMIENTO

En el año 2014 se creó el Fondo Nacional de Eficiencia Energética —FNEE—. Con este instrumento se trasponía al ordenamiento español una parte de la Directiva de Eficiencia Energética —DEE— (1). La finalidad era recaudar recursos con cargo a determinados operadores para invertirlos en medidas que mejoraran la eficiencia y cumplir las directrices europeas en la materia (2). Aunque este sistema va camino de alcanzar los objetivos para 2020, ha sido cuestionado por las empresas que están obligadas a contribuir al Fondo (3).

Esto ha generado un litigio que ha culminado con la STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-561/16. El tema está zanjado confirmando el sistema español, pero merece atención por la ampliación de los objetivos de eficiencia para las próximas décadas (4).

(1) El Fondo se creó por medio del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que trasponía al ordenamiento la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE. Actualmente está previsto en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(2) Sobre la eficiencia energética, en general, J.F. ALENZA GARCÍA, y M. SARASÍBAR IRIARTE (2007); I. GONZÁLEZ RÍOS (2011); F. GARCÍA RUBIO y F. MELLADO RUIZ (2013); S. GALERA RODRIGO (2014); I. GONZÁLEZ RÍOS y R. GALÁN VIOQUE (2016); GONZÁLEZ RÍOS y C.M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2016).

(3) De conformidad con lo previsto en el artículo 69.2 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, el período de duración del sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética comprenderá desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, hasta el 31 de diciembre de 2020.

(4) El conflicto resuelto por el TJUE no ha sido el único en torno al sistema español de obligaciones de eficiencia energética. Unos meses antes el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 69/2018, de 21 de junio de 2018, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. En particular, en cuanto al sector energético, se discutían las competencias atribuidas al Estado para la *gestión* del Fondo Nacional de Eficiencia Energética y para la *gestión* de los Certificados e Ahorro Energético (CAE). Aunque los argumentos en relación con la gestión del Fondo no fueron admitidos (y el Estado conserva la competencia), sí que se admitieron los relacionados con los CAE: *«A diferencia del caso anterior (la «gestión» del fondo nacional de eficiencia energética del artículo 72.3), el término «gestión» de este artículo 71.2 sí alude a una actividad estrictamente aplicativa de normas previamente aprobadas, y lo hace en una materia, la energía, donde las Comunidades Autónomas tienen reservadas esas competencias de gestión y ejecución, sin que pueda justificarse su asunción por el Estado ni en la doctrina sobre las actuaciones de ejecución como complemento necesario de las bases estatales, ni en una aplicación, por lo demás siempre excepcional, del criterio de la supraterritorialidad. Por consiguiente, el inciso final del primer párrafo del artículo 71.2 de la Ley 18/2014 en el que*

Para cumplir con las directrices europeas para el año 2050 no basta con adoptar medidas aisladas, es necesario que desde ahora se realicen cambios graduales y profundos que permitan conseguir resultados significativos (5). Tarde o temprano los operadores del sector —ahora obligados únicamente a pagar— tendrán que mejorar la eficiencia en la producción, distribución y venta de energía. Más aun teniendo en cuenta que se persigue conseguir una reducción de un 80-95% de las emisiones. Estos objetivos no solo afectan a las empresas de suministro eléctrico, sino a sectores como el transporte, que debido a ese proceso se van a volver más dependientes de la electricidad (6). Al respecto la Hoja de Ruta de la Energía para 2050 prevé lo siguiente:

«la electricidad tendrá que desempeñar un papel mucho más importante que en la actualidad (casi duplicará su cuota en la demanda final de energía, alcanzando un 36 a 39 % en 2050) y tendrá que contribuir a la descarbonización del transporte y de la calefacción/refrigeración. La electricidad podría satisfacer alrededor del 65 % de la demanda de energía de los automóviles y vehículos industriales ligeros... Para llegar a ello, el sistema de generación de energía deberá someterse a cambios estructurales y lograr un nivel significativo de descarbonización ya en 2030 (57-65% en 2030 y 96-99% en 2050). En estas condiciones queda patente la importancia de iniciar ya la transición y proporcionar las señales necesarias para reducir al mínimo las inversiones que den lugar a una producción elevada de carbono en las próximas dos décadas» (7).

Queda claro que quienes producen, distribuyen y venden energía están obligados a realizar cambios orientados a la descarbonización y a mejorar la eficiencia. En este contexto, cobra sentido preguntarse si el modelo español,

se dispone que la «gestión» de los certificados de ahorro energético «corresponderá al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía», órgano de la Administración del Estado, debe ser declarado inconstitucional y nulo por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias. Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad debe extenderse igualmente al inciso «y certificación» del artículo 72.3, en cuanto considera gastos de administración del fondo nacional de eficiencia energética los de certificación de los ahorros energéticos» (FJ 5°).

(5) *«Si las inversiones se retrasan, su coste será mayor de 2011 a 2050 y crearán una mayor perturbación a largo plazo. Es urgente desarrollar estrategias para después de 2020. Las inversiones en energía tardan en producir resultados. En esta década se está produciendo un nuevo ciclo de inversión, puesto que las infraestructuras construidas hacen 30 o 40 años necesitan ser sustituidas. Actuar ahora puede evitar cambios costosos dentro de algunas décadas y reduce los efectos de retraimiento». Véase la Hoja de Ruta de la Energía para 2050. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. COM (2011) 885 final, pág.2.*

(6) Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050. COM (2011) 112 final.

(7) Hoja de Ruta de la Energía para 2050. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. COM (2011) 885 final, págs. 6-7.

basado casi exclusivamente en una fórmula de pagos es el idóneo o si, por el contrario, sería más apropiado que se favoreciera un ahorro real en las empresas energéticas.

II. LAS OBLIGACIONES EN EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. Las exigencias de la Directiva de Eficiencia Energética

La Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, en adelante DEE, presenta la eficiencia como un «*medio valioso*» para limitar el cambio climático, superar la crisis o abordar la dependencia energética de la UE (considerando 1) (8). Para alcanzar esos fines fija un objetivo de ahorro energético del 20% para el año 2020 y, para conseguirlo, impone a los Estados miembros la obligación de comunicar un objetivo de eficiencia y de adoptar medidas para lograrlo.

Dentro de las medidas a adoptar destaca el deber de crear un *sistema de obligaciones de eficiencia energética* que permita a las empresas distribuidoras de energía y minoristas de venta de energía que designe el propio Estado alcanzar el ahorro de energía que se establece en el artículo 7.1 (9). Pero, al mismo tiempo, el apartado 9 del propio artículo 7, establece varias alternativas a la imposición de obligaciones a esas empresas para la consecución de ese resultado final.

(8) El considerando 1 establece lo siguiente: «*La Unión se enfrenta a retos sin precedentes debido a una creciente dependencia de las importaciones de energía y a la escasez de recursos energéticos, así como a la necesidad de limitar el cambio climático y superar la crisis económica. La eficiencia energética es un medio valioso para superar estos retos. Mejora la seguridad de abastecimiento de la Unión al reducir el consumo de energía primaria y las importaciones de energía. Asimismo, ayuda a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero de manera rentable en relación con los costes, y de este modo, a mitigar el cambio climático. El cambio a una economía más eficiente en el consumo de energía también debe acelerar la difusión de soluciones tecnológicas innovadoras y mejorar la competitividad de la industria de la Unión, impulsando el crecimiento económico y creando empleos de alta calidad en varios sectores relacionados con la eficiencia energética.*»

(9) Artículo 7.1: «*Cada Estado miembro establecerá un sistema de obligaciones de eficiencia energética. Dicho sistema velará por que los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía que estén determinados como partes obligadas con arreglo al apartado 4, que operen en el territorio de cada Estado miembro alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final, antes del 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2. Dicho objetivo será al menos equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2020, del 1,5% de las ventas anuales de energía a clientes finales de todos los distribuidores de energía o empresas minoristas de venta de energía, en volumen, como promedio de los últimos tres años previos al 1 de enero de 2013. Se podrán excluir total o parcialmente de este cálculo las ventas de energía, en volumen, empleada para el transporte.*»

Como se puede observar la DEE, obliga a los Estados en cuanto al resultado, pero deja a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En concreto, el apartado 9 permite sustituir esa imposición de obligaciones a las empresas por la creación de tributos, incentivos fiscales, normas y acciones para la aplicación de nuevas tecnologías o técnicas eficientes, sistemas de etiquetado energético, medidas de formación y educación de clientes finales, entre otras (10). Además de ello, el artículo 20.6 de la DEE, también permite sustituir la imposición de obligaciones por una contribución anual de los sujetos obligados a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética (11). Y

(10) «Como alternativa a la imposición de un sistema de obligaciones de eficiencia energética en virtud del apartado 1, los Estados miembros podrán optar por otras medidas de actuación para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales, siempre que tales medidas de actuación cumplan los criterios establecidos en los apartados 10 y 11. La cantidad anual de nuevos ahorros de energía obtenidos de esta manera será equivalente a la cantidad de nuevos ahorros de energía exigida en los apartados 1, 2 y 3. Siempre que se mantenga la equivalencia, los Estados miembros podrán combinar los sistemas de obligaciones con otras posibles medidas de actuación, como los programas nacionales de eficiencia energética. Entre las medidas de actuación a que se refiere el párrafo primero podrán incluirse, aunque sin limitarse a ellas, las siguientes medidas de actuación o combinaciones de las mismas: a) tributos sobre la energía o sobre las emisiones de CO₂ que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; b) mecanismos e instrumentos financieros o incentivos fiscales que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; c) reglamentaciones o acuerdos voluntarios que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; d) estándares y normas cuya finalidad sea mejorar la eficiencia energética de productos y servicios, también de edificios y vehículos, salvo en aquellos casos en los que, en virtud del Derecho de la Unión, dichos estándares y normas sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros; e) sistemas de etiquetado energético, con excepción de los que sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión; f) formación y educación, incluyendo programas de asesoramiento energético, que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que tengan el efecto de reducir el consumo de energía de uso final. Los Estados miembros notificarán a la Comisión, a más tardar el 5 de diciembre de 2013, las medidas de actuación que piensan tomar a efectos de la aplicación del párrafo primero y del artículo 20, apartado 6, de acuerdo con el marco que se establece en el anexo V, punto 4, y mostrando de qué modo conseguirían la cantidad de ahorros exigida. En el caso de las medidas de actuación que se contemplan en el párrafo segundo y en el artículo 20, apartado 6, esta notificación demostrará cómo se cumplen los criterios previstos en el apartado 10. En el caso de medidas de actuación distintas de las que se contemplan en el párrafo segundo o en el artículo 20, apartado 6, los Estados miembros explicarán cómo se consigue un nivel equivalente de ahorro, supervisión y verificación. La Comisión podrá presentar propuestas de modificación durante los tres meses siguientes a la notificación».

(11) Artículo 20.6 de la DEE: «Los Estados miembros podrán estipular que las partes obligadas puedan cumplir las obligaciones previstas en el artículo 7, apartado 1, contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones».

esta ha sido la opción escogida por el legislador español (arts. 71 y siguientes de la Ley 18/2014) (12).

2. Un modelo clásico: sostener una obligación de servicio público con un Fondo

Como se apuntó, en España se optó por crear un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, en adelante FNEE. Por medio del mismo se imponen unas obligaciones de pago a los operadores del sector con el fin de recaudar recursos en cuantía equivalente al coste de las inversiones que sean necesarias para conseguir los objetivos de eficiencia (13). En consecuencia, en el sistema español son los sujetos obligados a contribuir al FNEE quienes soportan, económicamente hablando, la carga del ahorro energético.

La eficiencia energética es uno de los ámbitos que admite la imposición de OSP (14). El artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes

(12) La libertad de formas concedida por la DEE ha dado lugar a que cada Estado tenga un sistema de obligaciones de eficiencia distinto. Algunos modelos se basan en certificados de ahorro energético con los que se puede comerciar —*certificados blancos*—. Este, por ejemplo, es el caso de Italia, que dispone de un sistema de certificados desde hace catorce años (*titoli di efficienza energetica, TEE*). Inicialmente, estaba dirigido al sector residencial. Sin embargo, en 2012 se trasladó al sector industrial. Ahora el sector residencial se beneficia de un sistema de incentivos fiscales y subvenciones (*Conto Térmico*). En esta misma línea se encuentran Reino Unido (*white certificates/energy efficiency obligations, EEO*) y Francia (*certificat d'économie d'énergie, CEE*). Véase la configuración de esos modelos, respectivamente, en *Decreto Legislativo 4 luglio 2014, n. 102, Attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE —Italia—; Loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique —Francia—; y Communication of the United Kingdom's approach and analysis for complying with the requirements of Article 7 of the Energy Efficiency Directive —Reino Unido—. Otros Estados se han decantado por medidas distintas. En Grecia, por ejemplo, su modelo de eficiencia se asienta sobre incentivos financieros, programas de formación, estándares y normas. Similar es el caso de Países Bajos, que creó impuestos, instrumentos financieros e incentivó la celebración de acuerdos voluntarios; o de Alemania, que creó impuestos, instrumentos financieros, normas, estándares y favoreció los acuerdos voluntarios. En algunos casos han tenido más éxito que en otros. Sobre todo esto se puede consultar el Informe de la Comisión de Industria, Investigación y Energía —ITRE— sobre aplicación sobre la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética —2015/2232(INI)— y la Evaluación que lo acompaña: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579327/EPRS_STU\(2016\)579327_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579327/EPRS_STU(2016)579327_ES.pdf).*

(13) La normativa prevé que su finalidad es la financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información, u otras medidas orientadas a aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores de modo que contribuyan a conseguir los objetivos marcados por la UE

(14) De hecho, el considerando 43 de la DEE, se refiere expresamente a esta posibilidad: «de conformidad con el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/72/CE y con el

para el mercado interior de la electricidad, establece que los Estados pueden imponer a las empresas eléctricas, en aras del *interés económico general*, obligaciones de servicio público que podrán referirse «a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima». Como es lógico, esas obligaciones de servicio público deberán «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables» (15).

Pese a que es habitual asociar las OSP a sectores liberalizados en los que, de una forma u otra, es necesario garantizar la prestación de un servicio allí donde no llega el mercado, lo cierto es que no se limitan a estos casos. También están vinculadas a la satisfacción de un *interés económico general* —que no tiene porqué ser la prestación de un servicio público en el sentido prestacional del término—. De hecho, la Directiva 2009/72CE no se refiere a un *servicio de interés económico general*, sino que emplea un concepto más amplio de *interés económico general*, que justifica, en su caso, la imposición de las OSP (16).

Pese a que normativa española no califica al FNEE como instrumento para la imposición de OSP, lo cierto es que lo es. Como se verá, la ausencia de referencias explícitas a ello no elimina tal condición.

En el sector eléctrico y de los hidrocarburos no se reconoce expresamente ninguna OSP distinta al abono de la cuota del bono social (17). Y sin embargo, es posible identificar multitud de obligaciones que representan una restricción a las libertades empresariales reconocidas en la UE (18). Esas cargas solo son

artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2009/73/CE, los Estados miembros podrán imponer a las empresas que operen en los sectores de la electricidad y del gas obligaciones de servicio público relativas a la eficiencia energética»

(15) La calificación de las obligaciones de pago al FNEE como obligaciones de servicio público en I. GONZÁLEZ RÍOS (2016: 202-206); De un modo más general, sobre las OSP, G. ARIÑO ORTIZ, J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997); J.C. LAGUNA DE PAZ (2009); A. GONZÁLEZ SANFIEL (2010).

(16) «La consecuencia fundamental de un *interés económico general* es la habilitación para que el Estado miembro pueda imponer obligaciones de servicio público relacionadas con la seguridad del abastecimiento, la regularidad, su universalidad y asequibilidad, la libre competencia o la protección del medio ambiente, entre otros...», F. VILLAR ROJAS (2016: 262-263).

(17) Previsto en el artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

(18) VILLAR ROJAS, identifica y señala numerosas obligaciones impuestas a productores, transportistas, distribuidores, comercializadores de referencia y comercializadores de autoconsumo que sin ser calificadas como OSP tienen tal condición: «...la legislación española está muy lejos de esta regulación. La Ley del Sector Eléctrico solo reconoce una obligación de servicio público: el deber de los grupos de empresas, que desarrollan simultáneamente actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica, de abonar la cuota parte que les corresponda del bono social... Ninguna otra obligación se reconoce en la legislación eléctrica; tampoco en la ley de hidrocarburos. Siendo así es necesario preguntarse ¿qué son

legítimas si se enmarcan en una razón imperiosa de interés general, cuáles son: «*la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima...*» (19). Pero siendo estas las razones que justifican la imposición de aquellas obligaciones, esas cargas deben ser tratadas como OSP (y, por tanto, deberán respetar la proporcionalidad, transparencia, la objetividad y la no discriminación) (20).

Al igual que en los casos señalados, en el ámbito de la eficiencia energética, el legislador español se ha decantado por imposición de OSP a determinados operadores. No es extraño que haya escogido la creación de un FNEE. La mejora de la eficiencia requiere, inevitablemente, que se realicen inversiones y la trasposición de la Directiva se hizo en plena crisis económica —2014—. En ese momento, la Administración estaba incapacitada para destinar recursos propios a ese tipo de acciones (21). Por ello, la creación de un FNEE para

y cómo se regulan entonces, todas las obligaciones y cargas que recaen sobre operadores de las distintas actividades de los suministros de gas y electricidad, en particular aquellas que afectan a la iniciativa empresarial? ¿cuál es su fundamento jurídico? ¿es conforme con el derecho comunitario?... la obligación de mantener la capacidad de producción autorizada (art. 24.1 de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de hacer ofertas económicas de venta de energía (art. 23.1 y 26.3 d) de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de adherirse a las condiciones de funcionamiento del sistema de ofertas (23.3 g) de la Ley del Sector Eléctrico); ...la obligación de percibir la tarifa regulada por la Administración (art. 15.8 de la Ley del Sector Eléctrico); ...o la obligación de hacer ofertas de adquisición de energía (art. 23.1 Ley del Sector Eléctrico). (...) Valoradas en conjunto las obligaciones descritas suponen en mayor o menor medida, cargas que afectan a las libertades de contratación, de planificación e inversión empresarial, incluso de fijación de precios... esas restricciones serán legítimas si traen causa de una razón imperiosa de interés general. Pero siendo así, esos deberes deben ser analizados como obligaciones de servicio público». F. VILLAR ROJAS (2016: 262-263).

(19) El artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE es claro al respecto: «*En el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales*».

(20) Algunas de esos límites a las OSP, como la *no discriminación* han sido valorados en la STJUE que es objeto de análisis en el presente trabajo.

(21) El contexto de crisis económica ha propiciado el uso de este instrumento, idóneo para obtener y canalizar recursos y hacerlo, además, con más flexibilidad de la que es habitual en la Administración. Véase el listado de Fondos carentes de personalidad jurídica en los PGE 2018.

recaudar recursos e invertirlos en eficiencia se presentó como una solución. De hecho, el Fondo es un instrumento clásico para imponer obligaciones de pago entre los operadores de un sector y sostener, entre todos los obligados la carga a repartir (22).

3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética

Los fondos públicos son instrumentos habituales de la Administración española (23). Aparte de los Fondos del Servicio Universal, desde hace más de una década se han creado numerosos fondos para financiar acciones de todo tipo. Muchos de ellos se han orientado a solucionar los problemas de la crisis económica —*Fondo de Financiación de Entidades Locales, Fondo de Ayuda al Comercio Interior o Fondo de Apoyo a la República Helénica*— (24). Otros, en cambio, se han empleado para financiar servicios o actividades de interés público —*Fondo de Garantía de Alimentos, Fondo para Inversiones en el Exterior o Fondo de Atención a la Dependencia*— (25).

Con independencia del sector o actividad en el que se encuentren, su objeto es afectar, acumular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados, a fines públicos. Aun cuando las normas que los regulan establecen diferencias entre ellos, constituyen una categoría diferenciada dentro de las formas de las que se sirve la Administración para realizar su actividad (26). De hecho,

(22) Sirva de ejemplo el Fondo del Servicio Universal en Telecomunicaciones regulado en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y en Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

(23) Sobre los Fondos públicos, C. HERNÁNDEZ LÓPEZ (2017).

(24) Regulados respectivamente en el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales y otras de carácter económico; en el Real Decreto 1786/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior; y en el Real Decreto-ley 7/2010, de 7 de mayo, por el que se crea el Fondo de Apoyo a la República Helénica y se autoriza un crédito extraordinario por importe de 9.794.387.450 euros para su dotación.

(25) Véase respectivamente el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos; el Real Decreto 1226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del Fondo para inversiones en el exterior y el Fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa; y Real Decreto 1226/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan las actividades y el funcionamiento del Fondo para inversiones en el exterior y el Fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa.

(26) La importancia creciente de estos instrumentos ha hecho que desde el año 2012 se incluya un listado de fondos públicos en forma de anexo en las Leyes de Presupuestos

como es conocido, la Ley 40/2015, en adelante LRJSP, los ha incluido como instrumento del sector público institucional dentro del catálogo de entidades disponibles (27).

El *Fondo Nacional de Eficiencia Energética*, en adelante FNEE, es un Fondo carente de personalidad jurídica de los previstos en la LRJSP (28). Su objeto es financiar iniciativas nacionales de eficiencia. Desde su creación, se ha empleado para poner en marcha numerosas acciones como las ayudas para la rehabilitación energética edificios, las actuaciones de eficiencia en PYMEs y grandes empresas del sector industrial, o la concesión de ayudas para mejorar la eficiencia en desaladoras (29).

Se nutre principalmente de contribuciones obligatorias de las comercializadoras de energía que tienen naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas (30). Hasta ahora, por estos conceptos ha recaudado 870 millones de euros aproximadamente (31). No obstante, estos no son los únicos recursos que percibe. También se nutre de recursos presupuestarios, de aportaciones del FEDER

Generales del Estado. En este listado se pueden encontrar todos los fondos públicos vigentes. Sirva de ejemplo el Anexo XI del Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2019, BOCG, núm. 38-1, serie A: proyectos de ley, 16 de enero de 2019.

(27) Véanse los artículos 137 a 139 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(28) La normativa lo excluyó de este régimen inicialmente, probablemente porque su creación fue anterior a la entrada en vigor de la Ley en 2015 y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria —única regulación vigente en ese momento— de los fondos carentes de personalidad exigía que se dotara mayoritariamente con cargo a los PGE. Por ello, probablemente, no se incorporaron al listado de fondos carentes de personalidad de los PGE hasta el ejercicio 2018.

(29) Sirva de ejemplo el Programa de Ayudas para actuaciones de rehabilitación energética de edificios existentes (PAREER). Resolución de 14 de diciembre de 2017, del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, por la que se publica la Resolución de 6 de marzo de 2017, del Consejo de Administración, por la que se establecen las bases reguladoras de segunda convocatoria del programa de ayudas para actuaciones de rehabilitación energética de edificios existentes, publicada en el BOE, núm. 309, de 2017.

(30) Sobre la naturaleza de este tipo de pagos, F. VILLAR ROJAS (2000).

(31) Orden ETU/257/2018, de 16 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2018. En total se exigen 204.563.086,19 euros; Orden ETU/258/2017, de 24 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2017. Se imponen unas obligaciones de pago por 205.471.473,86 euros; Orden IET/359/2016, de 17 de marzo, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2016. En total se exigen 216.771.504,11 euros; Orden IET/289/2015, de 20 de febrero, por la que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia Energética en el año 2015. El importe de los recursos en favor del fondo asciende a 243.960.873,47 euros.

y de «*cualquier otro recurso destinado a financiar actuaciones que tengan como objetivo implementar medidas de ahorro y eficiencia energética*» (32).

De acuerdo con lo descrito, todo el dinero destinado a la eficiencia se ingresa en el FNEE. Esto permite afirmar que este instrumento no solo persigue recaudar y canalizar los recursos de los operadores, dando cumplimiento a la OSP. También se encarga de reunir todos los recursos destinados a la mejora de la eficiencia energética, aun cuando no vengan de los obligados a contribuir.

Esta puede ser otra de las razones que haya llevado al legislador a escoger un fondo carente de personalidad de los previstos en la LRJSP (33): el régimen presupuestario, contable y de control de esos instrumentos coincide con el previsto para fundaciones y sociedades públicas (34). Esto es, elaboran un presupuesto estimativo de explotación y capital, se sujetan a un régimen contable más flexible que el previsto para la Administración pública, y sus recursos se pueden mantener separados del resto de recursos públicos. Este régimen permite incluso que retengan sus recursos de un ejercicio a otro y los mantengan afectados a sus fines (35).

Se sujetan a un marco que ha sido diseñado para entidades de base privada dotadas de personalidad jurídica —sociedades y fundaciones—, por lo que resulta llamativo que se aplique a los fondos públicos y, en particular al FNEE. No obstante, si se analizan los fines y el funcionamiento del FNEE parece que ese marco es coherente con el objeto que persigue: agrupar todos los recursos y, de alguna forma, mantenerlos separados y afectados al objeto del Fondo.

En relación con las cuestiones organizativas del FNEE, debe señalarse que se asemeja al resto de fondos carentes de personalidad jurídica. Aun cuando la LRJSP no establece unas reglas comunes es posible identificar un modelo que se repite. Su gestión se ha encomendado al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía —una entidad pública empresarial—. Además, posee un Comité de Seguimiento que está formado por representantes de varios Ministerios. Su finalidad es elaborar informes y supervisar, en general, la actividad del Fondo.

(32) Véase el artículo 74.1 letra d) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(33) Cuando se creó el FNEE, la LRJSP aún no se había aprobado, pero estos instrumentos ya se encontraban regulados en la LGP.

(34) El artículo 139 de la Ley 40/2015 prevé que los fondos carentes de personalidad jurídica están sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la Ley 47/2003, General Presupuestaria. En particular véanse los artículos 64 y siguientes, que equiparan el régimen de los fondos al de sociedades y fundaciones.

(35) Sobre el régimen económico-financiero de los fondos carentes de personalidad jurídica véase A. ECHENIQUE CONDE (2012); S. GALERA RODRIGO (2014).

Pese a carecer de personalidad, no se encuentra *integrado jerárquicamente* en el ministerio competente, sino que mantiene un vínculo de *adscripción* con el mismo (36). El uso de ese término no está definido en la normativa, por lo que formalmente no se pueden conocer las consecuencias de escoger este concepto. Pero teniendo en cuenta su uso en otros ámbitos, se puede afirmar que parece perseguir subrayar su autonomía respecto del ministerio en línea con la separación económica antes comentada (37).

Esa configuración autónoma del FNEE no solo se observa en su régimen económico financiero, en las cuestiones organizativas o en los vínculos que mantiene con la Administración. También se puede ver en su sostenimiento económico. Con cargo a los recursos que lo nutren se mantiene la propia estructura del Fondo y los gastos que ocasione su administración (38). No funciona como un órgano más del ministerio, sino que se mantiene con sus propios recursos.

En suma, el modelo español de obligaciones de eficiencia energética está basado, principalmente, en la imposición de unas obligaciones de pago —OSP— en favor de un Fondo carente de personalidad jurídica —FNEE— que funciona con autonomía. El objeto de este instrumento es servir de medio para el cumplimiento de las OSP y, a su vez, agrupar, separar, afectar y canalizar todos los recursos que se destinen a la mejora de la eficiencia.

III. LA CONTROVERTIDA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA EN ESPAÑA

1. El origen del litigio

Como quedó descrito, el origen de la controversia se sitúa en la transposición que se hizo de la DEE. Pese a que se había creado un ambicioso sistema

(36) El artículo 137 de la LRJSP prevé que los fondos carentes de personalidad jurídica se *adscriben* a la Administración General del Estado.

(37) El término de *adscripción* se ha empleado para calificar el vínculo que mantienen los consorcios con la Administración, orientado probablemente a identificar es el régimen jurídico aplicable —art. 120 de la LRJSP— y para calificar el vínculo que mantienen algunos órganos que, pese a carecer de personalidad, deben ser independientes de la Administración. Por ejemplo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —art. 45 de la LCSP—.

(38) En este sentido, la normativa señala que se consideran considerarán gastos de administración, entre otros, aquellos que ocasione la gestión del Fondo, la elaboración de estudios e informes, las asistencias técnicas para la definición de las medidas de actuación, así como para la medición, control, verificación y certificación de los ahorros energéticos obtenidos por la aplicación de las medidas apoyadas por el Fondo, por parte de la entidad a la que se encargue la misma. Véase el artículo 72.3 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

orientado a ahorrar energía, la realidad es que se basa, casi exclusivamente, en la recaudación de recursos.

El modelo español de eficiencia energética funciona de la siguiente forma: la normativa prevé que determinadas comercializadoras de energía —*partes obligadas*— están obligadas a conseguir unos objetivos de ahorro anuales. Sin embargo, tras haber detallado cómo se cuantifica la cantidad de energía que debe ahorrar cada una de ellas —*reparto de ahorro anual*— (39), establece que para hacer efectivo el cumplimiento de esas obligaciones deberán realizar una contribución financiera al FNEE por el importe resultante de multiplicar su obligación de ahorro por la equivalencia financiera que se establezca.

Como alternativa a esta obligación de pago se prevé que los operadores obligados pueden ahorrar energía y demostrarlo mediante *Certificados de Ahorro Energético* —CAE— (40). No obstante, estos certificados no se han puesto en marcha. Requieren un desarrollo reglamentario que no se ha producido (41). En consecuencia, las empresas solo pueden cumplir sus obligaciones contribuyendo al FNEE.

Ahí es donde se ha generado el conflicto: los obligados a contribuir consideran que un sistema que no les permite ahorrar energía, sino que los obliga a pagar contradice la DEE. Además de ello, también discrepan del criterio seguido a la hora de determinar cuáles son las empresas obligadas a contribuir y cuáles no.

(39) El SNOEE español se regula los artículos 69 y siguientes de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

(40) Los CAE, también conocidos como certificados blancos, son títulos emitidos por los poderes públicos que permiten negociar con cuotas de ahorro de energía. Su funcionamiento es muy similar al comercio de derechos de emisión, operan de la siguiente forma: se imponen obligaciones de ahorro a determinados sujetos que estos pueden cumplir y sobrepasar y, una vez acreditan el nivel de ahorros obtenidos, se emite un certificado que puede ser objeto de comercio. De este modo, aquellas empresas que tengan un mayor nivel de ahorro energético que el impuesto, pueden vender certificados a otras que no hayan alcanzado el objetivo fijado. Véase I. SANZ RUBIALES (2014:60).

(41) El primer párrafo del artículo 71.2 prevé que «*Alternativamente, y en los términos que reglamentariamente por el Gobierno se regulen, se podrá establecer un mecanismo de acreditación de la consecución de una cantidad de ahorro energético equivalente al cumplimiento de las obligaciones del sistema. Este mecanismo se basará en la presentación de Certificados de Ahorro energético (CAE) negociables, que resulten de la realización de las actuaciones de eficiencia energética que se definan en un catálogo y que cumplan con los requisitos y condiciones que en dicho catálogo se establezcan, cuya gestión corresponderá al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*».

2. Las cuestiones discutidas

A) No se puede ahorrar energía, solo se puede pagar

Para comprender el pleito hay que analizar, en primer lugar, lo previsto en la DEE. El artículo 7.1 establece que cada Estado miembro debe crear un sistema nacional de obligaciones de eficiencia energética —SNOEE— que perseguirá que los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final, antes del 31 de diciembre de 2020 (42).

Pese a que la creación de este sistema es una obligación, el apartado 9 de ese mismo artículo prevé la posibilidad de imponer medidas alternativas al mismo (43). En particular, establece que los Estados pueden escoger otras opciones para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales.

(42) El artículo 7.1 de la DEE establece que «Cada Estado miembro establecerá un sistema de obligaciones de eficiencia energética. Dicho sistema velará por que los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía que estén determinados como partes obligadas con arreglo al apartado 4, que operen en el territorio de cada Estado miembro alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final, antes del 31 de diciembre de 2020, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2. Dicho objetivo será al menos equivalente a la consecución de un nuevo ahorro cada año, desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2020, del 1,5 % de las ventas anuales de energía a clientes finales de todos los distribuidores de energía o empresas minoristas de venta de energía, en volumen, como promedio de los últimos tres años previos al 1 de enero de 2013. Se podrán excluir total o parcialmente de este cálculo las ventas de energía, en volumen, empleada para el transporte. Los Estados miembros decidirán cómo repartir a lo largo del período la cantidad». En cumplimiento de ese mandato y del previsto en el artículo 3 de la DEE, España se comprometió a ahorrar de 15.979 ktep durante el período 2014-2020. La tonelada equivalente de petróleo —tep o toe, por sus siglas en inglés— es una unidad de energía. Su valor equivale a la energía que produce una tonelada de petróleo.

(43) «Como alternativa a la imposición de un sistema de obligaciones de eficiencia energética en virtud del apartado 1, los Estados miembros podrán optar por otras medidas de actuación para conseguir ahorros de energía entre los clientes finales, siempre que tales medidas de actuación cumplan los criterios establecidos en los apartados 10 y 11. La cantidad anual de nuevos ahorros de energía obtenidos de esta manera será equivalente a la cantidad de nuevos ahorros de energía exigida en los apartados 1, 2 y 3. Siempre que se mantenga la equivalencia, los Estados miembros podrán combinar los sistemas de obligaciones con otras posibles medidas de actuación, como los programas nacionales de eficiencia energética. Entre las medidas de actuación a que se refiere el párrafo primero podrán incluirse, aunque sin limitarse a ellas, las siguientes medidas de actuación o combinaciones de las mismas: a) tributos sobre la energía o sobre las emisiones de CO₂ que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; b) mecanismos e instrumentos financieros o incentivos fiscales que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; c) reglamentaciones o acuerdos voluntarios que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que den lugar a una reducción del consumo de energía de uso final; d) estándares y normas cuya finalidad sea mejorar la eficiencia energética de

Dentro de las opciones enumeradas el FNEE no aparece. Ahora bien, ello no quiere decir que no se pueda crear. El propio artículo señala que se trata de un listado abierto: «entre las medidas de actuación a que se refiere el párrafo primero podrán incluirse, aunque sin limitarse a ellas, las siguientes medidas de actuación o combinaciones de las mismas».

Donde sí aparece el FNEE es en el artículo 20 de la DEE (44). Este precepto permite a los Estados crear un Fondo con el objeto de «respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia» y establece que pueden estipular que «las partes obligadas cumplan las obligaciones del artículo 7.1 contribuyendo anualmente a un FNEE en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones».

Pues bien, teniendo en cuenta la ubicación del Fondo en la DEE —en el artículo 20, fuera de las medidas del artículo 7.9— y la redacción del precepto que lo regula, parece lógico que surjan dudas sobre la transposición que se ha hecho en España.

Aunque el artículo 20.6 prevé que las partes obligadas pueden cumplir las obligaciones contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones, el propio apartado 4 señala que el objetivo del Fondo será respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética. Es decir, no parece configurarse como una medida principal, sino como un mecanismo de apoyo económico para «respaldar» las iniciativas de eficiencia.

Por ello, desde que en el año 2015 se dictó la primera Orden ministerial de pago, una avalancha de recursos llegó al Tribunal Supremo. Los obligados

productos y servicios, también de edificios y vehículos, salvo en aquellos casos en los que, en virtud del Derecho de la Unión, dichos estándares y normas sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros; e) sistemas de etiquetado energético, con excepción de los que sean obligatorios y aplicables en los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión; f) formación y educación, incluyendo programas de asesoramiento energético, que induzcan a la aplicación de tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que tengan el efecto de reducir el consumo de energía de uso final.

(44) Los apartados 4 a 6 del artículo 20 se dedican a la creación del FNEE: «4. Los Estados miembros podrán crear un Fondo nacional de eficiencia energética. El objetivo de este Fondo será respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética. 5. Los Estados miembros podrán autorizar que las obligaciones previstas en el artículo 5, apartado 1, se cubran mediante contribuciones anuales al Fondo nacional de eficiencia energética, de una cuantía equivalente a la de las inversiones necesarias para el cumplimiento de dichas obligaciones. 6. Los Estados miembros podrán estipular que las partes obligadas puedan cumplir las obligaciones previstas en el artículo 7, apartado 1, contribuyendo anualmente a un Fondo nacional de eficiencia energética en una cuantía equivalente a las inversiones que exija el cumplimiento de dichas obligaciones».

a pagar consideraron que esa Orden, y las sucesivas, eran contrarias a la DEE porque no les permitía cumplir sus obligaciones ahorrando energía.

Tras analizar los recursos, la Sala III del Tribunal Supremo acordó plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la Ley 18/2014, al tener dudas sobre la compatibilidad de esa regulación con la DEE (45). En su explicación señaló que de la DEE se desprende que las partes obligadas *«deben, al menos, tener la posibilidad de cumplir los objetivos de ahorro energético de una manera directa»*. Es decir, mediante la adopción de medidas concretas que permitan al usuario final reducir su consumo de energía. Además de ello, el TS explicó que no estaba claro si la contribución anual al FNEE se consideraba una medida *alternativa* en los términos previstos en el 7.9 de la DEE o no (46). Para el TS, la posibilidad de creación de un FNEE por parte de los Estados parecía perseguir el objetivo *«más genérico»* de *«respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética»*, mientras que las *«alternativas»* enumeradas en el artículo 7.9 parecían ser medidas que tenían por *«efecto directo»* una reducción del consumo energético. En

(45) Véase el Auto de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 25 octubre 2016 (RJ 2016\5568).

(46) En particular, FJ 4º del Auto: *«...Teniendo en cuenta la previsión ya comentada de la Directiva de que los Gobiernos podrán prever medidas alternativas al sistema previsto en el artículo 7.1 que en forma ejemplificativa y no exhaustiva se mencionan en el apartado 9 de mismo artículo, es preciso examinar si la contribución anual al Fondo de Eficiencia Energética pudiera calificarse como una medida alternativa de esa naturaleza. Dicha posibilidad no parece admisible, sin embargo, por las siguientes razones:*

– *la posibilidad de creación por parte de los Estados de un Fondo de Eficiencia Energética está prevista de forma expresa en la Directiva en su artículo 20.5, sin que en ningún caso se califique a dicho Fondo como una posible medida alternativa de cumplir con las obligaciones de eficiencia energética en el sentido del artículo 7.9 de la Directiva;*

– *tampoco la Ley española hace referencia al citado artículo 7.9 de la Directiva como fundamento para la creación de dicho Fondo, que se ampara en la finalidad de «financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética, en cumplimiento del artículo 20 de la Directiva 2012/27/UE « [artículo 72.1];*

– *las medidas alternativas enumeradas a título no exhaustivo por el artículo 7.9 de la Directiva, parecen ser todas ellas medidas que den lugar o tengan el efecto directo de una reducción del consumo energético, inciso presente en todas ellas. El Fondo previsto en el artículo 20.5 de la Directiva y 71 de la Ley española tiene, por el contrario, un objetivo más genérico, cual es el de «respaldar las iniciativas nacionales de eficiencia energética». Y la Ley española lo concibe asimismo como un mecanismo de respaldo, más que como una medida que directamente pueda suponer una reducción del consumo de energía («financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información u otras medidas con el fin de aumentar la eficiencia energética en diferentes sectores de forma que contribuyan a alcanzar el objetivo de ahorro energético nacional que establece el Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia energética previsto en el artículo 7 de la citada Directiva».*

consecuencia, se suspendió el procedimiento para comprobar si se había traspuesto correctamente la DEE.

B) Las partes obligadas ¿solo pagan las empresas de venta de energía?

Respecto a la designación de las partes obligadas, los argumentos de los recurrentes fueron los siguientes:

«Se designa como partes obligadas... únicamente a las empresas comercializadoras de gas y electricidad y a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo, excluyendo a los distribuidores de energía, mientras que el apartado 4 de dicho artículo 7, en su versión en español, hace referencia a los distribuidores de energía «y» a las empresas minoristas de venta de energía. Considera además que dicha Ley no justifica las razones por las que el legislador nacional decidió tal exclusión, y se pregunta sobre la compatibilidad con la Directiva 2012/27 de esa designación de las partes obligadas».

Varias cuestiones suscita esta parte del recurso.

En primer lugar, efectivamente el artículo 7.4 de la DEE hace referencia a distribuidores «y» empresas de venta de energía, pero establece que los obligados se elegirán «entre» esos sujetos. Por lo que se deduce que no deben ser todos. Este planteamiento se refuerza si el artículo 7.4 se interpreta a la luz del 7.1, que exige que el sistema de obligaciones de eficiencia del Estado en cuestión vele por que «los distribuidores de energía y/o las empresas minoristas de venta de energía que estén determinados como partes obligadas con arreglo al apartado 4, que operen en el territorio de cada Estado miembro alcancen un objetivo de ahorro de energía acumulado, a nivel de usuario final». En este sentido, no parece que el argumento esté bien fundado, por lo que la exclusión de los distribuidores podría ser correcta.

En segundo lugar, en línea con lo anterior debe señalarse que, de conformidad con la Directiva de normas comunes al sector, la imposición de OSP debe «definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables». Pues bien, aunque los recurrentes no lo mencionan, parece que el legislador español justifica tal exclusión en el preámbulo de la Ley 18/2014.

En particular explica que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización, sino una actividad de gestión de la red. Por ello se establece «que sean los comercializadores los sujetos obligados que es donde la DEE exige los ahorros de energía». Si bien es cierto que la DEE no prevé expresamente que los obligados deban ser comercializadores de energía, se deduce al definir a los distribuidores como «toda persona física o jurídica, incluidos los operadores de sistemas de distribución, responsable del transporte

de energía con vistas a su entrega a los clientes finales o a las compañías de distribución que venden energía a los clientes finales» (47). En consecuencia, la inclusión de los distribuidores españoles habría sido contraria a la DEE.

Por último, en tercer lugar, se debe destacar que también se designan como sujetos obligados a los operadores de productos petrolíferos y de gas licuado al por mayor, incluido el transporte. El propio preámbulo señala que el sector del transporte tiene un peso importante en el consumo energético y que, a su vez, presenta un gran potencial de ahorro (48).

Resulta llamativo que se escoja como obligados a sujetos que venden esos productos al por mayor cuando la DEE exige que se trate de empresas minoristas de energía que están definidas como «*toda persona física o jurídica que vende energía al cliente final*». Sin embargo, se justifica tal decisión en la atomización del sector —lo cual es lógico—. Ahora bien, ello no impide señalar que hay una contradicción con la DEE. Con todo, los recurrentes no se refieren a este aspecto.

IV. LA RESPUESTA DEL TJUE

1. El Fondo sí es conforme a la Directiva, pero es una medida alternativa

Respecto a la cuestión principal, el TJUE ha dado la razón al Estado español y ha confirmado que el FNEE, como medida exclusiva para el cumplimiento de las obligaciones de ahorro, sí es conforme a la DEE.

El TJUE comienza su argumentación invocando el considerando 20 de la DEE que básicamente viene a señalar que los Estados tienen flexibilidad para escoger las medidas a seguir para conseguir sus objetivos de ahorro.

A continuación, tras haber explicado que el FNEE forma parte de las medidas capaces de permitir ahorros de energía —en tanto que sus recursos se invierten en acciones de eficiencia—, explica que no se puede encajar en las medidas principales para la obtención de un ahorro energético —previstas en el 7.1 a 7.4 y en el 20—. Esos artículos exigen que el sistema implantado «*establezca obligaciones de ahorro energético que las empresas afectadas*

(47) Artículo 2.20 de la DEE.

(48) Tampoco en este caso se imponen las obligaciones al gestor de la red, sino que «*son sujetos obligados las empresas que de hecho realizan la comercialización de los productos de cara a la venta a los consumidores finales y, en concreto, teniendo en cuenta la atomización existente en la comercialización final de estos productos, a los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo*». Véase la exposición de motivos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

puedan obtener ellas mismas entre los consumidores finales». Es decir, para considerar que el modelo español encaja en esos artículos se debería permitir que las empresas pudieran escoger entre ahorrar o pagar, situación que por ahora no se da.

Por tanto, el TJUE entiende que un sistema que solo permite cumplir con la obligación pagando al FNEE es conforme a la DEE siempre y cuando pueda considerarse como una medida alternativa de las previstas en el 7.9 (49). Respecto a esto señala que el Fondo:

«tiene por finalidad financiar las iniciativas nacionales de eficiencia energética. Este Fondo se dedica a la financiación de mecanismos de apoyo económico, financiero, asistencia técnica, formación, información u otras medidas con el fin de aumentar la eficiencia energética, contribuyendo así realización de los objetivos que el Derecho de la Unión y el Derecho español persiguen en esta materia... Por lo tanto, cabe considerar que la obligación de contribuir anualmente al Fondo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 9, párrafo segundo, letra b), de la Directiva, en la medida en que constituye un instrumento de financiación que induce a que se apliquen tecnologías o técnicas eficientes desde el punto de vista energético y que da lugar a una reducción del consumo de energía de uso final».

Como se puede observar, el Tribunal explica que, aunque la obligación de contribuir no constituye un sistema de obligaciones de ahorro de energía en los términos del artículo 7.1 a 7.4, si es, sin embargo, uno de los medios enumerados en la Directiva para obtener ahorros de energía entre los clientes finales. Por ello, considera que el Fondo encaja en las medidas alternativas del artículo 7.9.

Si bien, tras haber dejado esto claro, se esmera por señalar de nuevo que los Estados miembros disponen en esta materia de una gran flexibilidad y de un amplio margen de apreciación por lo que pueden elegir el régimen que mejor se adapta a su situación particular. Sin duda, la idea que subyace bajo esta reflexión es que importa más la consecución de los objetivos que los medios para alcanzarlo.

(49) Según la definición del artículo 2.18 de la DEE, las medidas de actuación que los Estados miembros pueden adoptar son instrumentos de reglamentación, financieros, tributarios, voluntarios o de suministro de información, creados y establecidos oficialmente con el fin de que constituyan un marco de apoyo, un requisito o un incentivo para que los agentes del mercado presten y adquieran servicios energéticos y lleven a cabo otras medidas de mejora de la eficiencia energética.

2. Corresponde al TS decidir si la elección de los obligados está justificada

Respecto a la imposición de las obligaciones solo a determinadas empresas del sector de la energía, el TJUE devuelve la pelota al TS.

Señala que, de acuerdo con la DEE, cada Estado miembro designará a las partes obligadas entre los distribuidores de energía «y/o» las empresas minoristas de venta de energía, con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios. Pese a que el artículo 7.4 de la DEE no emplea la conjunción «o», sino únicamente la conjunción coordinativa «y», no tiene entidad suficiente para tener la obligación de incluir a los distribuidores dado que, «de la estructura general de dicha disposición se desprende que los Estados miembros pueden efectivamente optar por designar como partes obligadas a los distribuidores de energía o a las empresas minoristas de venta de energía y excluir así de la categoría de las partes obligadas a una parte de los actores del sector de la energía».

Con todo, termina señalando que incumbe al TS valorar la configuración y las características del mercado nacional, así como la situación de los operadores de ese mercado y verificar si, en ese contexto, la designación de las empresas obligadas se basa efectivamente en criterios expresamente establecidos, objetivos y no discriminatorios.

Por tanto, finaliza explicando que la elección de esas empresas no se opone a la DEE siempre que la designación de las mismas como obligadas se base en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados.

Al respecto el TS no se ha pronunciado, pero tal y como se señaló anteriormente, la exclusión de las distribuidoras parece estar bien justificada en preámbulo de la Ley —se ponen de manifiesto las especiales características de distribución de energía en España y ello sirve de justificación para excluir a ese tipo de sujetos— (50).

(50) Respecto a esto, GONZÁLEZ RÍOS señala que pueden servir de referencia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en las Sentencias 167/2016, 187/2016, 196/2016 y 197/2016 referidas a la posible discriminación en la designación de sujetos obligados en planes de eficiencia energética españoles anteriores a la DEE: «La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional plantea la posible inconstitucionalidad de la forma de financiación de los planes de ahorro y eficiencia energética ...Pues bien, en la STC 167/2016, de 6 de octubre, tras encuadrar la controversia en el ámbito de la regulación del sector eléctrico y de la contención del déficit tarifario, y a la vista de nuestra doctrina sobre el principio de igualdad, hemos razonado que... la medida enjuiciada no introduce una diferencia entre situaciones que puedan calificarse como homogéneas; y, por lo que respecta al resto de empresas productoras de régimen ordinario, que la selección de las once entidades obligadas a financiar los planes de ahorro y eficiencia energética tiene una justificación objetiva y razonable, respetando, asimismo, el canon de proporcionalidad exigible. Y, al haber

V. UNA INTERPRETACIÓN LITERAL NO IMPIDE EL DEBATE

El razonamiento del TJUE a la hora de comprobar si existe conformidad entre el establecimiento del FNEE y la DEE parece correcto. Una interpretación literal de la Directiva admite la creación de un Fondo para conseguir los objetivos de ahorro. Ello se refuerza si, tal y como ha señalado el TJUE, se presta atención al considerando 20, que prioriza la consecución de los objetivos a los medios para hacerlo (51).

Ahora bien, aunque técnicamente la normativa española sea conforme a la DEE, lo cierto es que invita a la reflexión. La obligación de pagar cuando lo que se persigue es ahorrar energía debe ser, cuando menos, cuestionada. Más aun cuando es conocido que los objetivos se van a incrementar en las próximas décadas.

En este contexto, procede preguntarse cuáles son las razones que llevaron al legislador a escoger este sistema, cuáles son sus ventajas e inconvenientes y si admite cambios.

Respecto a las razones se debe señalar, en primer lugar, que es probable que haya cierta desconfianza a depositar los objetivos de eficiencia en las empresas de energía. La complejidad para acreditar el ahorro de energía o, más bien, para comprobarlo, posiblemente haya llevado al legislador a imponer la obligación de contribuir económicamente al Fondo. No obstante, no debe cerrarse la puerta al sistema de los CAE puesto que ha demostrado ser efectivo en Estados como Reino Unido e Italia.

En segundo lugar, tal y como se comentó anteriormente, la trasposición se hizo durante la crisis, por lo que la Administración no disponía de recursos para emprender medidas de eficiencia. En este contexto, es razonable que se haya decidido financiar la mejora eficiencia con cargo a los operadores. No obstante, la crisis prácticamente ha terminado y, como quedó apuntado, la UE va a apostar fuerte por la mejora de la eficiencia. Por tanto, cuando finalice el sistema vigente —en 2020—, se podría repensar el modelo actual.

concluido que la norma no quebranta el art. 14 CE, hemos descartado que pueda entenderse infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, toda vez que la medida enjuiciada se asienta en criterios objetivos, legítimos y razonables». I. GONZÁLEZ RIOS (2016: 205, nota a pie 87).

(51) En relación con esto debe tenerse en cuenta que la eficiencia energética en la UE se encuentra aún en una fase embrionaria. Por ello, es lógico que se impongan únicamente objetivos por Estados y no por sectores. Por ahora, se ha dado prioridad a la reducción del consumo de un modo general. Probablemente en el futuro cambiarán las exigencias y se impondrán objetivos por sectores. Esto obligará a los Estados miembros a posibilitar el ahorro a las empresas energéticas.

Ahora bien, para ello es necesario conocer cuáles son las ventajas e inconvenientes del modelo actual.

En primer lugar, respecto a las ventajas, debe señalarse que el FNEE permite financiar iniciativas que mejoran la eficiencia en consumidores finales en ámbitos que, sin estar directamente relacionados con el sector de la producción, distribución y venta de energía, también contribuyen al ahorro —rehabilitación de edificios, mejora de la tecnología en la industria, concesión de créditos al sector hostelero para reducir el consumo, etc.—.

Asimismo, también se debe recordar que el FNEE no solo se nutre de las prestaciones patrimoniales de los operadores, sino que encarga de agrupar todos los recursos dedicados a la eficiencia y mantenerlos afectados al fin perseguido de forma permanente. Por tanto, su labor va más allá de garantizar el cumplimiento de las OSP. Desempeña un papel importante en las acciones de la mejora de la eficiencia. Por ello, no parece que deba ser eliminado.

Respecto a las desventajas debe señalarse, por un lado, que las obligaciones de contribuir al Fondo van dirigidas a empresas del sector. Pero esas empresas consumen un volumen muy importante de energía, por lo que tarde o temprano se verán forzadas a hacer cambios que directamente contribuyan a mejorar la eficiencia y a la descarbonización. En consecuencia, el sistema tiene el inconveniente de exigir a los obligados un esfuerzo doble: en esta primera etapa se les obliga a pagar y sus recursos se emplean en la financiación de medidas aisladas; y posteriormente, se les pedirá, inevitablemente, que adopten medidas que directamente contribuyan a mejorar la eficiencia —de lo contrario no se podrán conseguir los objetivos programados—.

Por otro lado, debe prestarse atención a la configuración del FNEE. El hecho de que se sujete a unas reglas contenidas en la LRJSP y de la LGP no quiere decir que funcione perfectamente. Su régimen jurídico le proporciona flexibilidad a la hora de gestionar los recursos. Como quedó apuntado, se sujeta a unas normas presupuestarias, contables y de control propias de otro tipo de entidades. Esto le ayuda a agrupar, separar, retener y afectar los recursos. Ahora bien, esa flexibilidad lleva aparejada una elusión de algunas de las reglas que rigen el funcionamiento de la Administración. Tras este instrumento hay una huida del Derecho presupuestario, contable y de control público, exactamente en los mismos términos que sociedades o fundaciones. Por ello, habría que reflexionar sobre la posibilidad de conseguir los mismos fines con sujeción a las reglas diseñadas para la Administración pública.

En suma, el sistema vigente se creó en un momento determinado y para el cumplimiento de unas obligaciones concretas. Con sus limitaciones, ha servido para cumplir los objetivos marcados, pero las circunstancias han cambiado y los objetivos también. El nuevo contexto invita a repensar el modelo. No parece que la solución a los inconvenientes señalados esté en eliminar el FNEE, pero

tampoco en mantenerlo como mecanismo único para el cumplimiento de las obligaciones. Probablemente la clave esté en conservarlo, pero permitiendo que las empresas cumplan sus obligaciones realizando acciones que directamente contribuyan a la mejora de la eficiencia, utilizando las fórmulas alternativas que admite la Directiva sobre eficiencia energética y que, en su momento, fueron descartadas por el legislador español.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, José Francisco y SARASÍBAR IRIARTE, Miren (2007): *Cambio climático y energías renovables*, Civitas, 1197 pp.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis (1997): *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 277 pp.
- CASADO ROBLEDOS, Susana (2014): «El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado», *Revista Española de Control Externo*, núm. 47, pp. 83-108.
- ECHENIQUE CONDE, Álvaro (2012): «El limbo de los fondos carentes de personalidad jurídica régimen jurídico y análisis sistemático del gran desconocido», *CISS Técnica Contable*, núm. 747, pp. 99-113.
- GALERA RODRIGO, Susana (2014): «Del ahorro de energía a la eficiencia energética: objetivos e instrumentos de las políticas europeas», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 289, pp. 85-120.
- GARCÍA RUBIO, Fernando y MELLADO RUIZ, Lorenzo (2013): *Eficiencia energética y derecho*, Dykinson, 300 pp.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (2011): *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Thomson Reuters-Aranzadi, 375 pp.
- (2016): «Nuevos retos en materia de eficiencia energética en España tras el paquete energético de la UE de 2016», en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel y GALÁN VIOQUE, Roberto: *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*, Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 171-210.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel y ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María (2016): *Estudios sobre la normativa reguladora de la eficiencia energética: especial referencia a su incidencia en las Administraciones públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, 332 pp.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés (2010): *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Iustel, 272 pp.
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, Claudia (2017): *Fondos públicos. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, tesis doctoral dirigida por VILLAR ROJAS, Francisco, Universidad de La Laguna, 434 pp., en prensa.

- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Servicios de interés económico general*, Civitas, 575 pp.
- MONTERO PASCUAL, Juan José (dir.) (2009): *Financiación de las obligaciones de servicio público: ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, 310 pp.
- SANZ RUBIALES, Íñigo (2014): «Naturaleza y objetivos del mercado de emisiones», SANZ RUBIALES, Íñigo, (coord.): *Cambio climático y UE presente y futuro del mercado de emisiones*, Tirant lo Blanch, 444 pp.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2000): *Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos: (estudio de su naturaleza y régimen jurídico)*, Comares, 258 pp.
- (2016): «Servicios de interés general en el sector energético», PARISIO, Vera, AGUADO I CUDOLÀ, Vincenç, NOGUERA DE LA MUELA, Belén (Dir.): *Servicios de interés general y colaboración público-privada*, Tirant lo Blanch y Giappichelli Editore, , págs. 248-270.

LA CONTROVERSIA COMPETENCIAL SOBRE LAS CONCESIONES DE ALMACENAMIENTO GEOLÓGICO DE DIÓXIDO DE CARBONO(*)

JORGE PÉREZ SANCHO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO.– III. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY 40/2010: 1. Competencias estatales y autonómicas. 2. La justificación del legislador.– IV. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD ARAGONÉS: 1. Los intereses extrajurídicos. 2. Argumentos jurídicos del Gobierno de Aragón.– V. EL REVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SENTENCIA 165/2016, DE 6 DE OCTUBRE: 1. El fallo de los magistrados. 2. El voto particular. 3. Las conclusiones de la doctrina.– VI. REFLEXIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.– VIII. JURISPRUDENCIA.

RESUMEN: Explicación y comentario del conflicto surgido entre el Estado y las Comunidades Autónomas de Aragón, Galicia y Cataluña, por la competencia sobre la concesión de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, con particular atención a los planteamientos aragoneses. La Ley 40/2010 atribuyó a la Administración estatal la tramitación de este procedimiento con base en su importancia para la planificación general de la economía (art. 149.1.13 CE). Sin embargo, la doctrina y entes regionales criticarían esta decisión argumentando la vulneración de las competencias autonómicas de gestión en materia de protección ambiental y minería. Finalmente, la STC 165/2016, de 6 de octubre, declarararía conforme al texto fundamental la centralización del acto ejecutivo, no en virtud del título económico si no a través de las bases del régimen minero (art. 149.1.25).

Palabras clave: almacenamiento geológico; dióxido de carbono; conflicto de competencias; concesión de almacenamiento; medio ambiente; minería; planificación de la economía.

ABSTRACT: *Explanation and commentary of the conflict between the Spanish state and the regional governments of Aragón, Galicia and Catalonia over the competency of issuing permits for geological storage of carbon dioxide, with special focus on the Aragonese position. The Act 40/2010 gave the Spanish Administration the right to start this procedure due to its impact on the general planning of the economy of the country.*

(*) Artículo basado en el Trabajo de Fin de Grado con el mismo título y dirigido por el prof. Fernando López Ramón.

However, the specialists and the local governments criticized this decision on the grounds that it damaged the regional executive competency in questions of environmental protection and mining. Finally, a Constitutional Court resolution established that the State competency of this centralized administrative act complies with the Spanish Constitution, not on the basis of the economy but of mining itself.

Key words: geological storage; carbon dioxide; conflicts of competence; storage permit; environment; minery; economic planning.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que la Constitución de 1978 permitiera asumir a las futuras Comunidades Autónomas la competencia de desarrollo de la legislación básica estatal además de la gestión en materia de medio ambiente, el título ambiental se ha convertido en una fuente constante de conflictos entre los entes regionales y el Estado cuando este último ha tratado de regular la materia. Buena muestra de ello es que más de la mitad de las normas de protección ambiental aprobadas por el legislador estatal han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional por lesionar competencias autonómicas (1). Así pues, partiendo de estos hechos, el presente trabajo tiene como objetivo explicar uno de los más recientes capítulos acaecidos en esta larga historia: el conflicto surgido entre el Estado y las CC. AA. de Aragón, Galicia y Cataluña por la competencia sobre el permiso de almacenamiento geológico del dióxido de carbono (2).

Su origen se remonta a la promulgación de la Ley 40/2010, de 29 de diciembre (en adelante, LCO₂), la cual atribuyó dicha potestad a la Administración General del Estado. Sin embargo, la opinión de los mencionados Gobiernos regionales era que la concesión del permiso hubiera debido corresponderles conforme a los artículos de la CE invocados en la propia norma. No es de extrañar, pues, que los tres recursos de inconstitucionalidad que acompañarían a la ley poco después de su promulgación tuvieran como prin-

(1) B. LOZANO CUTANDA (2010: 161).

(2) La captura y almacenamiento geológico de dióxido de carbono (CAC) se trata de una técnica ambiental que consiste en la aprehensión del CO₂ generado en la industria y las centrales térmicas mediante una serie de procesos físicos y químicos para inmediatamente después comprimirlo y así transportarlo a través de gasoductos hasta plantas de almacenamiento donde se inyectará a presión en el subsuelo. La razón de esto último se debe a dos motivos: Primero, porque así se evita emitir el dióxido de carbono de nueva generación a la atmósfera, de ahí sus manifiestos efectos positivos para el medio ambiente al contribuir en la lucha contra el cambio climático, y segundo, porque a partir de los 800 metros el CO₂ se comporta como un líquido debido a la presión, por lo que el espacio que ocupa en la galería subterránea es bastante inferior al que tendría si se mantuviera comprimido en estado gaseoso en la superficie. J.F. ALENZA GARCÍA (2011: 292).

cipal argumento la erosión de competencias asumidas en sus Estatutos debido a la interpretación extensiva dada por el legislador nacional a determinados preceptos constitucionales con el propósito de atribuir las concesiones a la AGE. Finalmente, la disputa sería resuelta cinco años después tras la STC 165/2016, de 6 de octubre, declarando la constitucionalidad de la distribución competencial concebida por el Gobierno de España.

Ahora bien, ha de aclararse que, aun habiendo iniciado cada CC. AA. su propio proceso, el artículo tiene por objetivo profundizar en el recurso aragonés y su respectiva sentencia, descartando por tanto comentar los recursos catalán y gallego así como sus pertinentes resoluciones judiciales. Los motivos se deben, por un lado, a que los razonamientos y estrategias seguidos en todos ellos fueron idénticos y los fines perseguidos similares, de manera que explicando el proceso aragonés, estaremos esclareciendo a su vez el fondo de los otros dos pleitos, y por otro, porque habiendo sido la sentencia aragonesa la primera en dictarse, gran parte del contenido de las resoluciones posteriores se remitirían a aquélla, por lo que puede calificarse como la de mayor importancia.

Por último, se describirá la metodología seguida en el desarrollo de este estudio, consistiendo este apartado en la enumeración y breve explicación de los capítulos en los que se dividirá la monografía.

En primer lugar, irá el epígrafe II, cuyo nombre reza «Antecedentes del conflicto». Su cometido será detallar tanto las raíces de la norma impugnada como la cronología del conflicto. A continuación, le seguirá el epígrafe III, denominado: «El origen del problema: la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en la Ley 40/2010», tratándose esta parte de un resumen del esquema competencial diseñado por el legislador y de la justificación utilizada por el mismo para atribuir las concesiones a la AGE. Después, vendrá el epígrafe IV: «El recurso de inconstitucionalidad aragonés». Este punto analizará los intereses que llevaron a la DGA a la interposición del recurso al igual que la argumentación esgrimida ante el Tribunal. Luego, el epígrafe V: «El revés del TC: la sentencia 165/2016, de 6 de octubre». Éste se centrará, por un lado, en el razonamiento que utilizaron los magistrados para desestimar el recurso y por otro, en el voto particular, el cual reviste especial trascendencia por realizar una crítica contundente al fallo. Además, se hará referencia a los pronunciamientos que han surgido de la doctrina con motivo de la sentencia. Y para finalizar, el epígrafe VI ofrecerá las conclusiones alcanzadas por el autor.

II. ANTECEDENTES DEL CONFLICTO

Los comienzos de la tecnología de almacenamiento de dióxido de carbono estuvieron bastante alejados de la finalidad ambiental que se le ha atribuido

recientemente. Su origen se remonta a los años 30 de la pasada centuria y su uso estaba relacionado con la industria petrolífera, consistiendo éste básicamente en la inyección del gas en yacimientos de petróleo con la intención de disminuir su viscosidad, fluidificando el crudo y en consecuencia, facilitando su extracción (en la terminología inglesa: *Enhanced Oil Recovery*, EOR) (3). Sin embargo, dicho método extractivo tardaría en generalizarse, resultando el ejemplo más antiguo de su empleo a escala comercial el campo petrolero SACROC en Texas, el cual comenzó en 1972 (4).

Habría que esperar hasta finales de siglo para que la utilización de esta técnica adquiriese tintes ambientales (5). Concretamente, hasta 1996 con el caso de la plataforma marina del yacimiento de gas natural *Sleipner* (6), gestionada por la empresa *Statoil*. El gas natural acumulado en dicho yacimiento se encontraba mezclado con dióxido de carbono en una proporción del 9%, no siendo apto para su venta directa en el mercado pues únicamente se aceptaba una concentración máxima del 2,5%. Por tanto, la mercantil simplemente se limitaba a separar el dióxido sobrante y a emitirlo a la atmósfera (7). Ahora bien, la situación daría un vuelco en 1991 con la creación por el Gobierno noruego de un impuesto sobre las emisiones del CO₂. Con motivo de evitar el pago del tributo, *Statoil* decidió construir un equipo compresor además de un pozo para bombear el dióxido sobrante hacia un almacén localizado en una formación geológica diferente llamada *Utsira*, siendo bautizado desde entonces como el primer caso de reclusión geológica de CO₂ por razones ambientales (8).

En consecuencia, el éxito de este experimento convertiría este suceso en el inicio de una competición a partir del cual las potencias industriales del mundo se lanzarían en carrera a la investigación del almacenamiento geológico del dióxido de carbono como una herramienta más para la lucha contra el cambio climático.

Por supuesto, la Unión Europea no se quedaría atrás en la batalla de la innovación. El Protocolo de Kioto de 1997, ratificado por la misma, imponía obligaciones de reducción de gases efecto invernadero jurídicamente vinculantes. Para alcanzar tales objetivos, la Unión concibió en junio del año 2000 el Programa Europeo sobre el Cambio Climático con el propósito de «identificar, desarrollar y poner en práctica todos los elementos necesarios para implemen-

(3) A. PÉREZ-ESTAÚN (2009: 184).

(4) Instituto Geológico y Minero de España (2008: 27 y 34).

(5) A.M. MORENO MOLINA (2015: 118).

(6) La plataforma fue construida en 1974 y se sitúa a 240 km de la costa noruega.

(7) K. BENNACEUR *et al.* (2004: 53-54).

(8) Instituto Geológico y Minero de España (2008: 49).

tar el protocolo» (9). Más adelante, en el año 2005, se crearía en el marco de su segunda fase el Grupo de Trabajo 3 con la específica función de estudiar la captura y el almacenamiento del CO₂. Las excelentes previsiones que arrojaban los pronósticos de la época llevaron al Grupo a concluir, mediante informe elaborado en junio de 2006, la capital importancia de dotar a esta tecnología de un marco regulatorio común a nivel europeo para facilitar su desarrollo e implementación (10).

A principios del siguiente año, la Comisión Europea aprobaría el cambio de modelo energético basado en una economía hipocarbónica, apostando para ello, entre otras medidas, por el «desarrollo de una política de captura y almacenamiento geológico del carbono que preserve el medio ambiente» (11) con el fin de reducir, al menos, un 20% las emisiones de gases efecto invernadero para 2020. Poco después, el Consejo Europeo del 8 y 9 de marzo de 2007 refrendaría la nueva política energética incorporando los objetivos con carácter vinculante.

Así pues, las proyecciones de futuro, metas marcadas y análisis realizados por las autoridades europeas se plasmarían a finales de 2008 en lo que se denominaba «paquete de medidas sobre el clima y energía hasta 2020» (12). Dicho «paquete» consistía en una batería de nuevas normas y en la modificación de algunas ya existentes a fin de dar cumplimiento al compromiso asumido por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de marzo de 2007 (13).

Entre las citadas medidas, se incluiría la que sería la primera norma en regular la CAC a escala europea: la Directiva 2009/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono. En cuanto al plazo de trasposición, la disposición comunitaria impondría a los Estados miembros la obligación de adoptar o modificar sus disposiciones legales para incorporar su contenido antes del 25 de junio de 2011 (art. 39).

El Ejecutivo nacional, ante la importancia de la materia, procedería sin demora a la trasposición de la norma al ordenamiento jurídico español. De hecho, se enviaría un primer borrador de la futura ley a las Comunidades Autónomas el 24 de julio de 2009. Sin embargo, a lo largo de los meses de septiembre y octubre, los Gobiernos de Asturias, Andalucía, Aragón, Cataluña,

(9) https://ec.europa.eu/clima/policies/eccc_en.

(10) M. GÁMEZ MEJÍAS (2011: 49).

(11) Comunicación de la Comisión, de 10 de enero de 2007, «Limitar el calentamiento mundial a 2 °C — Medidas necesarias hasta 2020 y después».

(12) I. SANZ RUBIALES (2013: 169).

(13) A.M. RUIZ DE APODACA ESPINOSA (2012: 263).

Extremadura, Navarra y Galicia formularían alegaciones contra el texto. En el caso aragonés, el informe conjunto de la Directora General de Calidad Ambiental y Cambio Climático y la Directora General de Energía y Minas criticaría contundentemente la distribución de funciones entre Administraciones Públicas. Se afirmaba que «la norma proyectada producía lesión a las competencias autonómicas por atribuir funciones a la AGE que no tienen amparo en sus títulos y que por tanto, vulneran el bloque de constitucionalidad que contiene el reparto competencial» (14). De la misma manera se posicionaron los informes de las otras CC.AA.

Por otro lado, el Gobierno de España encargaría dictamen sobre el anteproyecto de la norma el 4 de febrero de 2010 al Consejo de Estado (15). El órgano consultivo concluiría un mes después, apoyando la posición del Ejecutivo estatal y en consecuencia, respaldando tanto la distribución de competencias como su justificación en los títulos competenciales previstos en los arts. 149.1.23º, 149.1.25º y 149.1.13º de la Constitución.

El 13 de abril comenzaría la tramitación del Proyecto de Ley, marcado por su celeridad y alto consenso debido al acuerdo de los dos grandes partidos estatales. El 8 de octubre el texto entraría en la Cámara Alta y al igual que durante su fase en el Congreso de los Diputados se presentarían varias enmiendas, la gran mayoría atinentes a la intervención de las CC.AA. en el proceso de almacenamiento (34 de las 50) (16). Todas estas fueron desechadas y las aprobadas apenas modificaron la norma.

Llegados a este punto, conviene destacar que durante los debates parlamentarios, tres partidos políticos manifestaron su oposición al reparto de atribuciones que pretendía el proyecto de ley: el Partido Aragonés, el Bloque Nacionalista Gallego y la extinta *Convergència i Unió*. Valga para ilustrar lo dicho la intervención del senador Don José María Mur Bernad (PAR):

«Todas estas enmiendas se fundamentan en una cuestión competencial que el Gobierno de Aragón ya ha estudiado y llegó a poner en conocimiento de los ministerios afectados —el Ministerio de Industria y el de Medio Ambiente— en el curso de la elaboración del proyecto de ley (...) Dado que el texto que se ha presentado no recoge las aspiraciones que nosotros teníamos, hemos presentado estas 30 enmiendas, muchas de las cuales son la concreción en artículos siguientes de la disposición fundamental del asunto competencial.

(14) La existencia de este informe y su contenido se mencionan en el Dictamen 162/2010, de 4 febrero, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley de almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

(15) Resulta preceptivo solicitar dictamen para los Anteproyectos de ley que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo del Derecho comunitario europeo ex art. 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

(16) J.F. ALENZA GARCÍA (2011: 298).

En particular, rechazamos que las concesiones de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, siendo una competencia claramente ejecutiva, se la reserve el Estado de forma injustificada, sobre todo cuando se atribuye a las CC. AA. los permisos de investigación, la función de inspección y la aprobación del plan de seguimiento y del plan provisional de gestión posterior al cierre, y hace responsables a las CC. AA. del seguimiento de las medidas correctoras una vez cerrado el lugar de almacenamiento y hasta la transferencia de dicha responsabilidad. Es decir, el Estado se reserva el poder de decidir la concesión y las CC. AA. el cometido de supervisar su correcto funcionamiento, que es lo que realmente genera gasto y a su vez responsabilidad. No hay ninguna razón técnica que justifique que la competencia ejecutiva sobre la concesión del almacenamiento geológico de dióxido de carbono se la tenga que reservar el Estado». (17)

Finalmente, la Ley 40/2010 vería la luz con su promulgación el 29 de diciembre. No obstante, la «cuestión competencial» no había hecho más que comenzar. Ese mismo día, el Ejecutivo catalán solicitaría dictamen (18) al *Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* sobre la constitucionalidad de la norma, emitiéndose aquél el 21 de marzo de 2011. En este caso, el órgano consultivo catalán acabaría llegando a conclusiones completamente opuestas a las que determinó su homólogo estatal en su día, señalando que las atribuciones que realizaba la LCO₂ en favor de la AGE atentaban contra el orden constitucional de competencias.

El por aquel entonces Gobierno de Aragón, presidido por el socialista D. Marcelino Iglesias Ricou y dirigido conjuntamente con el PAR, presentaría el 29 de marzo de 2011 en el Registro del TC recurso de inconstitucionalidad, siendo admitido a trámite por providencia el 12 de abril. No obstante, las elecciones autonómicas de 22 de mayo producirían un cambio en la cúpula de la Administración aragonesa, siendo investida la candidata popular D^a. Luisa Fernanda Rudi mediante pacto con el propio PAR el 13 de julio. Poco después le seguiría la Comunidad Autónoma de Galicia, presidida desde hace año y medio por D. Alberto Núñez Feijóo, interponiendo su propio recurso el 28 de septiembre. De la misma forma obraría la Comunidad Autónoma catalana, regida por el tripartito del PSC, *Esquerra Republicana* (ERC) e *Iniciativa per*

(17) Diario de sesiones del Senado, año 2010, IX legislatura, comisiones. N^o439, Comisión de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca, presidencia del Excmo. Sr. D. Francisco Bella Galán, celebrada el 23/11/2010.

(18) La actitud preventiva del Gobierno catalán se justificaba, principalmente, en el carácter preceptivo del dictamen del órgano consultivo antes de la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 16.2.a de la Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias). En cambio, los Gobiernos aragonés y gallego no ejercieron tal potestad por ser meramente facultativa, lo que explica que no existan dictámenes al respecto por parte del Consejo Consultivo de Aragón ni del *Consello Consultivo de Galicia*.

Catalunya Verds-Esquerra Unida (ICV-IU). Ambos fueron admitidos a trámite el 18 de octubre.

Por otro lado, se convocaría a los votantes a nivel nacional el 20 de noviembre para las elecciones a Cortes Generales, dando como resultado la victoria del Partido Popular por mayoría absoluta y siendo nombrado Presidente del Gobierno D. Mariano Rajoy Brey el 22 de diciembre.

Además, hay que mencionar que a lo largo de los cinco años que restaban hasta que se dictasen las sentencias, distintos autores se fueron pronunciado a favor de las CC.AA. recurrentes por diversos medios, entre los más destacados: J.F. ALENZA GARCÍA (19), I. CARO-PATÓN CARMONA (20), M. GÁMEZ MEJÍAS (21) y A.M. MORENO MOLINA (22).

Por último, el Tribunal Constitucional concluiría el conflicto mediante las SSTC 165/2016, de 6 de octubre; 182/2016, de 3 de noviembre; y 190/2016, de 15 de noviembre, que resuelven respectivamente los recursos interpuestos por la Diputación General de Aragón, la Junta de Galicia y la Generalidad de Cataluña.

III. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY 40/2010

1. Competencias estatales y autonómicas

Una vez introducida la temática del trabajo y explicadas las raíces de la Ley 40/2010, toca abarcar el motivo que llevó a las CC.AA. de Aragón, Galicia y Cataluña a interponer los recursos de inconstitucionalidad contra la norma, en pocas palabras, el porqué del conflicto. La respuesta, como ya se adelantó previamente, se resume en el reparto de funciones entre la Administración central y las autonómicas en el proceso de almacenamiento del dióxido de carbono. Por tanto, para entender la controversia surgida en torno a la concesión de confinamiento del gas, en primer lugar, tenemos que conocer cuál es la intervención de cada entidad en la materia.

La LCO₂ acomete la tarea de distribuir las atribuciones de cada ente público principalmente a través de su artículo 5: por el lado de la AGE, los sujetos que intervienen en el procedimiento son el Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Industria, y por el de las Administraciones autonómicas, las

(19) J.F. ALENZA GARCÍA (2011: 317-319). *Idem.* (2014: 197-199).

(20) I. CARO-PATÓN CARMONA (2013: 1-29).

(21) M. GÁMEZ MEJÍAS (2011: 75-78).

(22) A.M. MORENO MOLINA (2015: 147-148).

consejerías u órganos que cada Comunidad Autónoma considere competentes en relación con la materia (en el caso aragonés, le corresponderá al Departamento de Economía, Industria y Empleo) (23).

Por lo que se refiere a las competencias del *Ministerio de Industria*, tenemos, en primer lugar, la concesión de los permisos de investigación cuando la formación geológica se extienda por el territorio de varias CC. AA. o al subsuelo marino. Asimismo, esta potestad va aparejada a la de resolución de conflictos por concurrencia de derechos. Por otra parte, le compete otorgar tanto las concesiones de almacenamiento como su revocación, de ahí que la decisión final del proyecto penda de este órgano. Además, hay que mencionar que tendrá asignada la resolución de los conflictos que surjan respecto al acceso a las redes de transporte y los lugares de almacenamiento. Por último, el órgano ministerial tendrá atribuida la creación, llevanza y gestión de un registro sobre los permisos de investigación y las concesiones de almacenamiento aprobadas.

En cuanto a las funciones del *Ministerio de Medio Ambiente*, éstas son más reducidas, resumiéndose en: la elaboración de informes sobre las concesiones de almacenamiento, al igual que los permisos de investigación para los almacenes geológicos que excedan de ámbito territorial de una CC. AA., es decir, deberá informar en los casos en que el permiso de investigación corresponda al Ministerio de Industria; el seguimiento y supervisión de los lugares de almacenamiento una vez se haya transmitido la responsabilidad a la Administración del Estado; formular declaración de impacto ambiental de los emplazamientos de almacenamiento, las instalaciones para la captura de flujos de CO₂ y las tuberías que sirvan para el transporte del gas con fines de almacenamiento geológico, y finalmente, la creación, llevanza y gestión de un registro sobre los almacenes cerrados.

En cambio, las potestades que asumieron las *Comunidades Autónomas* fueron:

- a) La concesión de los permisos de investigación para las formaciones geológicas que no superen el ámbito territorial de la CC. AA.
- b) Resolución de los conflictos por concurrencia de derechos en el caso anterior.

(23) Art. 1.w) del Decreto 133/2017, de 5 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Economía, Industria y Empleo: «Corresponde al Departamento de Economía, Industria y Empleo, en el marco de las competencias atribuidas en el EAAR, la actuación sobre las siguientes materias: w) El régimen minero, en especial la regulación y el régimen de intervención administrativa de las minas y recursos mineros, (...), así como las funciones en materia de almacenamiento geológico de CO₂». Asimismo, dentro de dicho Departamento, le corresponden gradualmente a la Dirección General de Energía y Minas y al Servicio de Promoción y Desarrollo Minero la tramitación de los procedimientos relativos al almacenamiento geológico de CO₂ (arts. 20.g y 23.f).

- c) Elaboración de informe sobre las solicitudes de permisos de almacenamiento.
- d) Aprobación del plan de seguimiento así como el plan de gestión provisional posterior al cierre.
- e) La inspección de los lugares de almacenamiento.
- f) Tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores «salvo en los supuestos de permisos o concesiones sobre lugares cuya gestión corresponda a la AGE» (art. 38).
- g) La adopción de medidas correctoras durante el periodo de funcionamiento de la instalación, tanto en el caso de irregularidades como en el de fugas.
- h) Adopción de medidas correctoras tras el cierre de la instalación hasta la transferencia de responsabilidad a la Administración del Estado.

Como se puede observar, el legislador nacional se valió del criterio de territorialidad para distribuir las competencias de cada Administración pública, apartando a los entes autonómicos de las materias que excedieran su ámbito espacial. Además, los aspectos estrictamente ambientales quedaron bajo el amparo de los mismos (inspecciones, sanciones, medidas correctoras, elaboración de los planes de seguimiento, etc.) (24).

En contraste con lo anterior, existe una materia que destaca por escapar a las dos características mencionadas. Como ya habrá advertido el lector, se trata de las concesiones de almacenamiento geológico. Su otorgamiento corresponde siempre al Ministerio de Industria con independencia de que los almacenes subterráneos residan en el territorio de una única Comunidad Autónoma. Asimismo, como bien señala J.F. Alenza García, «la concepción que tiene el legislador estatal de las concesiones de almacenamiento es que no constituyen una actuación de ejecución o gestión ambiental» (25), por lo que cabe preguntarse qué son entonces si *prima facie* parece ése su lugar natural. Como veremos ahora, simplemente adelantar que la concentración de este acto ejecutivo en manos de la AGE no se justificó en la competencia estatal sobre la legislación básica del medio ambiente o en las bases del régimen minero, sino en las bases y coordinación de la planificación general de la economía.

2. La justificación del legislador

Aclaradas las intervenciones de cada uno de los entes administrativos en el proceso de almacenamiento, ya podemos entrar a tratar los argumentos

(24) J.F. ALENZA GARCÍA (2014: 198-199).

(25) J.F. ALENZA GARCÍA (2011: 318).

jurídicos que utilizó el legislador estatal para atribuir los permisos de confinamiento de dióxido de carbono a la Administración General del Estado.

Para ello, debemos acudir al preámbulo de la Ley 40/2010. Éste se divide en tres partes: la primera, se dedica a narrar la necesidad que llevó a adoptar la norma, su origen en la trasposición de la Directiva 2009/31/CE al igual que los objetivos que se pretenden alcanzar. La segunda, se limita a sintetizar el contenido de cada uno de los capítulos de la ley. La última, sin duda la de mayor importancia, procede a explicar los artículos del texto constitucional sobre los que se fundamenta la norma.

La propia extensión de esta tercera parte resulta buena muestra de que el Gobierno de España era tremendamente consciente de la conflictividad de la norma al estar relacionada con materias compartidas con las CC. AA. (26). A causa de ello, se realizó un esfuerzo argumentativo adicional con la finalidad de defender la centralización de este acto ejecutivo en concreto, debido a su importancia y a una serie de intereses políticos y económicos que serán analizados más adelante.

Pues bien, el legislador comenzará el epígrafe declarando que «los títulos competenciales que amparan esta norma —y que se recogen en la Disposición Adicional undécima— son los previstos en los arts. 149.1.13º, 149.1.23º y 149.1.25º». Es decir, se invocan en específico tres competencias sobre las que el Estado ostenta dominio exclusivo:

- Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
- Legislación básica sobre protección del medio ambiente.
- Bases de régimen minero y energético.

Ahora bien, debe decirse que de las tres materias nombradas anteriormente, el Estado justificará la apropiación de los permisos de confinamiento de CO₂ en el título contemplado en el art. 149.1.13º, es decir, en la ordenación y planificación de la economía. El propio legislador reconocerá que el caso de esta autorización es donde «aparentemente podría existir mayor complejidad para deslindar los títulos competenciales». Con miras a despejar las más que razonables dudas que pudieran surgir respecto a esta decisión, procederá a explicar los motivos que le llevaron a concluir que los permisos de almacenamiento debían ser tramitados por la Administración General del Estado. Éstos se clasifican en torno a dos temas.

En primer lugar, *la incidencia de las técnicas de captura y almacenamiento de dióxido de carbono en la economía nacional*. En aras de justificar este extremo, debemos partir de un dato clave: el cambio que se producirá en

(26) *Idem.* (2011: 317).

el funcionamiento del Mercado Europeo de Derechos de Emisión a partir de 2013 (27). Por un lado, la subasta se convertirá en el principal procedimiento de asignación de los títulos. Por otro, se reducirá el volumen total disponible de estos derechos subjetivos a contaminar con la finalidad de cumplir con los compromisos ambientales asumidos por la UE, lo que presumiblemente provocará un incremento de su precio (se calculaba que para entonces su coste alcanzaría los 30 euros por tonelada emitida aunque como veremos más adelante, esto nunca llegará a suceder por diversos factores). Como resultado, la progresiva limitación a la cantidad unida a su encarecimiento habrán de producir una correlativa disminución de la producción energética y de la actividad industrial, pudiendo causar efectos perniciosos en el empleo y la competitividad. Sin embargo, la entrada en escena de la tecnología de almacenamiento de CO₂ permitirá evitar estas nefastas consecuencias a la vez que se da satisfacción a las obligaciones impuestas por el Protocolo de Kioto. Más aún, las empresas experimentarán un ahorro de costes al no tener que adquirir derechos de emisión mediante subasta o en el propio mercado. Todas estas circunstancias justifican, en palabras del legislador, la invocación del art. 149.1.13° de la CE.

Así, una vez argumentado el carácter económico de la CAC, éste servirá de base al creador de la norma para dar el siguiente paso: adjudicar los permisos de almacenamiento geológico a la Administración estatal. No obstante, la competencia del Estado para dictar las bases y coordinar la planificación general de la economía no es *per se* justificante para la asunción de actos ejecutivos como es el permiso de almacenamiento. De hecho, ninguno de los tres títulos competenciales en los que se apoya la norma permite abarcar a la Administración estatal las actuaciones de gestión en tales ámbitos. Por ello, una vez argumentada la naturaleza económica de las concesiones de CO₂, y por tanto, «extraída» de las áreas medioambiental y minera (en estas materias la jurisprudencia constitucional existente es bastante restrictiva en cuanto a la injerencia del Estado en los actos de ejecución) (28), el legislativo avanzará un poco más y defenderá el carácter básico del acto administrativo en materia de planificación económica.

Su herramienta para lograr tal fin será la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución. Para ello, invocará tres sentencias que veremos a continuación. Las SSTC 49/1988, de 22 de marzo, 135/1992, de 5 de octubre, y 197/1996, de 28 de noviembre.

(27) La mencionada reforma fue introducida por la Directiva 2009/29 del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de derechos de emisión de gases efecto invernadero.

(28) I. CARO-PATÓN CARMONA (2013: 11-12).

La primera, resolvió tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y 54 diputados contra la Ley 31/1985, de 2 agosto, de regulación de Normas Básicas sobre órganos rectores de las Cajas de Ahorro. La controversia radicaba esencialmente en el supuesto carácter básico dado a determinados artículos del texto de conformidad al art. 149.1.11° (bases de la ordenación del crédito, la banca y seguros). La mención al fundamento jurídico de esta sentencia (FJ 32) obedece a que el Tribunal admitió la posibilidad de regular las bases de ordenación y planificación de la economía en normas de rango reglamentario.

Si como bien indica M. Gámez Mejías, las concesiones de almacenamiento se tratan de actuaciones de gestión, y no de disposiciones generales (29), cabe preguntarse cuál es el sentido de la mención de esta resolución si el tema tratado es la centralización de competencias ejecutivas. Pues bien, para responder a esta pregunta, hemos de partir del art. 11.2 de la LCO₂ el cual dispone que el procedimiento de concesión de las autorizaciones de almacenamiento se establecerá mediante reglamento. Es por esto que cabe concluir, aunque no lo diga el legislador, que el objetivo de la alusión a la sentencia no es otro que recordar que la jurisprudencia sobre el art. 149.1.13 ya admitió la constitucionalidad de la fijación de las bases a través de normas reglamentarias, por lo que el futuro procedimiento de almacenamiento de CO₂ erigido mediante esta clase de disposiciones será igualmente conforme a la Constitución.

La segunda, promovida por los Gobiernos vasco y catalán, solucionó el conflicto surgido en torno a la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Aquí, la discusión versaba sobre la constitucionalidad de las nuevas competencias de supervisión y autorizaciones (30) que la norma había otorgado al Banco de España y al Ministerio de Economía y Hacienda en virtud de su carácter básico de conformidad a los títulos contenidos en los arts. 149.1.11° y 149.1.13° de la CE. Ambas CC.AA. argumentaron que dichas atribuciones constituían una intromisión en las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía sobre la ejecución de la legislación básica en materia de corporaciones de crédito y Cajas de Ahorro. Finalmente, la sentencia declaró conforme al texto fundamental las competencias ejecutivas entregadas por la ley a los órganos estatales.

(29) M. GÁMEZ MEJÍAS (2011: 77).

(30) A modo de ejemplo, el art. 10.3 (en la versión de la norma de 1988) sometía la apertura de nuevas oficinas de las entidades de depósito a la previa autorización del Banco de España o, en los casos en que correspondiese dicha autorización a las CC.AA., al previo informe favorable del Banco de España.

La última, de mayor trascendencia y al contrario que las dos anteriores, alejada del Derecho Bancario, ventiló un recurso presentado por el Gobierno catalán contra la Disposición Final 3ª de la Ley 34/1992, de 22 de noviembre, de ordenación del sector petrolero. Entre las distintas cuestiones que se plantearon al Tribunal, destacó la controversia sobre el sujeto competente para otorgar las autorizaciones de distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos. El art. 10.1 y la Disposición Final 3ª de la Ley 34/1992 atribuyeron la concesión de dicho permiso al Ministerio de Industria al considerarlo una actuación material indispensable para lograr la ordenación general de la economía. En cambio, la *Generalitat* argumentó en su recurso que debió ser ella la que le hubiera correspondido la tramitación del procedimiento ya que el otorgamiento de autorizaciones administrativas se trata de un acto típicamente ejecutivo o de aplicación de la legislación, que para colmo, el legislador debería haber encuadrado en el art. 149.1.25 (bases del régimen energético). El TC zanjó el debate concluyendo que, en primera instancia, la materia preferente para encasillar el procedimiento administrativo debía ser la planificación económica, para después, ratificar su carácter básico en la misma, por lo que, efectivamente, el Estado acabó conservando el permiso.

Como se puede ver en este caso, el conflicto, al igual que las cuestiones tratadas, fueron tremendamente similares a la controversia planteada en cuanto al permiso de almacenamiento geológico de dióxido de carbono, lo cual explica su invocación en la Exposición de Motivos.

En resumen, los dos últimos fallos tienen en común que el TC admitió la centralización de competencias ejecutivas en materias colindantes a la planificación general de la economía cuando viniera justificado para garantizar la consecución de fines inherentes a la regulación básica o por ser medidas imprescindibles para la preservación de lo básico.

Tras citar las sentencias, el legislador concluirá este apartado argumentando mediante el uso de una analogía que si el Tribunal ratificó la constitucionalidad de la competencia estatal para autorizar las distribuciones al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos con base en su carácter básico y estratégico para la ordenación de la economía nacional, de la misma manera habrá de ser para los permisos de almacenamiento pues esta tecnología resultará vital en el futuro para garantizar un desarrollo económico sostenible.

En segundo lugar, y para afianzar las razones ya vertidas, el legislador procederá a explicar a continuación *la importancia de la CAC en el cambio del modelo energético*. Este argumento se apoyará a su vez sobre dos predicciones:

- a) La futura relación de la CAC con las autorizaciones de las centrales térmicas: en el medio plazo será previsible que, una vez se haya generalizado el uso de esta técnica, la apertura de grandes instalaciones

de combustión quedará estrechamente ligada a la obtención de las concesiones de almacenamiento de CO₂. Tales permisos resultarán primordiales para la viabilidad de las centrales de generación de energía eléctrica cuya actividad radique en el empleo de combustibles fósiles (recuérdese las modificaciones en el Mercado Europeo de Derechos de Emisión y la previsión de precios para 2013). En consecuencia, si la autorización de las instalaciones de combustión corresponde al Estado ex art. 3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (31), debido a la vinculación existente entre ambos permisos, la segunda deberá corresponder igualmente a la AGE.

- b) El papel fundamental que tendrán las técnicas de confinamiento de CO₂ en la lucha contra el cambio climático y en el diseño de las políticas energéticas. A fin de defender esta tesis, se aportarán varios porcentajes con expectativas bastante optimistas, cuya procedencia el legislador no termina de dejar claro. A modo de ejemplo, se afirmará que la CAC podría reducir las emisiones de CO₂ con origen en la producción de electricidad entre un 30 y un 60% al igual que un 40% de las procedentes de la industria. Asimismo, se sostendrá que, teniendo en cuenta las características del modelo energético español y la geografía nacional, nuestro país resulta idóneo para la implementación de la tecnología. Razones por las cuales acabará declarando con rotundidad que la negativa a su utilización únicamente nos puede abocar al incumplimiento de los objetivos ambientales comunitarios.

Para finalizar el epígrafe, debe señalarse un fenómeno curioso en la ley con respecto a esta prerrogativa. Como ya se ha dicho, la concesión del almacenamiento se justificó en la competencia de ordenación de la economía según indica el preámbulo. Ahora bien, la Disposición Final undécima, que es la encargada de precisar los títulos competenciales que justifican cada uno de los artículos de la norma dice así:

«Disposición final undécima. Título competencial.

Esta ley tiene carácter básico al amparo del artículo 149.1.23.º de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia para dictar la legislación básica en materia de protección del medio ambiente con las siguientes excepciones:

- a) Los artículos 10, 11, 13, 14, 15, 24 y 25 se dictan al amparo de las competencias atribuidas en el artículo 149.1.13.º de la Constitución Española.
 b) Los artículos 3, 6, 7, 8, 9, 16, 17, 26 y 27 se dictan al amparo de las competencias atribuidas en el artículo 149.1.25.º de la Constitución Española».

(31) La norma vigente actualmente es Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Este precepto no tendría mayor relevancia si no fuera porque la regulación del sujeto al que le compete la tramitación del permiso de almacenamiento (Ministerio de Industria) queda situada en el art. 5. Este desliz o error del legislador provoca que, tras abundantes líneas argumentando el carácter económico de la concesión, de repente, finalice la redacción de la ley convirtiéndolo en legislación básica en materia de protección del medio ambiente.

Tal circunstancia no sería obviada por los detractores de la norma. De hecho, el Gobierno de Aragón señalaría esta errata en su recurso de inconstitucionalidad a fin de demostrar lo que, en su opinión, resultaba no sólo una incoherencia de la ley si no además una prueba del verdadero ámbito material donde debería haberse situado la concesión.

IV. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD ARAGONÉS

1. Los intereses extrajurídicos

El permiso de explotación posee una importancia clave en el proceso de almacenamiento de dióxido de carbono. Al fin y al cabo, el sujeto que ostente la potestad sobre esta clase de concesiones del dominio público minero será quien decida el destino final de los proyectos de confinamiento.

Para el Gobierno de España, conservar la competencia sobre la concesión resultaba crucial dada la importancia económica que los pronósticos de la época atribuían a la CAC. De hecho, la centralización de esta facultad en manos de la Administración estatal buscaba cercenar la posibilidad de que las CC. AA. pudieran obstaculizar o descartar proyectos (32). Recuérdese que la competencia sustantiva arrastra a la ambiental según reiterada jurisprudencia del TC desde 1998 (SSTC 13/1998, 101/2006 o 1/2012), por lo que si se hubiera atribuido la primera a las Administraciones autonómicas, les hubiera correspondido igualmente formular la evaluación de impacto ambiental sobre los sumideros de CO₂ (33). Además, no interesaba que las discrepancias entre el órgano sustantivo y el ambiental fueran resueltas por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas ni que éstas tuvieran capacidad de establecer requisitos adicionales en las autorizaciones o agravar los existentes.

Dicho brevemente, la concentración del acto ejecutivo en el seno de la AGE perseguía que las Administraciones regionales no pudieran adoptar políticas específicas en la materia (34). Las palabras del Senador D. Josep María Batlle

(32) I. CARO-PATÓN CARMONA (2013: 4).

(33) Dictamen 162/2010, de 4 de febrero, del Consejo de Estado, sobre el anteproyecto de Ley de almacenamiento geológico de dióxido de carbono.

(34) Eadem (2013: 4).

Farrán (PSC-PSOE) durante la tramitación de la Ley 40/2010 en la Comisión de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca celebrada el 23 de noviembre de 2010 evidencian estas intenciones:

«Consideramos que la ley es importante; no hace otra cosa que adaptarse a lo que mandan los cánones de las trasposiciones de la UE y, a nuestro entender, tiene un alto contenido técnico, es decir, que hay muy pocas cuestiones políticas en ella. A nuestro entender, la ley no hace una invasión de las competencias autonómicas, y como entendemos que esto no se produce, francamente no hemos presentado ninguna enmienda que pudiera afectar a este capítulo.

Esta es una ley que debe regularse con carácter estatal, porque las materias que son objeto de vinculación tienen una estrecha relación entre lo que afecta al cambio climático, el medio ambiente, el régimen económico y el régimen energético y, por lo tanto, esto no se puede dejar al libre albedrío de que cada una de las CC.AA. ejerza competencias por sí sola, porque podrían incluso llegar a ser contradictorias».

Establecidas la importancia de la concesión y los intereses del Estado en conservar la autoridad sobre la misma, cabe preguntarse cuáles fueron los motivos que llevaron a la Comunidad Autónoma aragonesa a ansiar un permiso tan celosamente protegido.

Pues bien, el principal motivo tras la interposición del recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de Aragón, de entre todas las cuestiones que se plantearon, sin lugar a dudas, fue lograr la nulidad de los permisos de almacenamiento que el legislador había otorgado al Ministerio de Industria (35). No obstante, la defensa de la legalidad y el orden constitucional de competencias no fueron las únicas razones que motivaron al Ejecutivo autonómico a la interposición del recurso. Existía toda una serie de intereses, sobre todo económicos pero también políticos, debido a los cuales la Administración Pública aragonesa se esforzó tanto en obtener las autorizaciones (36):

- *La geografía aragonesa*: al parecer, la orografía de nuestro territorio presenta un inmenso potencial para el uso de la tecnología de almacenamiento geológico. La existencia de abundantes cuencas sedimentarias

(35) En el recurso y su correspondiente sentencia se discutieron muchos más aspectos de la LCO₂ que la DGA consideró igualmente inconstitucionales, como las facultades estatales sobre los permisos de investigación de ámbito supracomunitario, además de todo lo relativo al acceso de los usuarios a las redes de transporte y lugares de almacenamiento o la habilitación que realiza la norma para un futuro desarrollo reglamentario.

(36) Para más información sobre los motivos de la impugnación ante el Tribunal Constitucional, véase las publicaciones de la prensa el día 8 de febrero de 2011 en *Heraldo de Aragón*, *Aragón_Hoy* o *Europa Press*, a propósito de la rueda de prensa dada ese mismo día por el ex vicepresidente del Ejecutivo aragonés José Ángel Biel (PAR) anunciando la interposición del recurso.

aptas para convertirse en depósitos de CO₂ en el valle del Ebro y en la parte turolense de la cordillera Ibérica fue un argumento recurrente por parte de los senadores del PAR durante la tramitación de la LCO₂. De hecho, las formaciones geológicas situadas en territorio aragonés son las segundas con más capacidad de almacenamiento de todo el Estado (8 gigatoneladas), únicamente superadas por las que alberga la Comunidad Autónoma de Castilla y León (37). Esta particularidad no sólo resultaba idónea para la descarbonatación de la industria local, si no también para el surgimiento de una potente industria en la región cuyo motor fuera la captura, transporte y almacenamiento del gas carbónico (38).

- *Supervivencia de la minería turolense y centrales térmicas situadas en la CC. AA.:* las acciones del Ejecutivo autonómico aragonés trataban de garantizar la implantación de la CAC en el territorio con el propósito de beneficiar el consumo de carbón, manteniendo todos los trabajos asociados a esta industria. Esto no sólo afectaba a las comarcas mineras de la provincia de Teruel, también a la criticada central térmica de Andorra cuya actividad radica en la quema del combustible fósil. Dicho sea de paso, una de las instalaciones de generación eléctrica más contaminantes del país al emitir a la atmósfera más de cuatro millones de toneladas de CO₂ por año, lo que equivale a 2/3 del total que se genera en la Comunidad Autónoma (39).

Además, por el propio funcionamiento de las técnicas de captación y transporte de dióxido de carbono, es preferible que el sumidero natural se sitúe cerca de la instalación de combustión a fin de abaratar costes. En el caso aragonés, nuestra geografía ofrece numerosos enclaves próximos a las centrales térmicas de Castelnou y Escatrón (40). En consecuencia, se aseguraba su viabilidad económica y el empleo dependiente a pesar del incremento sucesivo que sufrirá el coste de los derechos de emisión a lo largo del tiempo.

(37) A. PÉREZ-ESTAÚN (2009: 38).

(38) En concreto, se esperaba que la universalización de las técnicas de captación y confinamiento de CO₂ traería consigo un negocio millonario que generaría miles de puestos de trabajo: profesionales y especialistas en instalaciones de captura y almacenamiento, trabajadores y técnicos para la construcción de gasoductos, supervisores de las mencionadas estructuras, investigadores en el área, por no mencionar todas las empresas que surgirían en torno a estos sectores. A.M Moreno Molina (2015: 118-119).

(39) El Periódico de Aragón de 12 de diciembre de 2017.

(40) Existe una zona de 50 kilómetros de longitud situada en el entorno de Caspe apta para ser utilizada como almacén geológico. Esta circunstancia ciertamente resultaba beneficiosa para ambas centrales térmicas debido a su cercanía. Herald de Aragón de 26 de febrero de 2010.

- *Razones presupuestarias*: la limitación de la intervención de las CC. AA. en la materia, a grandes rasgos, a tareas de supervisión ambiental no terminó de convencer a grupos regionalistas y nacionalistas. Todas estas obligaciones de vigilancia eran consideradas como un gasto excesivo para los erarios autonómicos que no resultaba compensado si no se ostentaba poder de decisión sobre los proyectos de confinamiento. La carga económica y de recursos humanos recaía sobre los entes autonómicos y a cambio, éstos no recibían ninguna clase de beneficio durante la tramitación del procedimiento (41).

Al parecer, esta creencia tiene su origen en que por aquel entonces se esperaba que la generalización de las técnicas de captura y almacenamiento de CO₂ requeriría ingentes cantidades de funcionarios y personal cualificado para garantizar el seguimiento y seguridad de los sumideros del gas carbónico. Este argumento, sin duda el más endeble de todos, chocaba contra las previsiones del dictamen del Consejo de Estado, el cual preveía que «ni tan siquiera a largo plazo el número de instalaciones en España (y por ende en Aragón) iba a ser tan elevado como para requerir un incremento apreciable del gasto público con el objeto de atender la gestión del régimen».

En resumen, todas estas circunstancias motivaron a la DGA a buscar una implicación más directa en el procedimiento administrativo de la concesión, fundamentalmente, para facilitar el establecimiento de la CAC en Aragón en vista de todos los beneficios que traería para la economía, industria, empleo y la minería.

2. Argumentos jurídicos del Gobierno de Aragón

La Diputación General de Aragón intentó en varios momentos que el Gobierno nacional modificase el esquema competencial que había establecido en la Ley 40/2010. Los ejemplos más claros fueron cuando emitió el informe sobre el anteproyecto de ley o durante la fase de tramitación en el Senado. Sin embargo, la negativa reiterada del Ejecutivo estatal a descentralizar los permisos de almacenamiento por la importancia de la materia (y un cierto grado de desconfianza hacia las CC. AA.) llevó al Gobierno aragonés finalmente a interponer recurso de inconstitucionalidad ante el TC el 29 de marzo de 2011. Las otras dos Comunidades Autónomas discrepantes, Galicia y Cataluña, también hicieron lo propio aunque unos meses más tarde.

(41) Véase las intervenciones del Senador D. José María Mur Bernad en la Comisión de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca del 23/10/2010 y en el Pleno del Senado el 1/12/2010.

Por tanto, este epígrafe se dedicará a analizar los argumentos jurídicos esgrimidos por el Gobierno de Aragón, sin entrar, como ya se dijo, en los existentes dentro de los recursos gallego y catalán. Además, se completará la argumentación del recurrente con las críticas realizadas por la doctrina sobre la Ley 40/2010 con motivo de que le quede al lector una visión crítica de la norma.

Pues bien, ya entrando en materia, para demostrar la inconstitucionalidad de la atribución de las concesiones al Ministerio de Industria, y por ende, también de una larga lista de potestades asociadas, el Ejecutivo aragonés organizaría la defensa de sus pretensiones sobre los siguientes pilares:

En primer lugar, reprochó el carácter económico otorgado a la concesión. Para ello, el recurrente adujo a la naturaleza eminentemente ambiental de la Ley 40/2010 y de la propia Directiva que fue objeto de trasposición por la norma impugnada. Respaldó esta tesis aludiendo a la finalidad de ambas disposiciones la cual era «establecer un marco jurídico para el almacenamiento geológico de dióxido de carbono, en condiciones seguras para el medio ambiente, con el fin de contribuir a la lucha contra el cambio» (arts. 1.1 de la ley y 1.1 de la Directiva). Asimismo, añadió que LCO₂ no ofreció una motivación fundada y convincente de las circunstancias excepcionales de índole económica que justificasen la gestión del permiso de almacenamiento por parte de la AGE.

Ciertamente, todos estos factores demostraban que la centralización de esta potestad con base en la planificación y ordenación de la economía guardaba una apariencia poco natural. Por consiguiente, la actitud del legislador permitía sospechar que el objetivo real de la invocación del art. 149.1.13° era separar el permiso de almacenamiento de los verdaderos ámbitos materiales en los que debió encasillarse, ambiental y minero, a fin de evitar la restrictiva jurisprudencia constitucional existente en estas áreas en cuanto a la intervención del Estado en los actos de gestión.

Es necesario recalcar que la doctrina se ha manifestado en lo que respecta a este punto muy crítica con la ley. I. CARO-PATÓN CARMONA apoyó esta postura mediante dos argumentos: por un lado, que en los países del entorno comparado donde se había regulado la tecnología de reclusión de CO₂, la decisión final de proyecto correspondía a organismos de energía o hidrocarburos, de modo que la justificación en las bases de la ordenación económica le parecía bastante artificial. Por otro, desmintió el futuro impacto que la normativa iba a tener sobre la economía alegando que a día de hoy la repercusión había sido nimia —por no decir inexistente— (42).

(42) I. CARO-PATÓN CARMONA (2013: 7).

Esta última afirmación obliga a comprobar el estado actual de la tecnología en España. Y la verdad es que, como efectivamente defendió la autora, la CAC no sólo no se ha generalizado en la industria o en las centrales térmicas españolas, si no que además, nueve años después de la promulgación de la LCO₂ y una década de la Directiva, las técnicas de secuestro y confinamiento de dióxido de carbono siguen en fase experimental en nuestro país. Prueba irrefutable de ello es el desarrollo del proyecto de almacenamiento de CO₂ más importante de España (43): el «Proyecto Compostilla», situado en el Bierzo leonés (Cubillos de Sil). Se trata de una pequeña central térmica experimental construida con la finalidad de aprehender el CO₂ y así transportarlo mediante tuberías hasta la planta de almacenamiento en Hontomín, en la Provincia de Burgos (a 145 Km). El proyecto era obra de un consorcio entre ENDESA, la Fundación estatal Ciudad de la Energía (CIUDEN) y la empresa Foster Wheeler, y cabe añadir que gozaba de financiación europea a través del Programa Energético Europeo para la Recuperación Económica (PEERE) el cual le concedió 117,3 millones de euros (44).

El problema vino con que el proyecto fue planteado con unas expectativas de precio de los derechos de emisión de entre unos 20 y 30 euros la tonelada. La crisis económica provocó su caída por debajo de los 6 euros durante casi todo el 2013 (45). Además, el reparto gratuito de derechos en sectores como la cerámica o el cemento causó que el año anterior hubiera 855 millones de derechos de emisión no utilizados (46). Ante este escenario, los promotores se replantearon las millonarias inversiones que estaban realizando en el desarrollo de la CAC en un momento en que la contaminación atmosférica resultaba sumamente rentable. Finalmente, ENDESA decidiría no proseguir con la segunda fase del proyecto (adaptar la central construida a escala de demostración) alegando la ausencia de viabilidad económica (47). Esto unido al final de las ayudas europeas en 2015 y la falta de recursos de CIUDEN, cuya disolución fue aprobada en 2013 por el Ejecutivo popular, arrojaron bastante incertidumbre sobre el futuro de la planta (48). Aunque parece que el

(43) Desde hace años, existen varias iniciativas de reclusión del gas carbónico orientadas a fines de investigación por varios puntos de la geografía española: como el proyecto de HUNOSA en La Pereda (Asturias), el de CEPSA en La Rábida (Huelva) y las exploraciones de ENDESA en Aragón. Todos estos proyectos han tenido un desarrollo incierto y sin duda, no han alcanzado la envergadura del Proyecto Compostilla.

(44) C. ARRIBAS UGARTE (2013). Visto en: <https://www.ecologistasenaccion.org/?p=22923>.

(45) <https://www.sendeco2.com/es/precios-co2>.

(46) C. Arribas Ugarte (2013).

(47) *El Diario de León* de 1 de noviembre de 2013.

(48) ABC de 11 de abril de 2014.

actual Gobierno socialista ha mostrado interés tanto en mantener el proyecto como la propia fundación (49).

En resumen, la crisis económica frenó todas las expectativas de implementación de las técnicas de captura y almacenamiento de dióxido de carbono en España (50). Ahora bien, la recesión no fue el único factor que evitó su generalización en la industria y las centrales térmicas españolas. A día de hoy, la tecnología sigue siendo extremadamente costosa como para compensar su uso. En concreto, se estima que la captura y almacenamiento de cada tonelada de CO₂ tiene un coste de 70 a 100 euros (51). Este dato contrasta con el precio de los derechos de emisión el cual se mantuvo desde 2013 hasta mayo de 2018 entre los 3 y 15 euros.

En esta misma línea se situaría M. GÁMEZ MEJÍAS (52), el cual criticó igualmente la atribución de tamaña importancia económica a la CAC partiendo del hecho de que se trata de una tecnología de transición, como el propio legislador europeo reconoce, y que en ningún caso «debe ser un incentivo para aumentar la proporción de las centrales eléctricas que utilizan combustibles fósiles y que su desarrollo no debe llevar a la reducción de los esfuerzos de apoyo a las políticas de ahorro energético, a las fuentes renovables de energía y a otras tecnologías seguras y sostenibles con baja emisión de carbono, ni en el ámbito de la investigación ni en el financiero» (Considerando 4 *in fine* de la Directiva). En definitiva, califica a la CAC como una tecnología casi de supervivencia para las centrales térmicas de alta producción de CO₂. Además, consideró que el periodo de vida de la CAC se hallaba limitado en el tiempo al tratarse de una tecnología auxiliar de las renovables a la espera de que éstas terminen de desarrollarse. Incluso vaticinó que el cuerpo de la ley podría quedarse como una carcasa vacía si finalmente surgieran alternativas más atractivas. Por todas estas razones, concluyó que la invocación del transversal título del art. 149.1.13º para centralizar el acto ejecutivo resultaba excesiva.

J.F. ALENZA GARCÍA también se posicionó a favor de las CC.AA. recurrentes. Manifestó la perplejidad que le suscitaba una norma que con una autoproclamada finalidad ambiental «acabe utilizando el criterio económico como el determinante de la atribución de competencias, relegando lo ambiental a algo meramente accesorio» (53). A esta tesis se sumó A.M. MORENO MOLINA,

(49) *El Diario de León* de 15 de julio de 2018.

(50) C. ARRIBAS UGARTE (2013).

(51) I. SANZ RUBIALES (2011: 79).

(52) M. GÁMEZ MEJÍAS (2011: 75-76).

(53) J.F. ALENZA GARCÍA (2014: 199).

el cual desconfiaba de la extensísima justificación de la que tuvo que valerse el legislador en el Preámbulo para atribuir el acto ejecutivo al Estado (54).

En segundo lugar, se rechazó el carácter básico del permiso en la planificación general de la economía. Este argumento enlaza en parte con lo explicado en el anterior punto. En el plano formal, se afirmaba la inconstitucionalidad de la Disposición Final Undécima de la norma por declarar todos los preceptos de la LCO₂ como básicos en los títulos competenciales invocados, lo que incluía las concesiones de almacenamiento en cuanto al título del art. 149.1.13°.

En el ámbito material, el abogado del Estado afirmó que el carácter estratégico de la concesión se justificaba en su capacidad de determinar la elección de los lugares de almacenamiento. Este factor condicionaría el diseño de una futura red nacional de transporte del CO₂, en la que cada formación geológica servirá para almacenar el gas capturado y comprimido de instalaciones situadas en otras CC.AA. o incluso en otros Estados europeos. Por consiguiente, la concesión de almacenamiento resultaba imprescindible, junto a la autorización de apertura de instalaciones de generación eléctrica y la gestión de la futura red nacional de transporte de CO₂, ambos instrumentos de competencia estatal, para conciliar los tres elementos básicos de la CAC: las instalaciones emisoras, la red de transporte y los almacenes geológicos. Así pues, el carácter básico del permiso en la planificación económica deriva de su importancia para lograr la adecuada implantación de la tecnología de secuestro del gas en el país, presupuesto previo e imprescindible para garantizar tanto el crecimiento económico sostenible como el cumplimiento de los objetivos ambientales comunitarios.

En cambio, el letrado de la CC.AA. negó este extremo declarando que la elección del lugar de almacenamiento no correspondía a la Administración Pública sino al sector privado, limitándose el papel del primero a verificar el cumplimiento de los requisitos cuando se solicitase la autorización. Además, el carácter reglado de este procedimiento administrativo impedía que el Estado pudiera adoptar políticas o actos discrecionales para el establecimiento de una estrategia económica nacional sobre la ubicación de los lugares de almacenamiento.

En tercer lugar, se criticó el uso de una interpretación extensiva del art. 149.1.13° CE. Aquí, el recurso aragonés argumentó que la centralización del acto ejecutivo se llevó a cabo mediante una interpretación amplia y por tanto, inconstitucional del concepto de bases de la planificación económica. Invocando la jurisprudencia constitucional que analiza este artículo, recordó la exigencia de interpretación del citado título horizontal de manera restrictiva cuando concurra con una materia más específica (en este caso, minería

(54) A.M. MORENO MOLINA (2015: 147-148).

y medio ambiente). De esta forma, mencionó que «no toda norma o medida con incidencia económica puede encontrar cobertura en el número 13 del art. 149.1 de la CE si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general ya que se correría el riesgo de vaciar de contenido la materia o título competencial más específico» (SSTC 125/1984, 112/1995 y 332/2005).

Por otro lado, se alegó la lesión de las competencias ejecutivas autonómicas sobre la legislación minera. Antes de examinar esta tesis, debe sintetizarse las atribuciones de cada ente público en la materia. Al Estado le corresponden las bases del régimen minero (art. 149.1.25º CE). Dicha potestad se expresará mediante vía legislativa, estableciendo una regulación común a todo el territorio nacional. No obstante, «no podrá excluirse de los elementos básicos la gestión por el Estado de algún recurso minero por razones económicas, estratégicas o de defensa» (55). Por contra, a las Comunidades Autónomas les corresponderá la competencia sobre el desarrollo legislativo y ejecución de la normativa básica estatal. Así es el caso de Aragón, que tiene asumida la competencia sobre el régimen de intervención administrativa de las minas y recursos mineros ex art. 75.2º del EAAr.

Conforme a este esquema, la argumentación del Ejecutivo aragonés se basaba en que las concesiones de explotación sobre los recursos de la sección B de la Ley de Minas de 1973, entre los cuales se encuadrarían los almacenes de CO₂ siendo estructuras subterráneas (art. 23.3 LMi), habían sido gestionadas históricamente por las CC.AA. sin ninguna clase de conflicto. De ahí que la extracción de los sumideros de CO₂ de la citada sección por LCO₂ para dotarles de un régimen jurídico propio en el que el permiso de almacenamiento quedase atribuido al Estado, conculcaría las competencias estatutarias en minería, y de esta forma, el bloque de constitucionalidad. En apoyo a esto último, se reprochó que hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2010, las Comunidades Autónomas habían venido otorgando los permisos de exploración y explotación para esta clase de uso del dominio público minero al amparo de la Ley de Minas sin generar controversia alguna (56).

Esta opinión también sería compartida por I. CARO-PATÓN CARMONA, la cual ratificaría la conculcación de las competencias ejecutivas autonómicas en materia minera al ser la sección B de la LMi el «lugar natural» de los almacenes de CO₂ (57).

(55) F. LÓPEZ RAMÓN (2012: 259).

(56) Tal como evidencia la Disposición Transitoria 1º de la LCO₂ la cual dispone de un plazo de 2 años para adaptar los títulos otorgados al amparo de la LMi para el reconocimiento o aprovechamiento de estructuras subterráneas susceptibles de almacenaje de CO₂.

(57) I. CARO-PATÓN CARMONA (2013: 25).

Por último, se mencionó la extralimitación del legislador en la trasposición del Derecho comunitario. El Estado quedaba habilitado exclusivamente para trasponer la Directiva 2009/31 en el marco de sus competencias, es decir, bases sobre la protección del medio ambiente (149.1.23), bases del régimen minero (149.1.25) y, en su caso, las bases y coordinación de la actividad económica (149.1.13). Por tanto, al trasponer la norma europea invadiendo las competencias ejecutivas autonómicas nombradas, se vulneró el art. 93.2 del EAAr que determina que la CC.AA. de Aragón será la que aplique y desarrolle el Derecho de la UE en su ámbito competencial.

V. EL REVÉS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA STC 165/2016, DE 6 DE OCTUBRE

1. El fallo de los magistrados

Finalmente, la disputa por la competencia sobre las concesiones de almacenamiento de dióxido de carbono culminaría mediante la STC 165/2016, de 6 de octubre. Sin embargo, aunque las otras dos CC.AA. recurrentes recibirían sus respectivas resoluciones un mes después, el destino de estos procesos constitucionales quedaría marcado en el momento en que se dictó la sentencia sobre el conflicto aragonés. El Tribunal Constitucional, presidido en aquel momento por el magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y siendo ponente D. Antonio Narváez Rodríguez, declararía conforme a la Constitución la atribución del acto ejecutivo al Ministerio de Industria y por ende, a la Administración del Estado (58). Razón por la cual es el turno de comentar y analizar los distintos argumentos utilizados por el máximo intérprete de la carta magna a la hora de encauzar la controversia jurídica.

En primer lugar, antes de resolver las distintas impugnaciones, el Tribunal comenzará explicando que dada la naturaleza heterogénea o polifacética de la norma recurrida, la cual descansa sobre tres materias (medio ambiente, minería y ordenación de la economía), deberá esclarecerse cuál es la «categoría genérica» o «preferente». Esto será necesario para proporcionar el criterio que servirá para encuadrar la Ley 40/2010 en el orden constitucional de competencias. Así lo establece la doctrina histórica del Tribunal Constitucional (SSTC 80/1985, 197/1996 o 14/2004).

Acto seguido, aclarará que las opiniones que el legislador o las propias CC.AA. tengan sobre la cobertura competencial de la ley enjuiciada resulta-

(58) Los otros nueve magistrados que juzgaron el proceso fueron: D^o Adela Asua Batarrita, D^o Encarnación Roca Trías, D. Andrés Ollero Tassara, D. Fernando Valdés Dal-Ré, D. Juan José González Rivas, D. Santiago Martínez-Vares García, D. Juan Antonio Xiol Ríos, D. Pedro José González-Trevijano Sánchez y D. Ricardo Enríquez Sancho.

rán meramente indicativas y por lo tanto, no vinculantes para el Tribunal. Las competencias son indisponibles e irrenunciables para ambas Administraciones Públicas, de modo que el orden constitucional de competencias ni queda ni puede quedar a merced de las alegaciones de las partes en el proceso. Como resultado de lo expuesto, los errores que el legislador haya cometido al encuadrar los artículos de la LCO₂ en los distintos títulos competenciales de la carta magna serán irrelevantes pues éstos operan *ope Constitutionis*.

Así pues, atendiendo al carácter, sentido y finalidad de las disposiciones que conforman la LCO₂, concluirá que el título preferente para resolver la controversia será la materia de minas. Para demostrar lo afirmado, el TC procederá a justificar su tesis sobre los siguientes argumentos:

En primer lugar, el órgano constitucional sostendrá que la Ley 40/2010 estableció un régimen especial dentro de la legislación minera. Esta opinión se justificará mediante varias afirmaciones: por un lado, que la LCO₂ introdujo una nueva regulación que precisó y desarrolló normas generales de la minería vigentes en España con el fin de adaptarlas a la nueva tecnología promovida por la Unión Europea en su Directiva. Es decir, detalló normativa ya existente para incorporar este novedoso uso de las estructuras subterráneas (el almacenamiento de CO₂). Por otro lado, porque los instrumentos regulados en la norma han de realizarse en el subsuelo. Además, el empleo de las técnicas mineras resulta fundamental para realizar los trabajos sujetos a la norma, requiriendo de maquinaria y labores subterráneas. Aunque matizará que si bien es cierto que existen ciertos aspectos de la norma que son directamente incardinables en materia ambiental por su finalidad de protección del medio natural (por ejemplo, la garantía financiera exigida al solicitante de la concesión de almacenamiento en el art. 12), no puede ignorarse que el régimen jurídico establecido por la LCO₂ atiende fundamentalmente a la gestión y el emplazamiento de aquellas estructuras subterráneas aptas para convertirse en almacenes de dióxido de carbono.

A continuación, el Tribunal defenderá que el hecho de que la norma estatal derivase de una Directiva de naturaleza ambiental no le compele a la hora de encuadrar la ley dentro del orden constitucional de competencias en la misma materia. Que la Unión Europea dictase la citada norma en virtud de su competencia sobre la protección del medio ambiente, materia compartida entre los Estados miembros y la Unión, no es canon o parámetro interpretativo para enjuiciar la constitucionalidad de la norma transpositiva (SSTC 28/1991, FJ 4 y 136/2011, FJ 12). Según reiterada jurisprudencia del TC, tanto el Derecho originario como el derivado europeo carecen de rango y fuerza constitucionales, y por lo tanto, la normativa comunitaria no dispone de capacidad para alterar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En consecuencia, la respuesta a un conflicto competencial entre

las Administraciones autonómicas y la nacional no puede venir determinada por la distribución de competencias entre los organismos europeos y el propio Estado sino que debe ser hallada en virtud de las normas internas de cada Estado miembro, que en este caso es el español.

Además, alegará que no resulta determinante que el objetivo de la LCO₂ sea la lucha contra el cambio climático, es decir, de carácter ambiental. Esta finalidad goza de naturaleza transversal y se busca a través de un amplio conjunto de medidas. Cada una de ellas se despliega en distintos campos y con diversos objetivos (fomentar las energías renovables, reducción de gases contaminantes o promover una mayor eficiencia energética). Como resultado, estas políticas se adoptan desde distintos títulos competenciales que si bien inciden en el medio ambiente, no lo son materialmente (energía, minas, industria, fomento, etc.). El reparto competencial en materia de medio ambiente sólo es decisivo cuando las intervenciones administrativas tienen su razón de ser en la protección del mismo, es decir, cuando la finalidad y el efecto del acto administrativo es la preservación o restauración del ambiente afectado por la actividad intervenida (STC 13/1998, de 22 de enero FJ 8). Por tanto, aunque el objetivo último de las técnicas de captura y almacenamiento de CO₂ sea la reducción de los gases de efecto invernadero en la atmósfera, los instrumentos que regula la LCO₂ para lograrlo no son ambientales sino de índole minera (por ejemplo, los permisos de investigación sobre el subsuelo o la misma concesión de explotación de las estructuras subterráneas). El fin inmediato del primer instrumento es autorizar trabajos con el objetivo de determinar la capacidad e idoneidad de un lugar para convertirse en un almacén geológico mientras que el segundo concede a su titular el derecho a almacenar CO₂ en una estructura subterránea (arts. 8.1, 8.3 y 10.1). Por supuesto, todo ello en condiciones de seguridad y de respeto para el medio ambiente y la salud humana, pero en sí mismos no gozan de una naturaleza ambiental *stricto sensu*.

Por último, los magistrados acabarán concluyendo que el título competencial preferente para encuadrar la LCO₂ no puede ser el medio ambiental dado que únicamente 7 de sus 38 artículos derivaron del art. 149.1.23º CE. En este punto, la tesis del Tribunal parece chocar por lo dispuesto en la Disposición Final 11ª. Allí se estableció que 7 artículos de la norma provendrían de la competencia sobre las bases de la planificación económica y 9 de las bases del régimen minero. En resumidas cuentas, esos 16 artículos fueron justificados en otras materias, mientras que los 22 restantes (la mayoría de la norma), formalmente quedaron ligados a la competencia sobre protección ambiental.

No obstante, el Tribunal advirtió que los 22 artículos basados en el título ambiental resultaban ser un mero espejismo. Para obtener el verdadero número, habían de descontarse los preceptos de carácter general (arts. 1, 2, 4 y 5); los del régimen sancionador (arts. 30-38), los cuales son instrumentales de la com-

petencia sustantiva ejercida [SSTC 87/1985, F8; 168/1993; FJ 8; 124/2003, FJ 8 y 218/2013, FJ 5], y por el mismo motivo, las normas sobre registro y publicidad (arts. 28 y 29) [SSTC 32/1983; 157/1985, FJ 4 y 11/2015, FJ 6], quedando solamente los arts. 12 y 18 a 23. Estos preceptos regulaban únicamente la garantía financiera que habrá de depositar el solicitante de la concesión (art. 12) y los requisitos y obligaciones de funcionamiento de los almacenes de CO₂ (arts. 18-23). En cambio, argüirá que los 9 artículos adscritos a la competencia estatal sobre legislación básica minera son los que contienen las normas determinantes del régimen jurídico de la ley así como los que introdujeron las principales modulaciones a la Directiva cuando fue transcrita al ordenamiento jurídico español. Por tanto, en dichas disposiciones se contenía la esencia de la LCO₂.

Una vez explicadas las razones por las cuales la Ley debía encuadrarse dentro del orden constitucional de competencias, en el régimen minero, y en consecuencia, la propia concesión, la alta magistratura procederá a analizar la impugnación del Gobierno de Aragón sobre los permisos de almacenamiento. Tras exponer el principal argumento de la Comunidad en su recurso, el cual era la lesión de las competencias ejecutivas asumidas en el régimen minero, el Tribunal reprochará duramente su empleo y concluirá que la tesis sobre la naturaleza autonómica de los permisos de almacenamiento no puede ser aceptada. La crítica se basará en los siguientes puntos:

En primer lugar, recriminará al Ejecutivo aragonés por la invocación de su competencia sobre los recursos de la sección B de la Ley de Minas, entre ellos las estructuras subterráneas, para justificar la gestión de la concesión de almacenamiento. En sus palabras, la tesis aragonesa ignoró deliberadamente rasgos esenciales de la normativa introducida por Ley 40/2010. Para el Tribunal, la LCO₂ se trataba de un cuerpo jurídico específico que había provocado que este novedoso uso de las estructuras subterráneas ya no quedase sometido a las normas generales de la minería vigentes en España. Por consiguiente, en lo que respecta al almacenamiento geológico de dióxido de carbono, no debía atenerse a la regla general que determina que al Estado le corresponde fijar las bases mediante ley y a las CC.AA. el desarrollo de la legislación básica y la ejecución de la misma, si no al régimen propio que, de hecho, el legislador le había dado.

Luego, ratificará el carácter supraautonómico de la concesión administrativa al resultar esencial para el diseño de la futura red nacional de transporte de CO₂. En este punto, el Tribunal Constitucional se ceñirá exclusivamente a corroborar la posición del legislador y la abogacía del Estado ya expuesta sobre la importancia del permiso para determinar los lugares del almacenamiento y conciliar los sumideros subterráneos con los gasoductos y las instalaciones de combustión —véase epígrafe IV.2—.

Asimismo, aceptará la tesis de la vinculación de los permisos de apertura de instalaciones de combustión con las concesiones de almacenamiento de CO₂, ya explicada en el epígrafe III.2. Nuevamente, el fallo se limitará a adherirse a los argumentos expuestos por el legislador en el preámbulo de la ley y la abogacía del Estado sin aportar datos nuevos.

Por otro lado, justificará la centralización de la concesión en la necesidad de establecer un tratamiento unitario frente a los riesgos asociados a la seguridad colectiva. Aquí, el Tribunal alegará a los riesgos existentes en cuanto al empleo de la tecnología de almacenamiento de CO₂. Su carácter novedoso y los posibles peligros que entrañará su uso —contaminación de aguas subterráneas, desplazamientos de tierra, movimientos sísmicos o fugas a la atmósfera (59)—, justifican un tratamiento uniforme tanto reglamentario como ejecutivo. Para respaldar lo anterior, equipará el modelo seguido en la LCO₂ con el régimen jurídico de las autorizaciones de los almacenes de residuos radioactivos establecido en el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas. Así, recordará que el TC ya se pronunció en su momento en la STC 14/2004, de 13 de febrero, sobre la constitucionalidad de que el legislador hubiese optado en este caso por un sistema centralizado y no por un modelo de gestión autonómica de tales sustancias.

Por lo que respecta a este extremo, simplemente decir que la comparación o analogía de los riesgos asociados a la tecnología de almacenamiento de CO₂ con los existentes en la gestión de los residuos radioactivos parece, desde mi punto de vista, exagerada y poco acertada. Se parte de la base de que el tratamiento centralizado de ambas sustancias quedaba justificado a causa de los peligros para la seguridad colectiva. Sin embargo, se obvian características esenciales del dióxido de carbono. No se trata de un gas inflamable —al contrario que el gas natural— y en condiciones normales no es tóxico para la salud humana (60). Ahora bien, su inhalación en lugares donde se encuentre muy concentrado sí resulta peligroso por no servir para realizar la respiración, lo que genera asfixia, además, es inodoro e incoloro por lo que su detección resulta dificultosa. Si bien no pueden negarse los riesgos existentes en el tratamiento del gas carbónico, tampoco puede dejar de señalarse la existencia de cierta debilidad argumental en el uso de esta comparación pues la escala y grado de peligrosidad de ambas sustancias difiere notablemente. Además, no partimos de un desconocimiento absoluto de los efectos de la CAC en el entorno pues, como ya se explico en el epígrafe II, el uso de esta tecnología

(59) A.M. MORENO MOLINA (2015: 119-121).

(60) I. SANZ RUBIALES (2013: 178).

en la industria petrolífera es antiguo y en el ámbito ambiental tenemos antecedentes como el de *Sleipner* en 1996.

Todos estos motivos llevarán al máximo intérprete del texto fundamental a concluir que el hecho de que «las Cortes Generales hayan asignado a la AGE la atribución de conceder, o de no hacerlo, el derecho al uso exclusivo de determinados lugares del dominio público minero para el almacenamiento de dióxido de carbono no extralimita la competencia estatal sobre las bases del régimen minero (número 25 del art. 149.1 CE)».

Por último, el alto Tribunal comentará que ya establecido el título preferente para enjuiciar el conflicto y descartada la principal impugnación del Gobierno de Aragón, carecerá de sentido entrar a examinar los restantes títulos competenciales invocados. Sin embargo, debe destacarse que el máximo intérprete de la carta magna advertirá que el art. 149.1.13^o CE, tal y como el Ejecutivo aragonés había mencionado, debe ser objeto de interpretación restrictiva cuando concurra con una materia más concreta (SSTC 164/2001, FJ 9 y 33/2014, FJ 7) pues no toda norma con incidencia económica puede justificarse en dicho título, como es el caso relativo a la minería, corriéndose el riesgo de vaciar la competencia más específica (STC 95/2002, FJ 7; 45/2001 FJ 8 y 77/2004, FJ 4).

Esta mención al uso del art. 149.1.13^o constituye un reproche leve, pero crítica al fin y al cabo, por parte del Tribunal al Estado por haber intentado recurrir al título económico para centralizar la concesión minera. No es la primera vez que el Gobierno de España intenta forzar el concepto de bases de la ordenación y planificación de la economía para evitar que las CC. AA. ejerzan competencias ejecutivas con cierto margen de incidencia en las políticas públicas estatales (61). Además, la notoria *vis expansiva* que ha sufrido este título, debido a la jurisprudencia constitucional, ha espoleado todavía más al Estado a recurrir a su uso (62).

Sirva de ejemplo para demostrar lo expuesto que en la ya explicada STC 197/1996, la cual fue invocada en la exposición de motivos de la LCO₂ por el legislador, el TC ratificó que las autorizaciones de distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, siendo un acto ejecutivo, quedasen bajo el dominio de la AGE por ser materialmente indispensables para lograr la ordenación de la economía nacional, si bien el Tribunal admitió

(61) De hecho, CARRASCO DURÁN atribuirá el origen de esta tendencia centralizadora del Ejecutivo nacional a la pertenencia de España a organizaciones internacionales como la UE, con las cuales existen compromisos que requieren de «la armonización de la actividad económica bajo un marco de coherencia, seguridad jurídica y estabilidad que, para un sector de la doctrina, solamente el Estado puede garantizar». M. CARRASCO DURÁN (2005: 59).

(62) *Dictamen 2/2011, del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya* (2011: 14).

que la atribución del carácter básico a los actos ejecutivos es una «dispensa excepcional» (FJ 5):

Este Tribunal, cierto es, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que «excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases» [STC 48/1988, fundamento jurídico 3º c). Asimismo, SSTC 69/1988, 80/1988, 132/1992 y 179/1992]. Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una «dispensa excepcional». Y, de otro lado, que esta excepción venía impuesta por una situación de transición, en la que era necesario «adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional», como ya se dijo en la STC 69/1988.

Por tanto, no tendría ya sentido desde nuestra estructura constitucional, transcurridos más de 16 años de su vigencia, seguir admitiendo ilimitada o indefinidamente para ciertas materias la posibilidad de que el Gobierno o la Administración estatal fuesen estableciendo, bien alterando, las bases de aquéllas y, de este modo, pudieran retener competencias ejecutivas que, en principio, corresponden a las CC. AA. por haberlas asumido en sus Estatutos o incluso por haberle sido transferidas.

En cambio, en la más reciente STC 18/2011, de 3 de marzo, la cual resolvió un recurso de inconstitucionalidad contra la ya derogada Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, el Tribunal admitió nuevamente la posibilidad de centralizar actos de aplicación de la legislación al amparo de la competencia sobre las bases de la planificación económica, pero al contrario que la anterior sentencia, como indica M. GÁMEZ MEJÍAS, esta vez ya no se mencionó ni el carácter restrictivo del citado título competencial ni la naturaleza excepcional de las circunstancias que deben concurrir para admitir la gestión del acto ejecutivo por la AGE (63).

Por tanto, el rechazo al encuadramiento de la LCO₂ y la propia concesión en materia económica debe interpretarse como una vuelta al sentido original sobre la interpretación restrictiva del art. 149.1.13º.

2. El voto particular

Tanto los argumentos adoptados en la sentencia como el sentido del fallo no fueron compartidos por la totalidad de los miembros del alto Tribunal. Existían dos magistrados discrepantes de los once presentes en el momento de dictar la resolución a los cuales la argumentación utilizada por sus compañeros

(63) M. GÁMEZ MEJÍAS (2011: 76).

de curia no terminó de convencer. Se trataban de los magistrados doña Adela Asua Batarrita, encargada de formular el voto particular, y don Juan Antonio Xiol Ríos, el cual se adhirió al mismo.

La magistrada discrepante comenzará el voto aclarando que manifestaba su conformidad con el encuadre competencial dado por sus compañeros a la Ley 40/2010, es decir, el régimen de minas (FJ 5-8). Sin embargo, lo que la motivará finalmente a apartarse del resultado de la sentencia fue el rechazo por el Tribunal a la principal impugnación que realizaba el recurso aragonés: la concesión de almacenamiento de CO₂ otorgada por la norma a la AGE. En su opinión, con base en el citado título, deberían haberse estimado las pretensiones del Gobierno de Aragón y por ende, haberse declarado inconstitucionales, y así nulos, todos los preceptos que atribuían al Estado la potestad sobre tal permiso al igual que una serie de facultades asociadas al mismo.

Tras exponer a grandes rasgos la distribución de competencias existente en materia minera (art. 149.1.25°), la magistrada argumentará que hubiese bastado con comprobar si la concesión de almacenamiento ostentaba naturaleza ejecutiva y a partir de ahí, aplicar el orden constitucional de competencias. No obstante, el Tribunal acabó avalando un reparto de poderes que, a su parecer, no sólo conculcaba el bloque de constitucionalidad si no también la tradicional doctrina sobre la excepcionalidad de la asunción estatal de actos ejecutivos cuando *ratione materiae* hubiera debido corresponderles a las CC.AA. Como resultado, la decisión de alta magistratura había provocado que los entes autonómicos hubiesen quedado desapoderados de sus facultades ejecutivas en la materia.

Para demostrar que el fallo de la sentencia debería haber discurrido por un rumbo diferente, criticará con especial contundencia los argumentos utilizados por el TC mediante las siguientes afirmaciones:

1. *No concurren los requisitos exigidos por la doctrina constitucional para que el Estado asuma un acto de ejecución que no le corresponde de conformidad al bloque de constitucionalidad.* Históricamente, el Tribunal Constitucional ha aceptado la asunción de actos de gestión por parte de la AGE en situaciones en las que la centralización resultaba imprescindible para preservar la integridad de lo básico, para garantizar la consecución de los fines inherentes a la legislación básica o cuando la actividad no admitiese fraccionamiento. El origen de esta línea jurisprudencial era garantizar que el Estado pudiera asumir actos ejecutivos muy concretos por organismos bastante específicos como el Banco de España y en materia de ordenación del crédito, banca y seguros. Sin embargo, esta línea interpretativa ha sufrido recientemente un gran cambio a partir de la STC 31/2010, de 28 de junio, dejando de ser excepcional. El giro copernicano del TC ha provocado que la

potestad estatal para dictar las bases sobre varios sectores legislativos se haya extendido con una facilidad pasmosa a los actos de ejecución en casi cualquier materia. La aplicación de esta nueva tendencia causa, en palabras de la magistrada, una «ablación o efecto corrosivo» sobre las competencias ejecutivas de las CC. AA. las cuales ven como su ámbito de actuación se va reduciendo gradualmente, entre ellas, sus potestades en materia minera. En su opinión, la sentencia obró adecuadamente al rechazar la inclusión de las concesiones en el ámbito de la planificación económica. No obstante, no resultó coherente a la hora de extraer las consecuencias del encuadramiento del permiso de almacenamiento geológico de dióxido de carbono en el régimen minero, es decir, como bases en la materia, dejando de esta forma intacto el esquema competencial diseñado por el legislador.

2. *No existe la necesidad de dotar de un tratamiento uniforme a la CAC por los riesgos asociados para la seguridad colectiva.* En concreto, criticará con especial hincapié la comparación hecha por el Tribunal de las técnicas de almacenamiento de CO₂ con la problemática gestión de los residuos radioactivos. Este razonamiento será contrarrestado comparando la CAC con otra tecnología con la que, ciertamente, resalta que comparte más rasgos: la fractura hidráulica o *fracking*. Al igual que la captura y almacenamiento de dióxido de carbono, se trata de una técnica que entraña riesgos para el medio ambiente y la salud humana y por cierto, muy similares: posible contaminación de aguas y suelos, seísmos causados por la presión de las perforaciones, desplazamientos de tierra, emisión de sustancias perjudiciales, etc. (64). Sin embargo, los peligros de este último no han motivado una alteración de competencias por la reciente jurisprudencia del TC, por lo que las CC. AA. han conservado sus facultades ejecutivas en lo que se refiere a esta innovadora materia (aunque limitadas por la legislación estatal en lo referente a la agravación de los requisitos ambientales). Razones por las cuales la magistrada acaba este apartado concluyendo que el carácter novedoso de una tecnología no puede ser *per se* argumento suficiente para excluir el ejercicio autonómico de competencias ejecutivas.
3. *No resulta relevante que la regulación controvertida constituya un cuerpo normativo diferente con respecto a la Ley de Minas pues esto es una cuestión meramente formal.* De hecho, en algunos países de la Unión Europea se optó por incorporar el contenido de la directiva mediante la modificación de la normativa nacional minera, ambiental

(64) J.I. CUBERO GARCÍA (2014: 191-199).

o de hidrocarburos. Además, como queda patente, la relación entre el ordenamiento jurídico minero y la LCO₂ va variando a lo largo de la resolución según las conveniencias argumentales: cuando la magistratura procedió a encuadrar la norma en el orden constitucional de competencias, consideró que la Ley 40/2010 «precisaba y desarrollaba las normas generales de la minería vigentes en España». En cambio, cuando trató la cuestión sobre el sujeto competente para otorgar el permiso de confinamiento del CO₂, reprochó al Ejecutivo aragonés la asimilación de la LCO₂ con la LMi argumentando que «esta variedad de uso del dominio público minero consistente en almacenar dióxido de carbono en el subsuelo ya no queda sometida a las normas comunes de la legislación minera».

4. *La dimensión supraautonómica de las concesiones de almacenamiento es relativa.* Este razonamiento será reconocido por la magistrada como el de mayor fuerza persuasiva, no obstante, procederá igualmente a rebatirlo. Pues bien, el abogado del Estado y el propio legislador, como ya se mencionó en su momento, defendieron que la concesión resultaba crucial para combinar la futura red de transporte y la localización de las centrales térmicas con los sumideros de CO₂. Por tanto, el permiso de almacenamiento de dióxido de carbono constituye la última pieza de un proceso mucho más largo que abarca desde su captura hasta su transporte mediante los gasoductos a los almacenes geológicos. Dicho fenómeno tendrá trascendencia nacional o incluso internacional ya que las estructuras subterráneas de un lugar servirán para almacenar el CO₂ que se haya aprehendido en las instalaciones de captura situadas en otras CC.AA. o Estados, es decir, a cientos o miles de kilómetros de distancia.

En cambio, la magistrada refutó esta afirmación arguyendo que la red de transporte del gas carbónico podrá tener dimensión supraautonómica o no, de la misma forma que ocurre con la red de transporte de energía eléctrica, con respecto a la cual el art. 149.1.22° de la carta magna proclama un claro reparto competencial (65). De modo que una vez se legisle sobre el transporte del dióxido de carbono (la LCO₂

(65) Art. 149.1.22 CE: el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra CC.AA. o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

Art. 35.2 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico: «En el caso de instalaciones de transporte cuya autorización deba ser otorgada por las CC.AA. (...), éstas solicitarán informe previo a la AGE, en el que ésta consignará las posibles afecciones de la proyectada instalación a los planes de desarrollo de la red, a la gestión técnica del sistema y al régimen económico regulados en esta ley, que la Administración autorizante deberá tener en cuenta en el otorgamiento de la autorización».

regula únicamente la fase de almacenamiento, dejando al margen la captura o el transporte), podremos encontrar el sujeto competente para gestionar el permiso atendiendo al ámbito territorial de la red.

5. *No existe la pretendida relación entre el permiso de apertura de centrales térmicas y el de almacenamiento de dióxido de carbono.* Esto será sustentado por la magistrada sobre dos premisas, siendo la primera que la LCO₂ no obliga a ningún sujeto, lo que incluye las instalaciones de combustión, a almacenar el dióxido de carbono que genere. Como no resulta exigible jurídicamente el uso de la CAC en España, los titulares de las centrales térmicas son libres de buscar otras alternativas para evitar las emisiones si lo desean o incluso seguir pagando por los derechos de emisión. Y la segunda, porque aún asumiendo la tesis anterior y realmente existiera un vínculo entre ambos permisos, éste se limitaría a los supuestos en que las centrales térmicas son las solicitantes de la concesión de almacenamiento, lo que no explicaría que sea la AGE quien deba gestionarlo en cualquier caso, es decir, incluso cuando la solicitante dedique su actividad a cualquier otro sector industrial que no sea la generación de energía eléctrica (automovilístico, electrónica, cementeras o papeleras, a modo de ejemplo). Resulta obvio que en esta última situación las CC. AA. podrían haber asumido la gestión de las concesiones *ab initio*. Por todas estas circunstancias, concluyó que la relación entre ambos permisos administrativos aducida tanto por el legislador como el abogado del Estado, y en última instancia, aceptada por el Tribunal, carecía de fundamento.

3. Las conclusiones de la doctrina

Por último, para concluir la explicación sobre el conflicto por la concesión, se hará una breve referencia a los pronunciamientos que han aflorado de la doctrina científica a propósito de la STC 165/2016. La mención es necesaria no sólo para mostrar las distintas opiniones y posturas que han surgido a raíz del controvertido final que le dio el Tribunal al conflicto, si no también para, a partir de dichas conclusiones, determinar las consecuencias que podrían derivarse del mismo.

En primer lugar, dentro de los detractores de la resolución, tenemos el criterio de L. CASADO CASADO (66) y A. NOGUEIRA LÓPEZ (67). Para las autoras, el fallo de la sentencia al igual que las advertencias que vierte la magistrada

(66) L. CASADO CASADO (2018: 354-356).

(67) A. NOGUEIRA LÓPEZ (2018: 2466, 2472, 2477-2480).

discrepante sobre el rumbo de la jurisprudencia del TC son una de las muchas pruebas que constatan la existencia de un proceso de recentralización del Estado autonómico cuyos orígenes se remontan al inicio de la crisis económica de 2008 y que ha afectado especialmente a las competencias ejecutivas de las CC.AA. en relación con el medio ambiente.

En concreto, las autoras afirmarán que la retención de actos de gestión como la concesión de almacenamiento geológico de CO₂ debe enmarcarse en un contexto más amplio en el que el Estado, mediante la utilización desmesurada de títulos transversales (principalmente, el de planificación económica, cuya invocación durante esta década con motivo de lograr la reducción del déficit público y la estabilidad presupuestaria ha llegado a tal extremo que «ha logrado desplazar al art. 149.1.23 como fundamento competencial en numerosas normas de contenido ambiental») (68) o a través de interpretaciones extremadamente amplias de lo básico en sectores de su competencia, va asumiendo potestades que conforme al orden constitucional de competencias hubieran debido corresponder a las CC.AA.

Además, considerarán que dicho fenómeno ha podido mantenerse a lo largo del tiempo debido a las interpretaciones que el Tribunal Constitucional arroja cuando los conflictos de competencias llegaban a su seno y que, por lo general, suelen ser tendentes a favorecer los intereses del Gobierno nacional. Entre las vías que el máximo intérprete se vale para decantar los conflictos ambientales hacia las posiciones estatales, encontraríamos: el encuadramiento de competencias ambientales en títulos diferentes (minería, ordenación de la economía, régimen energético) lo cual desencadena relevantes consecuencias a la hora de resolver las disputas entre Administraciones públicas, o una admisión indiscriminada de títulos horizontales para centralizar los actos de gestión —en especial, como ya se ha dicho, del art. 149.1.13 pero también del art. 149.1.23—, provocando interpretaciones expansivas del concepto de las bases en dichos ámbitos (69) (70).

En cambio, entre los valedores de la sentencia, se encontrará la valiosa opinión de G. VALENCIA MARTÍN (71) —sin duda, preciada, debido a la dificultad en la búsqueda de fuentes escritas donde, de alguna forma, se haya apoyado a los magistrados—. Así pues, el autor comenzará defendiendo la resolución judicial, calificándola como «formalmente espléndida, con un discurso claro, ordenado y con referencias precisas», aunque bien matizando que las conclusiones a las que llegan los magistrados pueden ser lógicamente objeto de discusión.

(68) L. CASADO CASADO (2018:427).

(69) Eadem (2018: 200).

(70) A. NOGUEIRA LÓPEZ (2018: 2481).

(71) G. VALENCIA MARTÍN (2017: 287-293).

Por otro lado, compartirá la inclusión de la LCO₂ y la concesión en el régimen de minas por encima de títulos como el ambiental, y por supuesto, el económico, ya que a su parecer, aun siendo la finalidad última de la CAC la protección del medio ambiente, este criterio no puede ser el determinante al tratarse la Ley 40/2010 de normativa reguladora de títulos habilitantes mineros.

En cuanto al sentido del fallo, concluirá que en este caso concreto, el final de la controversia podría haberse decidido sin problemas a favor de las tesis autonómicas dado que, si algo es característico de esta clase de conflictos, es la imprevisibilidad del resultado así como la existencia de un factor decisorio o subjetivo, sobre todo cuando lo que se discute es el carácter básico de ciertas competencias ejecutivas. Todo esto deriva de que el concepto de lo básico utilizado por el Tribunal tenga distinto alcance según las materias o submaterias que trate, dando como resultado, que no exista una técnica uniforme para delimitarlo.

De ahí que se infiera que el hecho de que los magistrados decidieran que el sujeto competente para resolver la concesión de almacenamiento debiera ser la AGE no ha dependido del proceso de recentralización que aducen tanto la magistrada como las mencionadas autoras si no que la causa principal fue que, a ojos del Tribunal, esta parte alegó mejores argumentos durante el desarrollo del juicio.

En definitiva, el autor considera que si el órgano constitucional hubiera llegado a la conclusión opuesta, ésta hubiera sido perfectamente admisible, pues, a pesar del antagonismo entre los planteamientos autonómicos y estatales, ambos estaban razonablemente bien defendidos y argumentados.

Finalmente, manifestará su discrepancia en cuanto a la posición adoptada por la magistrada formulante del voto particular. De esta manera, calificará su reacción de «alarmista» en lo que respecta a la inclusión de la concesión de almacenamiento en las bases del régimen minero. En su opinión, el mencionado proceso de recentralización no ha tenido lugar en la disputa por la CAC debido a las siguientes razones: En primer lugar, porque a su parecer, si bien es cierto que la sentencia ha establecido una excepción en lo que respecta al régimen general de la minería, ésta no pone en cuestión el reparto de competencias existente entre administraciones en la materia; segundo, porque el conflicto competencial surgido a causa de la LCO₂ ha sido un suceso muy específico que no hace sino reafirmar el primer planteamiento, y por último, porque las técnicas de secuestro y confinamiento del CO₂ actualmente ni siquiera se encuentra en funcionamiento en España —en referencia a los elevados costes de la tecnología y a la situación de las plantas piloto en nuestro país (72)—,

(72) G. VALENCIA MARTÍN (2017: 287).

dando a entender, por tanto que, aunque el fallo no fuera favorable para los intereses de las CC.AA., éste no va a tener efectos prácticos al encontrarse la tecnología en una situación de parálisis de la que muy difícilmente van a poder salir.

VI. REFLEXIONES FINALES

La STC 165/2016, de 6 de octubre, significó la derrota de las tesis autonomistas sobre la concesión de almacenamiento geológico de CO₂. Por lo tanto, estas autorizaciones seguirán siendo gestionadas por la Administración General del Estado.

En cierta manera, el resultado arrojado por la resolución judicial resultó sorprendente debido a una sensación de mayor solidez de la argumentación esgrimida por el Ejecutivo aragonés a lo largo del conflicto. En cambio, la posición mantenida por el Gobierno de España no aparentó estar excesivamente fundada, no suscitando durante la vigencia de la controversia ningún apoyo de la doctrina. Al fin y al cabo, la justificación de la centralización de la concesión realizada en la exposición de motivos adolecía de muchos defectos, tanto de forma como de fondo: se utilizaron analogías con el modelo competencial de hidrocarburos y sentencias sobre Derecho bancario, lo que evidencia una discutible técnica legislativa y la dificultad para encontrar argumentos convincentes.

Además, para asegurar el anclaje de la concesión en el art. 149.1.13º, el legislador se apoyó sobre predicciones que nunca ocurrieron —el alza de los precios de derechos de emisión para 2013— o que muy probablemente no lleguen a suceder, como es la supuesta importancia de las técnicas de captura y almacenamiento de CO₂ en el futuro. El paso del tiempo ha demostrado que la trascendencia económica dada a esta tecnología en el preámbulo estaba ampliamente infundada, invalidando en el camino las tesis estatales. Como ya advirtió M. GÁMEZ MEJÍAS, existe el riesgo de que la Ley 40/2010 quede como una «carcasa vacía» si las energías renovables se acaban generalizando o surgen alternativas más atractivas. Tal parece el destino de esta tecnología y la propia LCO₂, pues tras diez años de la Directiva y nueve de la norma, el proceso de implementación de la CAC en España ha resultado un fracaso a causa de la crisis económica.

Sin embargo, a pesar de la fragilidad de las posiciones estatales, el Ejecutivo nacional contó con la poderosa baza de la jurisprudencia sobre el art. 149.1.13º que históricamente le ha sido beneficiosa, causando que, *a priori*, el resultado del conflicto no fuera predecible. De hecho, autores como el propio M. GÁMEZ MEJÍAS, aunque se aventuraron a posicionarse del lado de las CC.AA., lo cierto es que acabarían reconociendo que la existencia de

esta línea jurisprudencial tenía muchas probabilidades de acabar inclinando la balanza en favor del Estado.

Por lo que respecta a la postura mantenida por el Gobierno de Aragón, su alegato se basó en la lesión de competencias ejecutivas en el régimen minero y una crítica a la naturaleza económica otorgada a la concesión al igual que su carácter básico en la materia. Aunque su defensa se mostró más poderosa argumentalmente, lo cierto es que también incurrió en contradicciones muy notorias que quedaron plasmadas en el recurso de inconstitucionalidad.

Por un lado, criticó el carácter económico dado al permiso mediante la defensa de la naturaleza eminentemente ambiental de la Ley 40/2010. Ahora bien, resultaba obvio que no reclamó la competencia ejecutiva por motivos de protección del entorno natural o de lucha contra el cambio climático. Los hechos demuestran que la influencia económica que se atribuía a la tecnología de secuestro de CO₂ en aquella época era plenamente compartida por el Ejecutivo aragonés. Esto, sumado a los intereses mineros existentes en nuestro territorio y la propia geografía de la región, motivaron al Gobierno autonómico a buscar una vía directa para favorecer la implantación de la tecnología en Aragón.

Por otro lado, se reprochó al Estado la asunción de un acto puramente reglado para el establecimiento de una estrategia económica nacional sobre la localización de los sumideros del gas carbónico, pero lo cierto es que la Comunidad Autónoma ansiaba lograr su adjudicación para llevar a cabo sus propias políticas en la materia, lo que evidencia que el permiso debe permitir cierto margen de discrecionalidad a la hora de valorar la aptitud de los complejos de almacenamiento.

En cuanto al resultado de la sentencia, en mi opinión, el Tribunal Constitucional se equivocó al desestimar la impugnación de las CC.AA. Toda la coherencia que exhibieron los magistrados al negar el carácter económico de la concesión, y por tanto, rechazando su encuadramiento en el art. 149.1.13^o CE, desapareció cuando justificaron su carácter básico dentro del régimen minero con argumentos tan criticables como «la necesidad de un tratamiento unitario frente a los riesgos asociados a la seguridad colectiva», la relación con los permisos de apertura de centrales térmicas o cuando fue comparada con las autorizaciones de almacenes de residuos nucleares. Si bien algunos miembros de la doctrina, como G. Valencia Martín, defenderían la actuación del Tribunal, existen razones para una profunda discrepancia, como se ha podido comprobar en las páginas anteriores.

No obstante lo anterior, el hecho de que los magistrados no aceptasen el intento de centralización del permiso de almacenamiento por vía del título económico debe valorarse positivamente. En particular, el inicio del FJ 12 resulta una clara llamada de atención al legislador por haber intentado asumir nuevamente un acto de ejecución con base en la planificación y ordenación de

la economía. La notoria *vis expansiva* que ha sufrido este título a lo largo de los años lo ha convertido en un instrumento bastante efectivo para atraer a la órbita estatal aquellas competencias ejecutivas que no interesa que las CC. AA. puedan ejercer por su capacidad de afectar o influir en las políticas nacionales.

El voto particular resulta más convincente que la postura adoptada en el fallo. Posicionándose de inmediato del lado de las CC. AA., la magistrada realizaría una crítica fundamentada a los principales razonamientos esgrimidos por el resto de miembros del Tribunal. En concreto, reprocharía la comparación del permiso de almacenamiento de CO₂ con el de apertura de almacenes nucleares o su supuesta relación con la autorización de centrales térmicas. En este último caso, argumentó que la tesis sostenida por la Abogacía del Estado sólo hubiera justificado que la AGE hubiese sido el sujeto competente para tramitar la concesión cuando el solicitante fuese el titular de una central térmica, pero no para los casos restantes.

En esta situación, considero que el TC podría haber adoptado una postura intermedia entre el Estado y las CC. AA., declarando una inconstitucionalidad parcial del texto para permitir que los entes autonómicos hubieran tramitado el procedimiento cuando el solicitante no se dedicase a la generación de energía eléctrica. Sin duda alguna, esta alternativa, que es mucho más respetuosa con las facultades de las CC. AA., hubiera podido satisfacer las principales demandas de las dos partes: la del Estado, conservar el permiso para el diseño de una política energética nacional en esta materia junto a las redes de transporte del CO₂ y las centrales térmicas, y la del Gobierno aragonés, asumir la competencia ejecutiva para favorecer la implantación de la CAC en Aragón.

Por último, como conclusión de este trabajo, el resultado de la sentencia asienta una tendencia que se ha visto de forma frecuente en el seno del Tribunal Constitucional durante la última década. La doctrina sobre la asunción de actuaciones de gestión por parte del Estado, acotada en origen al ámbito de las bases de ordenación del crédito y la planificación económica, ha experimentado una notable expansión que ha provocado que la competencia estatal sobre las bases en varios sectores normativos se extienda con suma facilidad a los actos de ejecución. Como consecuencia, las normas de distribución de competencias derivadas del bloque de constitucionalidad se ven alteradas, reduciéndose, de esta manera, las facultades ejecutivas de las CC. AA. progresivamente. Una opinión que también es compartida por autoras como L. Casado Casado y A. Nogueira López, las cuales estiman que el proceso de recentralización del Estado autonómico experimentado durante estos últimos años concurrió en el conflicto por la CAC.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J.F. (2011): «El nuevo régimen legal de almacenamiento geológico del dióxido de carbono», en *Revista de Administración Pública*, nº 185, mayo-agosto, pp. 289-322.
- (2014): «Perplejidad ante el almacenamiento geológico del dióxido de carbono», en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, mayo-diciembre, pp. 187-207.
- ARRIBAS UGARTE, C. (2013): «Las promesas y realidades de una tecnología puesta en solfa», en *Revista El Ecologista*, nº 79. Visto en: <https://www.ecologis-tasenaccion.org/?p=22923>.
- BENNAEUR, K. et al. (2004): «Captación y almacenamiento de CO₂: Una solución al alcance de la mano» en *Oilfield Review*, volumen 16, otoño, pp. 53-54.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2013): «Problemas competenciales derivados de la Ley 40/2010, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono», en *Revista catalana de Dret Ambiental*, Vol. IV, nº 1, pp. 1-29.
- CARRASCO DURÁN, M. (2005): «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)», en *Revista de Derecho Político*, nº 62, pp. 55-94.
- CASADO CASADO, L. (2018): «La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente», 1ª ed., Barcelona, Institut d'Estudis de l'Autogovern, pp. 354-356.
- CONSEJO DE ESTADO (2010): Dictamen 162/2010, de 4 febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de almacenamiento geológico de dióxido de carbono.
- CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA (2011): Dictamen 2/2011, de 21 de març, sobre la llei 40/2010, de 29 de desembre, d'emmagatzematge geològic de diòxid de carboni.
- CUBERO MARCOS, J.I. (2014): «La obtención de gas esquisto mediante fracturación hidráulica (fracking): un análisis coste-beneficio para un tratamiento regulatorio adecuado», en esta REVISTA, nº 43-44, Zaragoza, pp. 178-213.
- GÁMEZ MEJÍAS, M. (2011): «El marco jurídico del almacenamiento geológico profundo de dióxido de carbono en el contexto de la lucha contra el cambio climático. Perspectivas y reflexiones tras la transposición al derecho interno», en *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, nº 20, pp. 49-79.
- INSTITUTO GEOLÓGICO Y MINERO DE ESPAÑA, GRUPO DE ALMACENAMIENTO DE CO₂ (2008): «Análogos industriales del almacenamiento del CO₂».

- LÓPEZ RAMÓN, F. (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, 1ª edición, Aranzadi, Cizur Mayor (Navarra), p. 259.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010): *Derecho Ambiental Administrativo*, 11ª edición, La Ley, Las Rozas (Madrid), p. 161.
- MORENO MOLINA, A.M (2015): «La captura y almacenamiento del dióxido de carbono y su régimen jurídico» en *El derecho ante la innovación y los riesgos derivados del cambio climático*, A. Parejo Alfonso (dir), 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 117-153. Versión en línea.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2018): «El demediado derecho a un medio ambiente adecuado» en *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*, Benigno Pendás (dir), Marcial Pons, Madrid, pp. 2465-2482.
- PÉREZ-ESTAÚN, A. *et al.* (2009): «El almacenamiento geológico de CO₂, una de las soluciones al efecto invernadero», en *Revista de la Asociación Española para la Enseñanza de las Ciencias de la Tierra*, nº 17.2, pp. 179-189.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.M. (2012): «Régimen de almacenamiento geológico de dióxido de carbono y de la gestión de su dinámica problema-solución-nuevo riesgo ambiental», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 23, pp. 259-290.
- SANZ RUBIALES, I. (2011): «El almacenamiento geológico de dióxido de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril» en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 19, pp. 75-98.
- (2013): «La captura y almacenamiento de carbono: una novedosa técnica de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero regulada por la Unión Europea», en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 70, pp. 165-186.
- VALENCIA MARTÍN, V. (2017): «Jurisprudencia constitucional: las competencias ejecutivas del Estado en materia ambiental», en López Ramón, F., *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, Madrid, CIEMAT, pp. 287-293.

VIII. JURISPRUDENCIA

- STC 49/1988, de 22 de marzo: recursos de inconstitucionalidad 990, 991 y 1007/1985, interpuestos respectivamente por el Gobierno catalán, 54 diputados y la Junta de Galicia contra la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de ahorro. Ponente: D. Ángel Latorre Segura.
- STC 135/1992, de 5 de octubre: recursos de inconstitucionalidad 800/85 y 801/85, interpuestos por los Gobiernos catalán y vasco contra la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros. Ponente: D. Rafael de Mendizábal Allende.

- STC 197/1996, de 28 de noviembre: recurso de inconstitucionalidad 847/93, interpuesto por el Gobierno catalán contra la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero. Ponente: D. Julio Diego González Campos.
- STC 18/2011, de 3 de marzo de 2011: recursos de inconstitucionalidad 838-1998, 867-1998 y 997-1998, interpuestos por el Gobierno y Parlamento de Canarias contra la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes.
- STC 165/2016, de 6 de octubre de 2016: Recurso de inconstitucionalidad 1870-2011, interpuesto por el Gobierno de Aragón contra la Ley 40/2010. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez.
- STC 182/2016, de 3 de noviembre de 2016: Recurso de inconstitucionalidad 5252-2011, interpuesto por la Junta de Galicia contra la Ley 40/2010. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez.
- STC 190/2016, de 15 de noviembre de 2016: Recurso de inconstitucionalidad 5261-2011, interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la Ley 40/2010. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García.

DERECHO COMPARADO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO NATURAL EN VENEZUELA

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO NATURAL HASTA LLEGAR A LAS FUENTES VIGENTES.– III. EL CONCEPTO Y LAS CLASES O CATEGORÍAS DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS.– IV. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– V. EL RÉGIMEN GENERAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS: 1. Los controles previos o ex ante al uso o desarrollo de una actividad: A) Régimen común a los parques naturales y monumentos nacionales. B) Régimen común a las reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre. C) Régimen común a las reservas forestales, zonas protectoras y reservas de medio silvestre. 2. Los controles concomitantes al uso o desarrollo de una actividad. 3. Los controles posteriores o ex post al uso o desarrollo de una actividad.– VI. LA INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS.– VII. CONSIDERACIONES FINALES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El patrimonio natural ha sido objeto de estudios parciales desde distintas disciplinas científicas como la biología, la ecología, las ingenierías y el derecho, pero en el caso específico de Venezuela, aunque existe una prolija legislación de evolución centenaria en el área del derecho público, la investigación académica de la misma no ha sido tan abundante y sin duda en ello ha influido la dispersión de textos de origen internacional y nacional, así como las aceleradas reformas normativas de los últimos 20 años, que no han contribuido ni a la seguridad jurídica, ni a la maduración de las instituciones encargadas de hacer cumplir el ordenamiento jurídico que regula el patrimonio natural.

Palabras clave: patrimonio natural; protección; conservación; aprovechamiento; espacios protegidos.

ABSTRACT: *The natural heritage has been partially studied from different scientific disciplines such as biology, ecology, engineering and law, but in the specific case of Venezuela, although there is a long-standing public law legislation, the academic research has not been so wide due to the scatter texts of international and national origin and the accelerated regulatory reforms of the last 20 years, which have not contributed to the legal certainty, nor to the mellowing of the institutions responsible of enforcing the legal system that regulates the natural heritage.*

Key words: *natural heritage; protection; conservation; use; protected areas.*

I. INTRODUCCIÓN

Los antecedentes «nacionales» remotos de la protección de lo que modernamente se conoce como patrimonio natural, se pueden ubicar en dos momentos: El primero, prerrepblicano; y el otro, en los tiempos iniciales de la construcción republicana.

En efecto, el antecedente de la época colonial se encuentra en la Ordenanza del Cabildo de Caracas, de 29 de abril de 1594, que «prohibía que el agua de las tenerías fuera devuelta a las acequias, so pena de una multa de diez pesos oro y la eliminación de las tenerías a costa del responsable» (I. DE LOS RÍOS, 2014: p. 1).

Durante el movimiento independentista, los antecedentes se ubican en los primeros tiempos de la naciente República de Venezuela y sus homólogas suramericanas, cuando el Libertador Presidente Simón Bolívar, expidió en el Palacio de Chuquisaca —actual Sucre, en Bolivia—, el Decreto de 19 de diciembre de 1825. El mismo dispone la preservación de las aguas, su uso racional, la conservación de terrenos y árboles, así como la reforestación (1). Posteriormente, en Guayaquil, dictó el Decreto de 31 de julio de 1829, de medidas de protección y mejor aprovechamiento de la riqueza forestal de la Nación (2).

(1) El Decreto de 19 de diciembre de 1825, dispuso lo siguiente:

«Considerando:

1° Que una gran parte del territorio de la República carece de aguas y por consiguiente de vegetales útiles para el uso común de la vida.

2° Que la esterilidad del suelo se opone al aumento de la población y priva entre tanto a la generación presente de muchas comodidades.

3° Que por falta de combustible no pueden hacerse o se hacen inexactamente o con imperfección la extracción de metales y la confección de muchos productos minerales que por ahora hacen casi la sola riqueza del suelo: oída la diputación permanente:

Decreto:

1° Que se visiten las vertientes de los ríos, se observe el curso de ellos, y se determine los lugares por donde puedan conducirse aguas a los terrenos que estén privados de ellas.

2° Que en todos los puntos en que el terreno prometa hacer prosperar una especie de planta mayor cualquiera, se emprenda una plantación reglada a costa del Estado, hasta el número de un millón de árboles, prefiriendo los lugares donde haya más necesidad de ellos.

3° Que el Director General de Agricultura proponga al gobierno las ordenanzas que juzgue convenientes a la creación, prosperidad y destino de los bosques en el territorio de la República.

4° El Secretario General interino queda encargado de la ejecución de este decreto.

Imprímase, publíquese y circúlese. Dado en el Palacio de Gobierno en Chuquisaca, a 19 de diciembre de 1825. Simón Bolívar».

(2) El Decreto de 31 de julio de 1829, estableció:

«Considerando:

1) Que los bosques de Colombia, así los que son propiedad pública como los que son de propiedades privadas, encierran unas grandes riquezas tanto en madera propia para toda

especie de construcción, como en tintes, quinas y otros, sustancias útiles para la medicina y para las artes.

2) Que por todas partes hay un gran exceso de extracción de madera, tintes, quinas y demás sustancias, especialmente en los bosques pertenecientes al Estado, causándole graves perjuicios.

3) Que para evitarlos, es necesario dictar reglas que protejan eficazmente las propiedades públicas y las privadas contra cualesquiera violaciones. Vistos los informes dirigidos al gobierno sobre la materia; y oído al dictamen del Consejo de Estado.

Decreto:

Artículo 1. Los gobernadores de las provincias harán designaciones en cada cantón, por medio de los jueces políticos o personas de su confianza, las tierras baldías pertenecientes a la República, expresando por escrito su demarcación, sus producciones peculiares, como de maderas preciosas, plantas medicinales, y otras sustancias útiles, mandando archivar un tanto de estas noticias, y remitiendo otras a la prefectura.

Artículo 2. Inmediatamente harán publicar en cada cantón, que ninguno pueda sacar de los bosques baldíos, o del Estado, maderas preciosas o de construcción de buques para el comercio, sin que preceda licencia por escrito del Gobernador de la provincia respectiva.

Artículo 3. Estas licencias nunca se darán gratuitamente, sino que se exigirá por ellas un derecho, que graduarán los gobernadores a juicio de peritos, formando al efecto un reglamento que someterán a la aprobación del prefecto.

Artículo 4. Cualquiera que extraiga de los bosques del Estado, quinas, maderas preciosas, y de construcción sin la debida licencia, o que traspase los límites que se le hayan fijado, incurrirá en la multa de veinticinco hasta cien pesos, aplicados a los fondos públicos; además pagará, a justa tasación de peritos, los objetos que haya extraído o deteriorado.

Artículo 5. Los prefectos de los departamentos marítimos cuidarán muy particularmente de que se conserven las maderas de los bosques del Estado, principalmente todas aquellas que puedan servir para la marina nacional, y que no se extraigan sino las precisas, o las que se vendan con ventajas de las rentas públicas.

Artículo 6. Los gobiernos de las provincias prescribirán reglas sencillas y acomodadas a las circunstancias locales, para que la extracción de maderas, quinas o palos de tintes, se hagan con orden, a fin de que se mejore su calidad, y puedan sacarse mayores ventajas en el comercio.

Artículo 7. Donde quiera que haya quinas y otras sustancias útiles para la medicina, se establecerá una junta inspectora, a la que se asignará por el prefecto respectivo el territorio que tenga a bien: dicha junta se compondrá al menos por tres personas, y se cuidará que una de ellas sea médico, donde fuere posible. Los miembros de la junta serán nombrados por el prefecto, a propuesta del respectivo Gobernador, y permanecerán en sus destinos durante su buena conducta.

Artículo 8. Cualquiera que pretenda sacar quinas, y otras sustancias útiles para la medicina, de bosques pertenecientes al Estado, o a particulares, será inspeccionado en sus operaciones por uno o dos comisionados que nombrará la junta inspectora; cuyas dietas, o jornales satisfará el empresario, o empresarios. La junta y los comisionados cuidarán:

1. Que no se traspasen los límites que se hayan fijado en la licencia hacer los cortes de quinas, y para extraer otras sustancias útiles para la medicina.

2. Que la extracción y demás preparaciones se hagan conforme a las reglas que indicarán las facultades de medicina de Caracas, Bogotá y Quito, en una instrucción sencilla que deben formar, la que tendrá por objeto impedir la destrucción de las plantas que producen dichas sustancias; como también que a ellas se les dé todo el beneficio necesario en sus preparaciones, envases, etc., para que tengan en el comercio mayor precio y estimación.

Artículo 9. En los puertos donde no se haya establecido la junta inspectora, se hará el reconocimiento de que trata el artículo anterior por personas inteligentes, nombradas al efecto

Una vez consolidada la República, el régimen jurídico de los bienes que conforman el patrimonio natural, se establecerá de manera incipiente en el Código Civil de 1862 (V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, 2015: pp. 461-462), en el que se regulan el uso y aprovechamiento de los suelos, los árboles, los bosques, la tala, los lagos, las aguas. Todo ello desde la perspectiva de la propiedad y los bienes contemplada en dicho Código, así como de los derechos y las obligaciones entre particulares, lo que diferencia el objeto de esta regulación (3), de la que se expedirá a comienzos de la segunda década del siglo XX, que se mencionará más adelante.

El antecedente internacional remoto del régimen de los recursos y espacios naturales se ha ubicado en el siglo XIX en la creación del Parque Nacional de *Yellowstone* en 1872, en Estados Unidos de América —en el espacio que comprende los estados de *Wyoming*, *Montana* e *Idaho*—. Más reciente en el siglo XX, se tiene la Convención relativa a la preservación de la fauna y la flora en su estado natural, suscrita en Londres en 1933.

Retornando al contexto nacional fue hasta 1910 cuando se expidió la primera Ley de Bosques (4), que será sustituida cinco años más tarde por la Ley de Montes y Aguas (5), reformada parcialmente en 1919 (6), 1921 (7) y 1924 (8).

por el gobernador, debiendo expresarse en la diligencia la calidad de la quina, o efecto que se haya reconocido. Sin que haya la debida constancia de este requisito, las aduanas no admitirán pólizas para registrar dichos artículos, y en caso de advertirse que están mezclados de otras cortezas, o sustancias, o que carecen del beneficio necesario, se anotará así, dando parte al gobernador o administrador de la aduana, para que se impida el embarque.

Artículo 10. Las facultades de medicina de Caracas, Bogotá y Quito, lo mismo que los prefectos de los departamentos dirigirán al gobierno los informes correspondientes, proponiendo los medios de mejorar la extracción, preparación y comercio de las quinas, y de las demás sustancias útiles para la medicina, o para las artes, que contengan los bosques de Colombia, haciendo todas las indicaciones necesarias, para el aumento de este ramo importante de la riqueza pública.

El Ministro, Secretario de Estado en el Despacho del Interior, queda encargado de la ejecución de este Decreto.

Dado en Guayaquil a 31 de julio de 1829.

Por S.E. El Libertador Presidente de la República, Simón Bolívar».

(3) La doctrina científica ha sostenido que «Lo mismo sucedió en muchos otros aspectos del régimen de los recursos naturales y del ambiente... inicialmente se trató de materias que estaban reguladas exclusivamente en el Código Civil, vinculadas al régimen de los bienes y de la propiedad privada, y que, por tanto se estudiaban en general bajo el ángulo del derecho civil de los bienes» (A. Brewer-Carías, 2013: p. 8).

(4) Gaceta Oficial N° 11.040, de 30 de junio de 1910.

(5) Gaceta Oficial N° 12.620, de 3 de agosto de 1915.

(6) Gaceta Oficial N° 13.807, de 14 de julio de 1919.

(7) Gaceta Oficial N° 14.439, de 19 de agosto de 1921.

(8) Gaceta Oficial N° 15.318, de 20 de junio de 1924.

En 1925 se introduce en el artículo 32 de la Constitución, una disposición en la que se establecía como deber de la Nación, garantizar a los venezolanos:

2. «La propiedad que sólo estará sujeta a las contribuciones legales y a ser tomada para obras de utilidad pública, previo juicio contradictorio e indemnización, como lo determine la Ley. También estarán obligados los propietarios a observar las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas, y otras semejantes que establezcan las Leyes en beneficio de la comunidad».

Luego se expidió la Ley de Bosques y Aguas de 1931 (9), reformada parcialmente en 1936 (10).

Las anteriores son las referencias con las que se contaba, cuando en 1937 se estableció el primer Parque Nacional en Venezuela (J. LEÓN GONZÁLEZ, 2006: p. 38).

No obstante, será a través de la Convención para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas de los países de América, suscrita en *Washington* en 1940, que llegarán formalmente a Venezuela, los conceptos de parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas de regiones vírgenes y aves migratorias.

Posteriormente, se expidió la Ley Forestal y de Aguas de 1942 (11), que fue reformada por la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1955 (12).

El primer documento que formula una propuesta de ordenación territorial se tituló «Caracas en tres niveles», elaborado por el entonces Ministerio de Obras Públicas en 1957 (M. Vallmitjana y otros, 1989).

Al año siguiente se creó el Servicio de Parques Nacionales, dentro de la Dirección de Recursos Naturales, del entonces Ministerio de Agricultura y Cría.

Fue hasta 1959, que Arturo Eichler propuso la creación de un sistema de parques nacionales (A. Eichler, 1959) y se planteó la distinción entre parque nacional, monumento nacional, monumentos históricos, refugios de fauna y bosques nacionales.

Para el año 1966 se promulgó la Ley Forestal de Suelos y Aguas (13), en la que se declara de utilidad pública a los parques nacionales, monumentos naturales, zonas protectoras, reservas de regiones vírgenes y reservas forestales.

Será cuatro años más tarde, cuando se promulga la Ley de Protección a la Fauna Silvestre en 1970, en que se establecieron 3 nuevas áreas protegidas:

(9) Gaceta Oficial N° 17.496, de 13 de agosto de 1931.

(10) Gaceta Oficial N° N° 19.087, de 17 de octubre de 1936.

(11) Gaceta Oficial, N° 20.885, de 27 de agosto de 1942.

(12) Gaceta Oficial, N° 24.872, de 13 de octubre de 1955.

(13) Gaceta Oficial N° 1.004, de 26 de enero de 1966.

la reserva de fauna silvestre, refugios de fauna silvestre y santuarios de fauna silvestre. Estos también fueron declarados de utilidad pública.

En este contexto se establecen las condiciones para la expedición de la Ley Orgánica del Ambiente (14) y de la Ley Orgánica de la Administración Central (15) que crea el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables —primero en toda América—, ambas en 1976. Al que se atribuyeron las competencias para la administración de las áreas en que se encontrasen fauna y bosques. Las competencias sobre parques nacionales y monumentos naturales fueron transferidas en 1978, al Instituto Nacional de Parques que había sido creado cinco años antes.

Posteriormente, en 1983 se expide la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, orientada a una regulación integral del territorio, que reconoce las anteriores categorías y crea las Áreas bajo régimen de administración especial (ABRAE).

Esta última figura adquirirá una trascendental importancia en la medida que se afianzará en la legislación posterior y tendrá especial atención en el Decreto Ley de Bosques y Gestión Forestal —actualmente derogado—, la Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Aguas, Ley de Gestión de la Diversidad Biológica y finalmente en la Ley de Bosques, constituyéndose en una modalidad esencial de gestión de patrimonio natural, sin que suponga que únicamente está establecida para ello.

Lo expuesto permite apreciar que el régimen del patrimonio natural se encuentra contemplado de manera dispersa en diferentes leyes. Pueden concurrir en la regulación parcial de aspectos comunes a los distintos bienes que integran este patrimonio, lo que puede generar potenciales conflictos normativos e incluso de competencias entre autoridades administrativas gestoras. Esto es lo que lleva a analizar el marco jurídico integral del patrimonio natural.

Dicho lo anterior, se debe precisar ¿qué se entiende por patrimonio natural?, con la finalidad de determinar a cuáles bienes se hace referencia y en tal sentido se observa que según la UNESCO, se consideran como tales (16):

«los monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional, desde el punto de vista estético o científico,

las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico,

(14) Gaceta Oficial N° 31.004, de 16 de junio de 1976.

(15) Gaceta Oficial N° 1.392, de 28 de diciembre de 1976.

(16) El artículo 2 de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural.

los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación de la belleza natural».

Según esto, el patrimonio natural es el conjunto de bienes conformados por formaciones físicas, biológicas, geológicas, fisiográficas, espacios y lugares naturales, que constituyan el hábitat de variedad de especies de flora y fauna amenazadas, así como paisajes naturales determinados, que tienen un valor relevante y universal de interés científico, estético, histórico y ambiental. Por lo que para su conservación, protección, restauración y aprovechamiento pueden ser declarados parques nacionales, monumentos naturales, reservas forestales, reservas de fauna silvestre, refugios de fauna silvestre, santuarios de fauna silvestre o zonas protectoras.

El desarrollo de la anterior definición ocupará el objeto del presente estudio. A los fines de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos: La evolución del régimen jurídico del patrimonio natural hasta llegar a las fuentes vigentes (II); el concepto y las clases o categorías de espacios naturales protegidos (III); la distribución de competencias y la organización administrativa (IV); el régimen general de los espacios naturales protegidos (V); la incidencia sobre los derechos privados (VI); y las consideraciones finales (VII).

II. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRIMONIO NATURAL HASTA LLEGAR A LAS FUENTES VIGENTES

En el contexto venezolano, el régimen jurídico del patrimonio natural, se encuentra constituido por fuentes de origen internacional y las fuentes de origen nacional.

El primer texto normativo que tiene relevancia sobre patrimonio natural, lo constituyó la Ley Aprobatoria de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (17). Se trata de una convención que consta de 17 artículos, en los cuales los países signatarios, exclusivamente del continente americano asumen el compromiso de proteger y conservar en su medio ambiente natural, todas las especies y géneros de su flora y su fauna, incluyendo las aves migratorias, en número suficiente y en vastas regiones para prevenir su extinción por cualquier medio al alcance del hombre. Igualmente asumen la protección y conservación de los paisajes de incomparable belleza, las formaciones geológicas extraordinarias, las regiones y los objetos naturales de interés estético, valor histórico o científico y los lugares donde existen condiciones primitivas.

(17) Gaceta Oficial N° 20.643, de 13 de noviembre de 1941.

Aquel texto fue seguido de la Ley Aprobatoria de la Constitución de la Unión Internacional para la Protección de la Naturaleza (18). Aunque esta organización fue fundada en 1948, el convenio de creación apenas pasó a ser ley en Venezuela siete años después. Es la organización más antigua dedicada a la protección y conservación de la integridad y la biodiversidad de la naturaleza, que actualmente se orienta a asegurar el aprovechamiento de los recursos naturales en el marco del desarrollo sostenible.

Luego se expidió la Constitución de la República de Venezuela (19), que introdujo relevantes transformaciones para el perfeccionamiento del Estado social y democrático de Derecho, debiendo destacarse la regulación de los recursos naturales, desde la propia norma constitucional (20).

Con sujeción a esta Constitución se aprobaron tres leyes que serán el centro del desarrollo jurídico del patrimonio natural, durante la segunda mitad del siglo XX.

La primera fue la Ley Forestal de Suelos y de Aguas (21), orientada a la conservación, fomento y aprovechamiento de los recursos naturales constituidos por los bosques y sus derivados, las aguas que eran consideradas públicas o privadas —desde la reforma constitucional de 1999, todas son públicas— y los suelos.

Esto llevó al legislador a que se declarasen de utilidad pública, la protección de las cuencas hidrográficas, las corrientes y caídas de aguas que pudieran generar fuerza hidráulica y los parques nacionales, los monumentos naturales, las zonas protectoras, las reservas de regiones vírgenes y las reservas forestales.

Adicionalmente, se declaró de interés público el manejo racional de los recursos mencionados en la ley; la conservación, fomento y utilización racional de los bosques y de los suelos; la introducción y propagación de especies forestales no nativas; la prevención, control y extinción de incendios forestales; la repoblación forestal y la realización del inventario forestal nacional.

De forma complementaria se dictó un segundo texto, que fue la Ley de Protección a la Fauna Silvestre (22) orientada a la protección y aprovechamiento racional de la fauna silvestre y de sus productos, así como a regular el ejercicio de la caza.

(18) Gaceta Oficial N° 24.654, de 25 de enero de 1955.

(19) Gaceta Oficial N° 662, de 23 de enero de 1961.

(20) Artículo 106 de la Constitución disponía que «El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos».

(21) Gaceta Oficial N° 1.004, de 26 de enero de 1966.

(22) Gaceta Oficial N° 29.289, de 11 de agosto de 1970.

El legislador señala claramente cuál es la fauna silvestre, al mencionar a los mamíferos, aves, reptiles y batracios que viven libremente y fuera del control del hombre en ambientes naturales y que no pueden ser objeto de tal control sino por la fuerza; así como los animales de igual naturaleza que habiendo sido amansados o domesticados, retornen a su condición primitiva y que puedan ser susceptibles de captura, como lo son los animales silvestres apresados por el hombre y que posteriormente recobren su libertad.

En consecuencia fueron excluidos de esta clasificación los animales domésticos; los animales que nacen y se crían ordinariamente bajo el cuidado del hombre, en hatos, rebaños, manadas o cualquier otro conjunto de animales de cría mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos, ya se encuentren en establos y corrales o a campo raso o abierto; y los animales acuáticos con respiración branquial.

Se consideran productos de la fauna silvestre los siguientes: la carne, los huevos, las pieles, los cueros, las plumas y los demás productos de los animales considerados como integrantes de dicha fauna.

Hay que señalar que el legislador declaró de utilidad pública la creación de reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre; la conservación, el fomento y aprovechamiento racional de la fauna; la ordenación y el manejo de las poblaciones de animales; la importación, aclimatación de animales; la conservación y fomento de los recursos que sirvan de alimentación y abrigo a la fauna; y la investigación científica de la fauna silvestre.

En medio de las leyes de origen nacional que se están analizando, el Congreso sancionó la Ley Aprobatoria de la Convención sobre comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (23).

La tercera fue la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (24), que tiene por objeto establecer las disposiciones que regirán el proceso de ordenación del territorio (25), en concordancia con la estrategia de Desarrollo Económico y Social a largo plazo de la Nación (A. BREWER-CARIAS, 1984: pp. 7-77).

La ordenación del territorio comprende, dos aspectos vinculados con el presente análisis: Uno, la desconcentración y localización industrial con el objeto de lograr un desarrollo económico más equilibrado y un racional aprovechamiento

(23) Gaceta Oficial N° 1.881, de 10 de junio de 1976.

(24) Gaceta Oficial N° 3.238, de 11 de agosto de 1983.

(25) El artículo 2 de la Ley dispone que «se entiende por ordenación del territorio la regulación y promoción de la localización de los asentamientos humanos, de las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico espacial, con el fin de lograr una armonía entre el mayor bienestar de la población, la optimización de la explotación y uso de los recursos naturales y la protección y valorización del medio ambiente, como objetivos fundamentales del desarrollo integral».

de los recursos naturales; y el otro, la protección del ambiente, la conservación y racional aprovechamiento de las aguas, los suelos, el subsuelo, los recursos forestales y demás recursos naturales renovables y no renovables, en función de la ordenación del territorio, que se debe realizar a través de los planes.

Las anteriores leyes —forestal de suelos y aguas, protección de la fauna silvestre y ordenación del territorio— dieron sustento al establecimiento de los espacios naturales protegidos. Debe señalarse que la primera fue derogada aproximadamente 40 años después por dos textos distintos, pero su trascendencia en la conformación del patrimonio natural fue tal que se requiere su estudio, para comprender cómo se llegó a la actualidad. Las otras dos mantienen su vigencia y serán oportunamente comentadas en los aspectos que interesan para el presente trabajo.

De origen internacional, se tiene la Ley Aprobatoria de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar) y de su Protocolo Modificatorio (26).

Luego el Congreso sancionó la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO (27).

A la anterior le siguieron la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica (28), que tiene como objetivos la conservación de la biodiversidad, el uso sostenible de sus componentes, la participación justa y equitativa en los beneficios resultantes de la utilización de los recursos genéticos. Este texto será objeto de desarrollo y adaptación a la realidad nacional en otra ley posterior.

Luego, se dictó la Ley Aprobatoria del Protocolo relativo a las Áreas de Flora y Fauna Silvestre especialmente protegidas del Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino en la Región Gran Caribe (SPAW) (29), que cierra el bloque de tratados internacionales suscritos y ratificados en el siglo XX por Venezuela.

Los textos normativos de origen internacional anteriormente mencionados son del conocimiento y aplicación común, tal como se ha expuesto en la obra colectiva a la que se remite, por lo que no ameritan un comentario explicativo especial en esta ocasión (F. LÓPEZ-RAMÓN, 2018).

El presente siglo se inicia con la reforma de la Constitución de la República de Venezuela (30), en la que se establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos

(26) Gaceta Oficial N° 34.053, de 16 de septiembre de 1988.

(27) Gaceta Oficial N° 4.191, de 06 de julio de 1990.

(28) Gaceta Oficial N° 4.780, de 12 de septiembre de 1994.

(29) Gaceta Oficial N° 36.110, de 18 de diciembre de 1996.

(30) Gaceta Oficial N° 5.453, de 24 de marzo de 2000.

ecológicos, los parques nacionales, los monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica (31).

Además se señala que para la explotación de los recursos naturales propiedad de la Nación, el Estado podrá otorgar concesiones por un tiempo determinado, en la que se asegure la existencia de contraprestaciones adecuadas al interés público (32).

A esta reforma le seguirán un grupo de leyes de especial interés, en la actualización del régimen jurídico del patrimonio natural.

Así se tiene la reforma a la Ley Orgánica del Ambiente (33), cuyo objeto es establecer las disposiciones y los principios rectores para la gestión del ambiente (34). Esto en el marco del desarrollo sostenible como derecho y deber fundamental del Estado y de la sociedad, para contribuir a la seguridad y al logro del máximo bienestar de la población y al sostenimiento del planeta, en interés de la humanidad. Además establece las normas que desarrollan las garantías y derechos constitucionales a un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

El legislador declara de utilidad pública y de interés general la gestión del ambiente. Además, dispone que las normas previstas en la Ley, así como aquellas leyes que la desarrollan y demás normas ambientales, se consideren de orden público.

La anterior fue seguida de la Ley de Aguas (35), que tiene por objeto establecer las disposiciones que rigen la gestión integral de las aguas (V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, 2012: pp. 439-486), como elemento indispensable para la vida, el bienestar humano y el desarrollo sostenible del país. La gestión integral de las aguas se considera de carácter estratégico e interés del Estado, por lo que fue declarada de utilidad pública e interés general.

El Decreto Ley de Bosques y Gestión Forestal (36), derogó parcialmente la Ley Forestal de Suelos y Aguas, llegando a alcanzar una vigencia de cinco años, cuando fue sustituido por la Ley de Bosques actualmente vigente y que se estudiará con más detalle, en los aspectos que interesan a este trabajo.

(31) Artículo 127 de la Constitución.

(32) Artículo 113 de la Constitución.

(33) Gaceta Oficial N° 5.833, de 22 de diciembre de 2006.

(34) El artículo 2 de la Ley Orgánica del Ambiente define la gestión del ambiente como «el proceso constituido por un conjunto de acciones o medidas orientadas a diagnosticar, inventariar, restablecer, restaurar, mejorar, preservar, proteger, controlar, vigilar y aprovechar los ecosistemas, la diversidad biológica y demás recursos naturales y elementos del ambiente, en garantía del desarrollo sustentable».

(35) Gaceta Oficial N° 38.595, de 02 de enero de 2007.

(36) Gaceta Oficial N° 38.946, de 5 de junio de 2008.

Posteriormente se expidió la Ley de Gestión de la Diversidad Biológica (37), que tiene por objeto establecer las disposiciones para la gestión de la diversidad biológica en sus diversos componentes, comprendiendo los genomas naturales o manipulados, material genético y sus derivados, especies, poblaciones, comunidades y los ecosistemas presentes en los espacios continentales, insulares, lacustres y fluviales, mar territorial, áreas marítimas interiores y el suelo, subsuelo y espacios aéreos de los mismos, en garantía de la seguridad y soberanía de la Nación, para alcanzar el mayor bienestar colectivo, en el marco del desarrollo sostenible.

Todas las acciones, medidas y obras que tengan por finalidad la gestión de los componentes de la diversidad biológica, han sido declaradas de utilidad pública e interés social.

Luego se dictó la Ley de Bosques (38), que tiene por objeto garantizar la conservación de los bosques y demás componentes del patrimonio forestal y otras formas de vegetación silvestre no arbórea, estableciendo las reglas de acceso y manejo de estos recursos naturales, bajo los lineamientos del desarrollo sostenible.

Se declaran de utilidad pública e interés social la conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques, el patrimonio forestal y el desarrollo de las cadenas productivas forestales.

Finalmente se dictó la Ley Orgánica de Bienes Públicos (39), a la que se han dedicado análisis en otra oportunidad y a cuyos comentarios se remite (V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, 2015: pp. 482-493).

Las leyes de aguas y bosques respectivamente derogaron en los aspectos que constituyen su ámbito de aplicación, a la Ley Forestal de Suelos y de Aguas, lo que la doctrina científica ha considerado una desarticulación, pues quedaron vigentes las disposiciones relativas a los suelos (I. DE LOS RÍOS, 2014: p. 3), pero perdiendo el contexto general que inspiró su expedición.

En conclusión, además de las leyes aprobatorias de tratados internacionales en materia de patrimonio natural, mantienen su vigor las leyes previas a la reforma constitucional —de protección de la fauna silvestre y la de ordenación del territorio—, así como todas las mencionadas como vigentes, dictadas con posterioridad a la reforma constitucional.

Son tales fuentes normativas, las que se utilizarán en el presente análisis para determinar las diversas manifestaciones del patrimonio natural, en el ordenamiento jurídico.

(37) Gaceta Oficial N° 39.070, de 1 de diciembre de 2008.

(38) Gaceta Oficial N° 40.222, de 06 de agosto de 2013.

(39) Gaceta Oficial N° 6.155, de 19 de noviembre de 2014.

III. EL CONCEPTO Y LAS CLASES O CATEGORÍAS DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

El concepto de espacios naturales protegidos no tiene fundamento constitucional o legal de origen nacional, lo que resulta muy afortunado dado el grado de evolución permanente que presentan la investigación y el desarrollo de la naturaleza y las ciencias, que permiten redescubrir la necesidad de protección y conservación por su valor o provecho, de aquello que antes se consideraba que carecía de él.

Para efectuar una aproximación a la noción de espacios protegidos, se debe tener en consideración que dichos espacios conforman el epicentro de la protección de la conservación de la diversidad biológica, el resguardo de los espacios naturales y la garantía del desarrollo sostenible en sus distintas dimensiones (R. GARCÍA PEÑA y M. SILVA VIERA, 2013: p. 32).

Según esto la definición se puede extraer del artículo 2 de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Diversidad Biológica, que considera como área protegida aquella «*definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación*» (M. GABALDÓN, 1997: p. 14).

Posteriormente, los artículos 1.e) y 4 de la Ley Aprobatoria del Protocolo relativo a las Áreas de Flora y Fauna Silvestre especialmente protegidas del Convenio para la protección y el desarrollo del medio marino en la Región Gran Caribe (SPAW), consideran áreas protegidas a las siguientes:

«1. Cada Parte deberá, cuando sea necesario, establecer áreas protegidas en zonas sobre las que ejerce soberanía, o derechos soberanos o jurisdicción, con miras a conservar los recursos naturales de la Región del Gran Caribe y fomentar el uso ecológicamente racional y apropiado de estas áreas, así como el conocimiento y esparcimiento, de acuerdo con los objetivos y características de cada una de ellas.

2. Tales áreas se establecerán para conservar, mantener y restaurar, en particular:

a) tipos representativos de ecosistemas costeros y marinos de las dimensiones adecuadas para asegurar su viabilidad a largo plazo, así como la conservación de la diversidad biológica y genética;

b) hábitats y sus ecosistemas asociados críticos para la sobrevivencia y recuperación de las especies de flora y fauna endémicas, amenazadas o en peligro de extinción;

c) la productividad de ecosistemas y recursos naturales que proporcionen beneficios económicos o sociales y de los cuales dependa el bienestar de la población local; y

d) áreas de especial valor biológico, ecológico, educativo, científico, histórico, cultural, recreativo, arqueológico, estético, o económico, inclusive, en particular, aquellas cuyos procesos ecológicos y biológicos sean esenciales para el funcionamiento de los ecosistemas del Gran Caribe».

Conforme a esta concepción, en el marco del ordenamiento jurídico nacional, se pueden identificar distintas categorías de espacios naturales protegidos (R. Gondelles, 1992: pp. 1-68), que se explicarán seguidamente.

1. Los parques nacionales

Los parques nacionales son extensiones territoriales que conforman regiones, en las cuales están ubicados valiosos ecosistemas, así como áreas naturales o que tienen una belleza escénica de importancia, con variedad de especies de fauna y flora, cuyas condiciones geomorfológicas y los hábitats han sido escasamente alterados o afectados por la intervención antrópica, por lo que se declara su protección y conservación, en interés de la ciencia, la investigación y la recreación (40).

Ello supone que en las áreas dedicadas a parques nacionales solo se puede efectuar un aprovechamiento de las aguas respetando su ciclo hidrológico. Además se pueden realizar las actividades de turismo, de investigación científica, educativas y recreativas (41).

Las riquezas naturales que se encuentren en las regiones declaradas parques nacionales no pueden ser sometidas a intervenciones que afecten negativamente las funciones de tales parques, ni tampoco pueden ser explotadas con fines comerciales.

Además dentro de los parques nacionales, en principio, están prohibidas tanto la caza, la matanza o captura de especímenes de la fauna, como la destrucción o recolección de ejemplares de la flora.

Excepcionalmente se podrán realizar tales actividades por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de ellas, así como para investigaciones debidamente autorizadas por el ministerio competente (42).

El antecedente a la creación del primer parque nacional, —lo constituye la declaración del primer espacio natural protegido—, bajo la figura del «Bosque Nacional» (43) en 1926, con el objeto de proteger la cuenca del río Macarao (R. GONDELLES, 1992: p. 13).

(40) Artículo 10 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(41) Artículo 12 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(42) Artículo 12, párrafo único de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(43) El artículo 43 de la Ley de Bosques, señala que «... se considera bosque natural al ecosistema que abarque superficies iguales o mayores a media hectárea (0,5 Ha.), que se ha formado espontáneamente mediante la interrelación entre los factores bióticos y abióticos específicos de un determinado espacio geográfico, caracterizado por dominancia de individuos de especies forestales arbóreas».

En Venezuela existen 43 parques nacionales, que se han establecido entre 1937 y 1993, los que se mencionan seguidamente en orden cronológico de su creación:

1. Rancho Grande, actual Henri Pittier, con una extensión de 1.078 km², ubicado entre los estados Aragua y Carabobo, fue creado por el Decreto de 13 de febrero de 1937.
2. Sierra Nevada, con una extensión de 2.764,46 km², ubicado entre los estados Mérida y Barinas, fue creado por el Decreto de 2 de mayo de 1952.
3. Guatopo, con una extensión de 1.224,64 km², ubicado entre los estados Miranda y Guárico, fue creado por el Decreto de 28 de marzo de 1958.
4. Ávila, con una extensión de 851,92 km², ubicado entre el Área Metropolitana de Caracas, los estados Miranda y Vargas, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1958.
5. Yurubi, con una extensión de 236,70 km², ubicado en el estado Yaracuy, fue creado por el Decreto de 18 de marzo de 1960.
6. Canaima, con una extensión de 30.000 km², ubicado en el estado Bolívar, fue creado por el Decreto de 12 de junio de 1962. Posteriormente, fue incluido por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad, en las sesiones realizadas entre el 12 y 17 de diciembre de 1994.
7. Yacambú, con una extensión de 269,16 km², ubicado en el estado Lara, fue creado por el Decreto de 12 de junio de 1962.
8. Cueva de la Quebrada del Toro, con una extensión de 48,85 km², ubicado en el estado Falcón, fue creado por el Decreto de 21 de marzo de 1971.
9. Los Roques, con una extensión de 2.211,20 km², ubicado en las Dependencias Federales, fue creado por el Decreto de 8 de agosto de 1972.
10. Macarao, con una extensión de 150 km², ubicado entre el Área Metropolitana de Caracas y el estado Miranda, fue creado por el Decreto de 5 de diciembre de 1973.
11. Mochima, con una extensión de 949,35 km², ubicado entre los estados Anzoátegui y Sucre, fue creado por el Decreto de 19 de diciembre de 1973.
12. Laguna La Restinga, con una extensión de 188,62 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue creado por el Decreto de 6 de febrero de 1974.
13. Médanos de Coro, con una extensión de 912,80 km², ubicado en el estado Falcón, fue creado por el Decreto de 6 de febrero de 1974.
14. Laguna de Tacarigua, con una extensión de 391 km², ubicado en el estado Miranda, fue creado por el Decreto de 13 de febrero de 1974.
15. Cerro Copey, con una extensión de 71,30 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue creado por el Decreto de 27 de febrero de 1974.

16. Aguaro-Guariquito, con una extensión de 5.690 km², ubicado en el estado Guárico, fue creado por el Decreto de 7 de marzo de 1974.

17. Morrocoy, con una extensión de 320,90 km², ubicado en el estado Falcón, fue creado por el Decreto de 26 de mayo de 1974.

18. El Guácharo, con una extensión de 627 km², ubicado en el estado Monagas, fue creado por el Decreto de 27 de mayo de 1975.

19. Terepaima, con una extensión de 186,5 km², ubicado entre los estados Lara y Portuguesa, fue creado por el Decreto de 14 de abril de 1976.

20. Java-Sarisariñama, con una extensión de 3.300 km², ubicado en el estado Bolívar, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

21. Serranía La Neblina, con una extensión de 13.600 km², ubicado en el estado Amazonas, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

22. Cerro Yapaçana, con una extensión de 3.200 km², ubicado en el estado Amazonas, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

23. Duida-Marahuaca, con una extensión de 3.737,4 km², ubicado en el estado Amazonas, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

24. Península de Paría, con una extensión de 375 km², ubicado en el estado Sucre, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

25. Sierra de Perijá, con una extensión de 2952,88 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

26. El Tama, con una extensión de 1390 km², ubicado entre los estados Apure y Táchira, fue creado por el Decreto de 12 de diciembre de 1978.

27. San Esteban, con una extensión de 445 km², ubicado en el estado Carabobo, fue creado por el Decreto de 14 de enero de 1987.

28. Sierra de San Luis-Juan Crisóstomo Falcón, con una extensión de 200 km², ubicado en el estado Falcón, fue creado por el Decreto de 6 de mayo de 1987.

29. Cinaruco-Capanaparo Santos Luzardo, con una extensión de 5.843,68 km², ubicado en el estado Apure, fue creado por el Decreto de 24 de febrero de 1988.

30. Guaramacal, con una extensión de 214,66 km², ubicado entre los estados Trujillo y Portuguesa, fue creado por el Decreto de 25 de mayo de 1988.

31. Dinira, con una extensión de 453,28 km², ubicado entre los estados Lara, Portuguesa y Trujillo, fue creado por el Decreto de 30 de noviembre de 1988.

32. Páramos Batallón y la Negra-General Juan Pablo Peñaloza, con una extensión de 952 km², ubicado en los estados Mérida y Táchira, fue creado por el Decreto de 18 de enero de 1989.

33. Chorro El Indio, con una extensión de 170 km², ubicado en el estado Táchira, fue creado por el Decreto de 7 de diciembre de 1989.

34. Sierra de La Culata, con una extensión de 2004 km², ubicado entre los estados Mérida y Trujillo, fue creado por el Decreto de 7 de diciembre de 1989.

35. Cerro Saroche, con una extensión de 322,94 km², ubicado en el estado Lara, fue creado por el Decreto de 13 de diciembre de 1989.

36. Mariusa, con una extensión de 3.310 km², ubicado en el estado Delta Amacuro, fue creado por el Decreto de 5 de junio de 1991.

37. Ciénagas del Catatumbo, con una extensión de 2.261,3 km², ubicado en el estado Zulia, fue creado por el Decreto de 15 de junio de 1991.

38. Parima-Tapirapeco, con una extensión de 39.000 km², ubicado en el estado Amazonas, fue creado por el Decreto de 15 de junio de 1991.

39. Tapo-Caparo, con una extensión de 2.050 km², ubicado entre los estados Barinas, Mérida y Táchira, fue creado por el Decreto de 14 de enero de 1992.

40. Tirgua, con una extensión de 910 km², ubicado en los estados Yaracuy y Cojedes, fue creado por el Decreto de 5 de junio de 1992.

41. El Guache, con una extensión de 125 km², ubicado entre los estados Lara y Portuguesa, fue creado por el Decreto de 5 de junio de 1992.

42. Turuépano, con una extensión de 726 km², ubicado en el estado Sucre, fue creado por el Decreto de 17 de junio de 1992.

43. Río Viejo-San Camilo, con una extensión de 800 km², ubicado en el estado Apure, fue creado por el Decreto de 1 de junio de 1993.

2. Los monumentos naturales

Los monumentos naturales son aquellas áreas que conforman un espacio geográfico, que por sus características especiales tienen un valor histórico o científico de interés nacional, que comprenden desde una formación geológica o accidente geográfico, hasta un sitio de rareza o belleza excepcional, que requieren ser conservados en su estado natural, para las presentes y futuras generaciones.

En Venezuela existen 37 monumentos naturales, que se han establecido entre 1949 y 1996, que se mencionan conforme al orden cronológico de su declaración:

1. Alejandro Humbolt-Cueva del Guácharo, con una extensión de 1,81 km², ubicado en el estado Monagas, fue declarado el 11 de noviembre de 1949.

2. Arístides Rojas o Morros de San Juan, con una extensión de 27,75 km², ubicado en el estado Guárico, fue declarado el 11 de noviembre de 1949.
3. Montaña de Sorte, con una extensión de 117,12 km², ubicado en el estado Yaracuy, fue declarado el 18 de marzo de 1960.
4. Cerro Santa Ana, con una extensión de 11,9 km², ubicado en el estado Falcón, fue declarado el 14 de junio de 1972.
5. Laguna de las Márites, con una extensión de 36,74 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue declarado el 27 de febrero de 1974.
6. Las Tetas de María Guevara, con una extensión de 16,70 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue declarado el 27 de febrero de 1974.
7. Cerro Matasiete y Guayamuri, con una extensión de 16,72 km², ubicado en el estado Nueva Esparta, fue declarado el 27 de febrero de 1974.
8. Piedra del Cocuy, con una extensión de 0,15 km², ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 12 de diciembre de 1978.
9. Cerro Autana, con una extensión de 0,30 km², ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 12 de diciembre de 1978.
10. Morros de Macaira, con una extensión de 0,99 km², ubicado en el estado Guárico, fue declarado el 12 de diciembre de 1978.
11. Cueva Alfredo Jahn, con una extensión de 0,58 km², ubicado en el estado Miranda, fue declarado el 12 de diciembre de 1978.
12. Laguna de Urao, con una extensión de 0,45 km², ubicado en el estado Mérida, fue declarado el 18 de junio de 1979.
13. Chorrera de Las González, con una extensión de 1,26 km², ubicado en el estado Mérida, fue declarado el 8 de mayo de 1980.
14. Cerro Platillón, con una extensión de 80 km², ubicado en los estados Carabobo y Guárico, fue declarado el 4 de febrero de 1987.
15. Loma León, con una extensión de 72,75 km², ubicado en el estado Lara, fue declarado el 7 de diciembre de 1989.
16. Cadena Oriental de Tepuyes, ubicado en el estado Bolívar y la zona en reclamación, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
17. Cerro Venamo, ubicado en el estado Bolívar y la zona en reclamación, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
18. Cerro Guaiquinima, ubicado en el estado Bolívar y la zona en reclamación, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
19. Cerro Ichún-Guanococo, ubicado en el estado Bolívar y la zona en reclamación, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
20. Sierra Marutani, ubicado en el estado Bolívar y la zona en reclamación, fue declarado el 12 de noviembre de 1990.

21. Sierra Maigualida, ubicado en los estados Bolívar y Amazonas, fue declarado el 12 de noviembre de 1990.
22. Cerro Yavi, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
23. Serranía Yutaje Coro-Coro, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
24. Cerro Guanay, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
25. Cerro Camani y Cerro Morrocoy, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
26. Macizo Cuao-Sipapo Cerro Moriche, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
27. Macizo Parú-Euaja, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
28. Cerros Vinilla-Aratitiope, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
29. Sierra Unturan, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
30. Cerro Tamacuani y Serranía Tapirapécó, ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
31. Formaciones de Tepuyes, con una extensión de 47.720 km², ubicados 10 tepuyes en el estado Bolívar y 15 tepuyes en el estado Amazonas, fue declarado el 2 de noviembre de 1990.
32. Pico Codazzi, con una extensión de 118,50 km², ubicado en los estados Miranda, Aragua y Vargas, fue declarado el 5 de junio de 1991.
33. Piedra La Tortuga, con una extensión de 5,25 km², ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 5 de junio de 1992.
34. Piedra Pintada, con una extensión de 14,25 km², ubicado en el estado Amazonas, fue declarado el 5 de junio de 1992.
35. Meseta La Galera, con una extensión de 41,20 km², ubicado en el estado Mérida, fue declarado el 5 de junio de 1992.
36. Abra Río Frío, con una extensión de 12,82 km², ubicado en el estado Táchira, fue declarado el 5 de junio de 1992.
37. Teta de Niquitao-Guirigay, con una extensión de 335,36 km², ubicado entre los estados Trujillo, Mérida y Barinas, fue declarado el 4 de septiembre de 1996.

3. Las reservas forestales

Las reservas forestales fueron aquellas que se constituyeron en terrenos baldíos y en otros que eran propiedad de la Nación (44) y estaban conformadas por macizos boscosos, que por su situación geográfica, composición cualitativa y cuantitativa florística o por ser los únicos disponibles en una zona, constituían elementos indispensables para el mantenimiento y el suministro continuo de materias primas, a la industria maderera nacional (45).

En ningún caso se podían colonizar o enajenar las reservas forestales, sin la previa autorización del Congreso Nacional (46).

En Venezuela existen 15 reservas forestales, que se han establecido entre 1943 y 2008, que son las siguientes:

1. Isla Cubagua, con una extensión de 2.300 hectáreas, ubicada en el estado Nueva Esparta, fue declarada el 29 de abril de 1943.
2. Turén, con una extensión de 116.400 hectáreas, ubicada en el estado Portuguesa, fue declarada el 24 de noviembre de 1950.
3. Ticoporo, con una extensión de 187.156 hectáreas, ubicada en el estado Barinas, fue declarada el 27 de junio de 1955.
4. San Camilo, con una extensión de 97.100 hectáreas, ubicada en el estado Apure, fue declarada el 2 de febrero de 1961.
5. Imataca, con una extensión de 374.994.120 hectáreas, ubicada en los estados Bolívar y Delta Amacuro, fue declarada el 9 de febrero de 1961.
6. Sipapo, con una extensión de 1.215.500 hectáreas, ubicada en el estado Amazonas, fue declarada el 7 de enero de 1963.
7. Río Caura, con una extensión de 513.400 hectáreas, ubicada en el estado Bolívar, fue declarada el 23 de enero de 1968.
8. La Paragua, con una extensión de 782.000 hectáreas, ubicada en el estado Bolívar, fue declarada el 23 de enero de 1968.
9. Selva de Guarapiche, con una extensión de 370.000 hectáreas, ubicada en los estados Monagas y Sucre, fue declarada el 12 de noviembre de 1968.
10. Río Tocuyo, con una extensión de 47.640 hectáreas, ubicada en los estados Falcón y Yaracuy, fue declarada el 25 de febrero de 1969.
11. El Frío, con una extensión de 65.000 hectáreas, ubicada en el estado Táchira, fue declarada el 5 de noviembre de 1985.

(44) Artículo 54 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(45) Artículo 55 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(46) Artículo 57 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

12. Río Parguaza, con una extensión de 65.700 hectáreas, ubicada en el estado Bolívar, fue declarada el 30 de diciembre de 1986.

13. Caparo, con una extensión de 174.370 hectáreas, ubicada en el estado Barinas, fue declarada el 20 de enero de 1994.

14. San Pedro, con una extensión de 757.400 hectáreas, ubicada en el estado Bolívar, fue declarada el 5 de junio de 2008.

15. Tumeremo-El Dorado, con una extensión de 78.993 hectáreas, ubicada en el estado Bolívar, fue declarada el 6 de julio de 2008.

Luce oportuno destacar que la Ley Forestal de Suelos y Aguas, que sirvió de fundamento legal para el establecimiento de la mayor cantidad de reservas forestales, fue derogada por el Decreto Ley de Bosques y Gestión Forestal (47), que luego de cinco años fue sustituido por la Ley de Bosques (48).

No obstante, dada la vigencia temporal que tuvo este texto legal de 1966, se hizo necesario aludir a las disposiciones no vigentes en materia de reservas forestales, para entender lo que el legislador tuvo en consideración al momento de definir las y conocer cómo se evolucionó en la regulación de ellas.

En la vigente Ley de Bosques, se consideran como reservas forestales las (49):

«... áreas bajo el régimen de administración especial, decretadas por el Ejecutivo Nacional en terrenos baldíos, ejidos y en otros propiedad de la Nación, constituidas por extensiones, posean o no cobertura boscosa, con reconocida capacidad productiva forestal, que por su situación geográfica y composición florística se destinen al aprovechamiento del patrimonio forestal y a la generación de productos y beneficios ambientales mediante el plan de manejo respectivo».

Es preciso apuntar que el concepto de patrimonio forestal, constituye uno de los ejes centrales de este texto legal y por tal se entiende aquel que *«comprende todos los tipos de bosques naturales o plantados, los árboles fuera del bosque, otras formaciones vegetales no arbóreas asociadas o no al bosque, las tierras de vocación forestal y los productos forestales»* (50).

4. Las reservas de fauna silvestre

Las reservas de fauna silvestre son aquellas zonas que se destinan para el desarrollo de programas experimentales o definitivos, de ordenación y manejo

(47) Gaceta Oficial N° 38.946, de 5 de junio de 2008.

(48) Gaceta Oficial N° 40.222, de 6 de agosto de 2013.

(49) Artículo 63 de la Ley de Bosques.

(50) Artículo 42 de la Ley de Bosques.

de poblaciones de animales silvestres, con la finalidad de asegurar la producción continua de las especies necesarias al ejercicio de la caza o cualquier otra forma de aprovechamiento del recurso (51).

En Venezuela existen 7 reservas de fauna silvestre, que se han establecido entre 1975 y 2005, que son las siguientes:

1. Ciénagas de Juan Manuel, Aguas Blancas y Aguas Negras, ubicada en el estado Zulia, tiene una extensión de 70.680 hectáreas, fue decretada el 16 de diciembre de 1975.

2. Sabanas de Anaro, ubicada en el estado Barinas, tiene una extensión de 16.331 hectáreas, fue decretada el 21 de octubre de 1982.

3. Esteros de Camaguán, que tiene una extensión de 19.300 hectáreas, ubicada en el estado Guárico, fue decretada el 9 de marzo de 2000.

4. Ciénaga de La Palmita e Isla de Pájaros, que tiene una extensión de 2.525,85 hectáreas, ubicada en el estado Zulia, fue decretada el 15 de abril de 2000.

5. Silvestre Gran Morichal, ubicada entre los estados Monagas y Delta Amacuro, tiene una extensión de 129.700 hectáreas, fue decretada el 20 de febrero de 2001.

6. Tucurere, ubicada en el estado Falcón, tiene una extensión de 17.800 hectáreas, fue decretada el 19 de noviembre de 2001.

7. Hueque-Sauca, ubicada en el estado Falcón, tiene una extensión de 37.150 hectáreas, fue decretada el 26 de diciembre de 2005.

5. Los refugios de fauna silvestre

Los refugios de fauna silvestre lo constituyen las zonas del territorio nacional, que luego de un estudio científico se estimen necesarias para la protección, la conservación y la propagación de animales silvestres, principalmente, de las especies que se consideran en peligro de extinción, sean residentes o migratorias (52).

Los refugios de fauna silvestre constituyeron junto a las reservas de fauna silvestre, las primeras Áreas bajo régimen de administración especial (ABRAE) que existieron —como luego se verá, ahora también lo son los santuarios—, dedicadas de manera exclusiva a la conservación de la fauna autóctona del país.

En Venezuela existen 7 refugios de fauna silvestre, que se han establecido entre 1972 y 1989, que son las siguientes:

(51) Artículo 30 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(52) Artículo 31 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

1. Isla de Aves, ubicado en una Dependencia Federal, tiene una extensión de 54 hectáreas, fue decretado el 24 de febrero de 1972.
2. Golfete de Cuare, ubicado en el estado Falcón, tiene una extensión de 11.853 hectáreas, fue decretado el 31 de mayo de 1972 e ingresó a la lista de humedales protegidos por la Convención Ramsar en noviembre de 1988.
3. Estero del Chiriguare, ubicado en el estado Portuguesa, tiene una extensión de 32.169 hectáreas, fue decretado el 26 de mayo de 1974.
4. Ciénaga de Los Olivitos, ubicado en el estado Zulia, tiene una extensión de 26.000 hectáreas, fue decretado el 20 de noviembre de 1986 y fue incluido en la lista de humedales protegidos por la Convención Ramsar en 1996.
5. Caño Guaritico, ubicado en el estado Apure, tiene una extensión de 9.300 hectáreas, fue decretado el 11 de enero de 1989.
6. Tortuga Arrau, ubicado en los estados Apure y Bolívar, tiene una extensión de 17.431 hectáreas, fue decretado el 7 de junio de 1989.
7. Laguna de Boca de Caño, ubicado en el estado Falcón, tiene una extensión de 453 hectáreas, fue decretado el 7 de junio de 1989.

6. Los santuarios de fauna silvestre

Los santuarios de fauna silvestre son aquellas zonas que se declaran como tales, luego de efectuados los estudios científicos correspondientes, en que se determina que habitan animales peculiares de la fauna nacional o especies raras en el mundo, o aquellas donde la concentración de determinados animales, constituya o pueda constituir motivo de recreación y turismo (53).

En Venezuela existe 1 santuario de fauna silvestre conformado por las Cuevas de Paraguaná, que incluye las cuevas de El Guano, Jacuque, El Pico y Piedra Honda, ubicado en el estado Falcón, tiene una extensión de 35,15 hectáreas y fue decretado el 3 de junio de 2008.

7. Las zonas protectoras

Considerando que el ordenamiento jurídico no establecía una definición general de zonas protectoras, se debe acudir al auxilio de la doctrina científica para tratar de formular un concepto lo más acorde con el objeto de este espacio natural protegido.

Al respecto sostiene Meier que las zonas protectoras son «una institución cuya finalidad estribaría únicamente en la protección de la flora», no obstante reconoce que el artículo 19 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas «señala con

(53) Artículo 32 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

precisión que la finalidad de esta institución es la de limitar la propiedad predial con el objeto de conservar los bosques, suelos y aguas en el área o zona decretada como protectora» (H. MEIER, 1986: p. 212).

Por su parte De los Ríos, considera que las zonas protectoras «constituyen área de terrenos sometidas a administración especial y protección integral de sus recursos naturales renovables, con la finalidad de servir de protección a determinados ecosistemas naturales o a poblaciones» (I. De los Ríos, 1994: p. 150).

Para Bevilacqua las zonas protectoras son «terrenos en donde se da especial protección a los bosques naturales, a los suelos y a las aguas por medio de una limitación de los usos y actividades que pueden destruirlos, menoscararlos o someterlos a procesos de deterioro» (M. BEVILACQUA, 2006: p. 91).

Las caracterizaciones formuladas por la doctrina citada permiten señalar, que las zonas protectoras son los espacios geográficamente delimitados dentro de una extensión mayor de territorio, contiguos a los bosques, la fauna, los suelos, las aguas y los demás recursos naturales, que por sus características especiales se pretenden conservar de la acción antrópica y una vez declarados, jurídicamente constituyen una limitación al ejercicio del derecho de propiedad, dentro de la zona establecida.

Estos espacios admiten el aprovechamiento en actividades forestales, de reforestación, generación hidroeléctrica, comercialización de la flora y la fauna de manera sostenible.

En su previsión inicial, existían dos modalidades de constitución de zonas protectoras: Una, establecida por el Poder legislativo a través de la ley; y la otra, por el Poder ejecutivo a través de decreto expedido en los supuestos que disponía la ley.

Es así como se consideraban zonas protectoras por establecimiento legal, las siguientes (54):

1. Toda zona en contorno de un manantial o del nacimiento de cualquier corriente de agua y dentro de un radio de doscientos (200) metros en proyección horizontal.
2. Una zona mínima de trescientos (300) metros de ancho, a ambos lados y paralelamente a las filas de las montañas y a los bordes inclinados de las mesetas.
3. Zona mínima de cincuenta (50) metros de ancho a ambas márgenes de los ríos navegables y una de veinticinco (25) para los cursos no navegables permanentes o intermitentes.
4. Zonas en contorno a lagos y lagunas naturales dentro de los límites que indique el Reglamento de la Ley.

(54) Artículo 17 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

Además, se reconocía que el Poder ejecutivo podía declarar como zonas protectoras, previa la realización de los estudios técnicos correspondientes, los terrenos que presentasen las siguientes características (55):

1. Que estén comprendidos en aquellas zonas de las Cuencas Hidrográficas que lo ameriten por su ubicación o condiciones geográficas.
2. Que sean necesarios para la formación de cortinas rompe-vientos.
3. Que se encuentren inmediatos a poblaciones y actúen como agentes reguladores del clima o medio ambiente.

En tales casos, el decreto que la estableciese debía determinar su ubicación con la mayor exactitud.

Con independencia que las zonas protectoras fuesen establecidas por el Poder legislativo o por el Poder ejecutivo, no se podían realizar actividades de carácter agropecuario o destrucción de vegetación, sino en los casos previstos por el Reglamento y con sujeción a las normas técnicas que determinase el ministerio competente (56).

Bajo la vigencia del texto legal antes citado, el Poder ejecutivo expidió los decretos que han establecido 64 zonas protectoras, 41 de las cuales protegen cuencas hidrográficas, 12 se encuentran en las adyacencias a centros poblados, 10 pretenden la protección de diversos espacios y 1 se estableció por razones de salubridad pública (R. GARCÍA PEÑA y M. SILVA VIERA, 2013: p. 37).

La anterior normativa legal que estuvo vigente durante más de cuarenta años —sin que su modificación haya supuesto cambios en las zonas protectoras previamente establecidas— ha sido sustituida por las disposiciones de la Ley de Bosques y de la Ley de Aguas.

Es así como el primer texto legal antes citado, establece que se denomina zona protectora del patrimonio forestal, aquellas que resultan imprescindibles para garantizar la protección y conservación de este patrimonio y pueden ser establecidas por ley o por decreto del Ejecutivo Nacional (57).

Las zonas protectoras declaradas por norma legal consisten en una franja con un ancho mínimo de trescientos metros (300 m) de cada lado, paralela a las filas de montañas y bordes inclinados de mesetas, teniendo como referencia cambios significativos de pendientes, cotas y altitudinales, según el sistema de coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM) (58).

(55) Artículo 18 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(56) Artículo 19 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(57) Artículo 66 de la Ley de Bosques.

(58) Artículo 67 de la Ley de Bosques.

Por otro lado, las zonas protectoras establecidas por decreto del Ejecutivo Nacional tienen como finalidad la protección de la vegetación silvestre, la conservación de paisajes y ambientes naturales adyacentes a centros poblados, cuando su conveniencia haya sido establecida científicamente. Los terrenos que pueden ser calificados como tales zonas son los siguientes (59):

1. Los ubicados en cuencas hidrográficas que ameriten un manejo especial por su productividad hídrica, ubicación estratégica o condiciones frágiles o susceptibles de erosión de sus suelos.
2. Los inmediatos a poblaciones que actúen como agentes reguladores del clima o con el fin de limitar el crecimiento urbano y ofrecer espacios para la educación y recreación masivas.
3. Los que presenten formaciones vegetales densas, que aseguren la protección del suelo.
4. Los necesarios para la formación de cortinas rompe vientos.
5. Las áreas especiales de valor escénico por la calidad de sus recursos visuales espaciales, que ameriten protección contra emplazamientos que puedan obstruir total o parcialmente su visual.
6. Los paisajes culturales que son aquellas superficies en las cuales las interacciones del ser humano con la naturaleza a lo largo de los años, han producido una zona de carácter propio con importantes valores estéticos, ecológicos y culturales, en la que se pretende salvaguardar la integridad de la evolución del área y el mantenimiento de prácticas tradicionales de uso de tierras, métodos de construcción y manifestaciones sociales y culturales.
7. Los corredores ecológicos o de dispersión, constituidos por aquellos espacios del territorio nacional que permitan conectar hábitats fragmentados y el flujo genético entre poblaciones de especies silvestres de la flora y la fauna, en concordancia con las políticas del Ministerio del Ambiente.

Por su parte, el segundo texto es la Ley de Aguas (60), en la que se establecen las zonas protectoras de los cuerpos de agua que tienen como objetivo proteger las áreas sensibles, de las que depende la permanencia y la calidad tanto del agua, como la flora y la fauna asociada (M. AYUBE POVEDA, 2011: pp. 56-79). En atención a ello se declaran expresamente por ley como zonas protectoras, las siguientes:

1. La superficie definida por la circunferencia de 300 metros de radio, en proyección horizontal con centro en la naciente de cualquier cuerpo de agua.
2. La superficie definida por una franja de 300 metros a ambos márgenes de los ríos, medida a partir del borde del área ocupada por las crecidas correspondientes a un período de retorno de dos coma treinta y tres (2,33) años.
3. La zona en contorno a lagos, lagunas naturales y a embalses construidos por el Estado, dentro de los límites que indique la reglamentación de esta Ley.

(59) Artículo 68 de la Ley de Bosques.

(60) Artículo 54 de la Ley de Aguas.

Sin perjuicio de la existencia de zonas protectoras reguladas en otras leyes, las arriba mencionadas constituyen las recientes disposiciones sobre estas especiales zonas, que se encuentran íntimamente vinculadas a las áreas bajo régimen de administración especial, que serán analizadas más adelante.

8. Las reservas de medio silvestre

La Ley de Bosques establece una categoría adicional de espacios naturales protegidos que se denomina reservas del medio silvestre. Estas constituyen porciones de terreno que deben demarcarse en predios rurales, con la finalidad de conservar el equilibrio ecológico, proteger el patrimonio forestal y la diversidad biológica de la zona (61).

Esto puede lograrse a través de la conservación de espacios donde el ecosistema forestal local o las especies autóctonas se presentan inalterados o muy poco modificados; o mediante la aplicación de medidas para la restauración o recuperación ambiental, en aquellos espacios aptos para este fin.

A pesar del tiempo que tiene en vigor la Ley, no se tienen noticias que hasta el presente se hayan constituido tales reservas de medio silvestre.

IV. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Inicialmente la competencia para la gestión de conservación del patrimonio natural era nacional, estando atribuida al Ministerio de Agricultura y Cría, a través del Servicio de Parques Nacionales, dentro de la Dirección de Recursos Naturales, que fue creada en 1958 y ello se mantuvo así hasta mediados de los años setenta.

En el año 1976, la Ley Orgánica de la Administración Central creó el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables. Aunque se debe mencionar que tres años antes se creó el Instituto Nacional de Parques —que sustituyó al Instituto Nacional de Agricultura y Cría— y en 1978 el antiguo Servicio de Parques Nacionales pasó a formar parte de la organización administrativa del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES).

Cinco años más tarde se expidió la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que regulará las Áreas bajo régimen de administración especial (ABRAE) (62), en las que quedaron comprendidos la mayoría de los bienes del

(61) Artículo 71 de la Ley de Bosques.

(62) Se definen como Áreas bajo régimen de administración especial como aquellos «espacios geográficos, sitios y elementos del medio con características biofísicas singulares

patrimonio natural, que se encuentran sometidos a las distintas modalidades de calificación de los espacios naturales protegidos.

Las Áreas bajo régimen de administración especial (ABRAE) establecidas en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, conforman espacios del territorio que se encuentran sujetos a un régimen especial de manejo conforme a las leyes especiales. Entre ellas se encuentran las siguientes categorías de espacios protegidos (63):

1. Los parques nacionales.
2. Las zonas protectoras.
3. Las reservas forestales.
4. Las áreas especiales de seguridad y defensa.
5. Las reservas de fauna silvestre.
6. Los refugios de fauna silvestre.
7. Los santuarios de fauna silvestre.
8. Los monumentos naturales.
9. Las zonas de interés turístico.
10. Las áreas sometidas a un régimen de administración especial en los tratados internacionales.

Además también se consideran que conforman este régimen de gestión especial, los siguientes espacios (64):

«1) Las áreas de Manejo Integral de Recursos Naturales, compuestas por los territorios que respondan a alguna de las siguientes categorías:

a) Zonas de reserva para la construcción de Presas y Embalses, compuestas por aquellas áreas que por sus especiales características y situación, se consideren idóneas para la construcción de presa y embalse.

b) Costas Marinas de Aguas Profundas, compuestas por aquellas zonas marítimas que por sus especiales características y situación sean consideradas óptimas para el desarrollo de puestos de carga y embarque las cuales comprenderán el área marítima que delimite en el Decreto.

c) Hábitats Acuáticos Especiales para Explotación o Uso Intensivo Controlado, compuesto por todas aquellas zonas tales como golfetes, albuferas, deltas, planicies cenagosas y similares que por sus riquezas marítimas lacustres o fluviales, sean de especial interés para la Nación.

o con otras cualidades o potencialidades en lo socio-cultural, las cuales ameritan recibir el Estado una protección efectiva y permanente bajo un régimen de administración *sui generis*, que garantice la integridad física sin merma de sus valores, mediante la utilización acorde con esos objetivos de protección y manejo adecuado a dichas características» (R. Gondelles, 1992: p. 35).

(63) Artículo 15 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(64) Artículo 16 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

d) Áreas Terrestres y Marítimas con Alto Potencial Energético y Minero, compuestas por todas aquellas zonas que contengan una riqueza energética y minera especial y que ameriten un régimen de preservación del medio compatible con extracción de recursos esenciales para la Nación.

e) Zonas de Aprovechamiento Agrícola, compuestas por aquellas áreas del territorio nacional que por sus condiciones edafo-climáticas deben ser resguardadas para su explotación agrícola, dentro de un régimen de mayor o menor preservación. Según su potencial agrícola se distinguen las de Alto Potencial, referidas a zonas que por sus excepcionales condiciones agrícolas deben ser sometidas a una Máxima preservación; las de Medio Potencial, referidas a zonas que reúnen las condiciones necesarias para ser declaradas como Zona Agrícola Especial según la Ley de la materia; y las de Bajo Potencial, referidas a las zonas sometidas a una menor preservación toda vez que para su explotación agrícola la requieran la aplicación de tecnología especializada que subsane los factores limitantes de su potencial.

f) Las Planicies Inundables, compuestas por aquellos espacios del territorio nacional, adyacentes a los cursos de aguas superficiales y que pueden llegar a ser ocupados por los excesos de aguas cuando se desbordan de sus causas naturales.

2) Las Áreas Rurales de Desarrollo Integrado, compuestas por aquellas zonas que deben ser sometidas a una estrategia de desarrollo fundamentada en la participación coordinada de las entidades públicas y la población rural organizada, con el objeto de concentrar y concertar esfuerzos hacia el logro de una auténtica prosperidad agropecuaria.

3) Las Áreas de Protección y Recuperación Ambiental, compuestas por todas aquellas zonas donde los problemas ambientales provocados o inducidos, bien por la acción del hombre o por causas naturales, requieran de un plan de manejo que establezca un tratamiento de recuperación o uno que elimine los fenómenos de degradación.

4) Los sitios de Patrimonio Histórico-Cultural o Arqueológicos, compuestos por aquellas edificaciones y monumentos de relevante interés nacional, así como las áreas circundantes que constituyan el conjunto histórico artístico y arqueológico correspondiente.

5) Las Reservas Nacionales Hidráulicas, compuestas por los territorios en los cuales estén ubicados cuerpos de agua, naturales o artificiales que por su naturaleza, situación o importancia justifiquen su sometimiento a un régimen de administración especial (65).

6) Las Áreas de Protección de Obras Públicas, compuestas por las zonas de influencia de las construcciones públicas, que deben ser sometidas a usos conformes con los fines y objetos de la obra.

7) Las Áreas Críticas con Prioridad de Tratamiento, integradas por aquellos espacios del territorio nacional que dadas sus condiciones ecológicas, requieren ser sometidas con carácter prioritario a un plan de manejo, ordenación y protección.

(65) Respecto a esta ABRAE debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Aguas.

8) Las Áreas Boscosas bajo protección compuestas por todas las zonas de bosques altos, primarios o secundarios, que existen en el territorio nacional.

9) Las reservas de Biosfera, compuestas por aquellas zonas en la que se combinan la presencia de biomasa naturales que deben ser preservadas por su alto valor científico y biológico, con la presencia de poblaciones locales caracterizadas por modos de vida en lo económico, social y cultural, que configuran un especial sistema de relaciones hombre-espacio (66).

10) Las Áreas de Fronteras, ordenadas conforme a la estrategia global contenida en el Plan Nacional de Seguridad y Defensa y conforme a las características propias de cada sector fronterizo».

Esta dispersa clasificación de las Áreas bajo régimen de administración especial, así como las contempladas en leyes sectoriales —por ejemplo, Ley de Aguas (67) o Ley de Bosques (68)— evidencia que tales Áreas pueden comprender desde el patrimonio natural, en cuanto a su protección, conservación, restauración y aprovechamiento racional; como los desarrollos urbanísticos y agropecuarios orientados a la producción; la prevención y recuperación de espacios naturales o la seguridad y defensa.

(66) Se tienen dos reservas de biosfera: la Reserva del Delta del Orinoco, en el Estado Delta Amacuro, que tiene una extensión de 1.125.000 ha. y fue creada por Decreto N° 1.633, de 5 de junio de 1991, para proteger y preservar a la biodiversidad y los humedales; y la Reserva del Alto Orinoco-Casiquiare en el Estado Amazonas, que tiene una extensión de 8.477.466 ha. y fue creada por Decreto N° 1.635, de 5 de junio de 1991, para preservar recursos naturales con un alto potencial ecológico y diversidad, tales como las nacientes del río Orinoco y el río Casiquiare.

(67) El artículo 53 de la Ley de Aguas, dispone que «Se constituyen Áreas bajo régimen de administración especial para la gestión integral de las aguas:

1. Las zonas protectoras de cuerpos de agua.
2. Las reservas hidráulicas.
3. Los Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Refugios de Fauna Silvestre y Reservas Forestales, entre otras figuras jurídicas que constituyan Reservorios tanto de aguas superficiales como subterráneas».

(68) El artículo 62 de la Ley de Bosques, establece que «Las áreas para la conservación del patrimonio forestal son aquellas sujetas a regulaciones especiales, que por sus características o localización, se destinan a la conservación de ecosistemas y recursos forestales, en los términos previstos en esta Ley y su reglamento. Se consideran como tales:

1. Las áreas bajo régimen de administración especial que tenga como fin la protección integral de recursos naturales, tales como zonas protectoras, parques nacionales, monumentos naturales y reservas de biosfera, sin perjuicio de otras categorías de ordenamiento territorial que tengan este fin.

2. Las áreas bajo régimen de administración especial que tenga como fin el manejo sustentable del patrimonio forestal, tales como reservas forestales, áreas boscosas bajo protección, zonas protectoras del patrimonio forestal y otras áreas de la misma naturaleza jurídica, establecidas de conformidad con lo previsto en la ley y las normas.

Ahora bien, habiendo señalado cuál es el bien jurídico protegido y las posibles modalidades de gestión para lograr esa tutela, debe determinarse cuál es la autoridad administrativa responsable de tal protección.

No puede dejar de mencionarse, que Venezuela es un estado federal, que distribuye las competencias en los tres niveles de organización político-territorial: Federal o nacional, estatal y municipal (A. BREWER-CARÍAS, 2001: pp. 107-138).

Según la Constitución corresponde al Poder Público Nacional tanto el régimen como la administración de las tierras baldías, el fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país (69), así como la legislación y políticas nacionales de ambiente, agua y ordenación del territorio (70).

Los estados y los municipios no tienen atribuida constitucionalmente competencia originaria sobre el patrimonio natural, por lo que únicamente podrían ejercer algún tipo de competencia en los términos y condiciones que le otorguen las leyes nacionales.

Del contexto normativo antes referido, se aprecia que en la actualidad las competencias se encuentran concentradas a nivel nacional y se distribuyen entre la Administración Pública central (ministerio con competencia ambiental) y la Administración Pública descentralizada funcionalmente (Instituto Nacional de Parques).

Es así como en el caso de espacios naturales protegidos con la calificación de los parques nacionales y los monumentos naturales, la autoridad que tiene atribuida la competencia para la administración del sistema nacional de parques nacionales y del sistema nacional de parques de recreación urbano es el Instituto Nacional de Parques.

Con respecto a los espacios naturales protegidos por la categoría de los refugios, las reservas y los santuarios de fauna silvestre, la competencia de su administración corresponde a la Oficina Nacional de Diversidad Biológica, de la Dirección de Áreas Naturales Protegidas del Ministerio con competencia ambiental.

En el caso de los espacios naturales protegidos bajo la denominación de las zonas protectoras, la competencia de su administración se atribuye a la Dirección General de Planificación y Ordenación Ambiental, del Ministerio con competencia ambiental.

(69) Artículo 156.16 de la Constitución.

(70) Artículo 156.23 de la Constitución.

Respecto a los espacios naturales protegidos con la figura de las reservas forestales y las reservas de medio silvestre, la competencia para su administración también corresponde al Ministerio con competencia ambiental.

Dicho esto procede analizar, cómo se proyecta la intervención del Estado en estas áreas de administración especial, en la que se ubican los espacios naturales protegidos.

V. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

Es a partir de 1910, que se abandona el régimen jurídico civilista del patrimonio natural y se pretende introducir en la ley el equilibrio que siempre debe guiar las relaciones jurídico-administrativas, entre los derechos de los particulares y el régimen de las potestades públicas; equilibrio que tiene especial interés en materia de recursos naturales y el ambiente, que puede conducir al establecimiento de limitaciones y restricciones a los derechos de uso y aprovechamiento por los particulares, así como a la configuración de los primeros controles administrativos, todo ello justificado en la importancia que estos tienen para el desarrollo económico, social y cultural del país (A. BREWER-CARÍAS, 2013: p. 8).

Para no exceder los límites de este trabajo, se omitirá la evolución detallada de los mismos en la legislación, que ya supera el primer centenario de desarrollo. Siendo además que este subtítulo se centrará en el régimen general vigente de protección de los espacios naturales, procede hacer una precisión para que el uso del lenguaje no genere confusión. El régimen general ha sido calificado por el legislador como «Áreas bajo régimen de administración especial», en donde la especialidad viene dada frente al régimen de administración ordinario, que se puede aplicar a los bienes públicos.

Ahora bien, los medios de protección y los respectivos controles administrativos se pueden ubicar en tres momentos: Previos o *ex ante*, concomitantes y posteriores o *ex post*, que serán analizados sucintamente.

1. Los controles previos o *ex ante* al uso o desarrollo de una actividad

El texto constitucional estableció dos obligaciones que se deben llevar a cabo, de manera previa a la realización de cualquier actividad susceptible de afectar los ecosistemas:

Una es la obligación de información y consulta pública, libre e informada, que garantice la participación ciudadana y su manifestación de opinión, res-

pecto a las decisiones que se pretenden adoptar relacionadas con el patrimonio natural (71).

Otra es la obligación de efectuar los estudios previos de impacto ambiental y sociocultural, para conocer el potencial daño que puede experimentar el ecosistema (72).

A nivel legal, se deben analizar los distintos textos que regulan los espacios naturales protegidos:

A) Régimen común a los parques naturales y monumentos nacionales

La Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio reconoce dos clases de habilitaciones administrativas para realizar actividades con sujeción a ella: Las aprobaciones y las autorizaciones, las cuales serán explicadas seguidamente.

La redacción legal permite distinguir que cuando se trata de autoridades administrativas nacionales, que adopten decisiones destinadas a ejecutar acciones que tengan incidencia espacial o que conduzcan a la ocupación del territorio por autoridades administrativas y que sean de trascendencia nacional, tales decisiones deberán ser objeto de aprobación en el lapso legalmente establecido, por el ministerio con competencia ambiental, sin perjuicio de que transcurrido dicho lapso sin que se haya producido decisión expresa, se considere que ha operado la aprobación (silencio administrativo positivo) (73). En tanto, cuando las actividades a realizar impliquen ocupación del territorio y vayan a ser ejecutadas por personas privadas, éstas deberán ser autorizadas dentro del lapso legal, por las autoridades del control de la ejecución de los planes, pero en caso que éste se venza sin que se haya producido decisión expresa, se considerará concedida la autorización (silencio administrativo positivo) y la autoridad administrativa deberá otorgar la respectiva constancia (74).

Conforme a ello, el Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio sobre Administración y Manejo de Parques Nacionales y Monumentos Naturales (75) establece las normas generales por las cuales se regirá la administración y manejo de los parques nacionales y monumentos naturales, en lo relacionado con la asignación de los usos permitidos: la regulación de las actividades y las modalidades de administración propiamente dicha, para

(71) Artículo 128 de la Constitución.

(72) Artículo 129 de la Constitución.

(73) Artículo 49 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(74) Artículos 53 y 54 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(75) Gaceta Oficial N° 4.106, de 9 de junio de 1989.

asegurar que tales espacios territoriales permitan el disfrute de todos, respetando los principios de conservación, defensa y mejoramiento del ambiente.

Es así como señala que todas las actividades que pretendan desarrollarse dentro de un parque nacional o monumento natural están sometidas al régimen de aprobaciones y autorizaciones establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. Dichas aprobaciones o autorizaciones serán otorgadas por el Instituto Nacional de Parques conforme a lo previsto en el Reglamento, en los planes de ordenación y los reglamentos de uso correspondientes (76).

En el caso que la administración de toda o parte de la superficie o de un uso determinado de un parque nacional o monumento natural se vaya a otorgar a un particular, el Instituto Nacional de Parques podrá otorgar una habilitación administrativa de concesión, en los términos contemplados en el Reglamento (77).

Establecido lo anterior, luce oportuno aclarar que el reglamentista a los fines de determinar los límites, distingue entre el uso y el desarrollo de las actividades que se pueden realizar en los parques nacionales y monumentos naturales, señalando lo siguiente:

1. En lo que concierne al uso, se debe tener en consideración los que son permitidos (78), los restringidos (79) y los prohibidos (80).
2. En lo relacionado con las actividades, hay que tener presentes las que están permitidas (81), las restringidas (82) y las prohibidas (83).

B) Régimen común a las reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre

La Ley de Protección de la Fauna Silvestre regula las actividades que se pueden realizar en las reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre, para garantizar la conservación, protección, fomento y aprovechamiento racional

(76) Artículo 3 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(77) Artículos 4, 41 al 51 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(78) Artículos 15 y 18 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(79) Artículos 13, 14 y 17 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(80) Artículos 11, 12 y 16 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(81) Artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(82) Artículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(83) Artículo 19 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

de la fauna silvestre y de sus productos, así como la actividad de la caza. El desarrollo de estas actividades se debe realizar con estricta sujeción al ordenamiento jurídico.

El legislador considera que las personas que pretendan realizar la actividad de caza deben cumplir los requisitos y obligaciones que señala la ley para solicitar y obtener una licencia, pues de lo contrario no podrán adquirir propiedad de los animales cazados, ni de sus productos y además tipifica tal actuación no habilitada como constitutiva de delito (84).

Las referidas licencias para ejercer la caza se clasifican (85):

a) Licencias para caza con fines deportivos, que son de carácter general y especial (86).

b) Licencias para caza con fines comerciales (87).

c) Licencias para caza con fines científicos (88).

d) Licencias para caza con fines de control de animales perjudiciales (89).

Hay que tener presente que la ley expresamente señala que se prohíbe la caza, en los siguientes lugares (90):

1. En los parques nacionales.

2. En los refugios de fauna silvestre.

3. En los santuarios de fauna silvestre.

4. En las reservas de fauna silvestre, mientras no hayan sido expresamente habilitadas para el ejercicio de la caza por el ministerio.

5. En las reservas forestales, mientras no hayan sido expresamente habilitadas por el ministerio para ello.

6. En las zonas vedadas por resoluciones del ministerio.

7. En los lugares próximos a las viviendas y demás sitios que puedan estar habitados, según las distancias que prescriba el reglamento de la Ley.

8. En los fundos de propiedad privada, sin la previa autorización de sus dueños, administradores o encargados.

La prohibición de cazar en parques nacionales y refugios de fauna silvestre, así como en las reservas forestales y reservas de fauna silvestre no habilitadas, tiene una excepción, cuando la caza se realiza con fines de investigación

(84) Artículos 9 y 10 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

(85) Artículo 61 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(86) Artículo 62 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(87) Artículo 63 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(88) Artículo 64 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(89) Artículo 67 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(90) Artículo 73 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

científica o de manejo de fauna silvestre y haya sido ordenada o expresamente autorizada por el ministerio con competencia en materia ambiental (91).

Este ministerio puede autorizar el trasplante de especies de la fauna silvestre, de una a otra región del país o a medios distintos de su hábitat, siempre que se considere conveniente para la conservación y fomento de la fauna silvestre (92).

Igualmente, corresponde al ministerio recibir las solicitudes y otorgar las licencias, para ejercer el comercio o industria de los animales silvestres vivos o muertos y de sus productos derivados (93). En los casos que se pretenda la captura de animales silvestres con fines de propagación comercial o industrial, le corresponderá al ministerio proporcionar los ejemplares para su estudio, que se determinen en el permiso que se otorgue (94).

La importación de animales silvestres exóticos para su aclimatación y propagación en el territorio nacional, requiere la autorización del ministerio con competencia en materia ambiental, previos los estudios ecológicos correspondientes y se otorgará solo cuando fuere beneficioso al país y no constituya riesgo para la fauna nativa, la salubridad, la agricultura o la cría (95).

C) Régimen común a las reservas forestales, zonas protectoras y reservas de medio silvestre

La Ley de Bosques al regular las actividades que impliquen la afectación de vegetación o el aprovechamiento de productos forestales en terrenos del dominio público o privado de las entidades territoriales o en terrenos de propiedad privada, señala que deben efectuarse con sujeción plena a las disposiciones que ella contiene.

En función de ello, le otorga potestad al Ejecutivo Nacional para permitir el libre aprovechamiento en zonas baldías determinadas, de aquellos frutos de especies forestales cuya recolección no perjudique los árboles que los producen. Corresponde al reglamento de la Ley establecer la forma de autorización del aprovechamiento de tales frutos, que se produzcan en ejidos o en terrenos de propiedad privada.

En lo que concierne al control previo, se consideran instrumentos del mismo los siguientes (96):

-
- (91) Artículo 74 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.
 - (92) Artículo 26 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.
 - (93) Artículo 87 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.
 - (94) Artículo 27 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.
 - (95) Artículos 28 y 29 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.
 - (96) Artículo 101 de la Ley de Bosques.

1. Las autorizaciones de ocupación del territorio, para la gestión de los bosques.
2. Las autorizaciones para el uso y aprovechamiento de bosques y árboles fuera del bosque y para la afectación de vegetación con fines diversos, en terrenos de propiedad privada.
3. Los permisos para el uso y aprovechamiento de bosques y árboles fuera del bosque y para la afectación de vegetación con fines diversos, en terrenos baldíos u otras propiedades de la Nación, siempre que no se encuentren sujetos a concesiones forestales.
4. Los permisos de instalación y funcionamiento de industrias forestales.
5. Las asignaciones.
6. Las concesiones para el uso y aprovechamiento de bosques y afectación de vegetación con fines diversos, en terrenos baldíos u otros de propiedad de la Nación, destinados a la producción forestal.
7. Los planes de manejo forestal.
8. El estudio técnico forestal-ambiental.
9. Las guías de circulación de productos forestales.
10. Los registros.
11. Los troquelados de productos forestales.
12. Las actas de inicio.
13. Los demás que establezcan las leyes y los reglamentos.

Dado que el estudio detallado de estos instrumentos no es objeto del presente trabajo, este se circunscribe a aquellos que resultan más cotidianos en su aplicación, por lo que el legislador resolvió regularlos de manera más detallada. En primer lugar se deben mencionar las autorizaciones para (97):

1. El aprovechamiento y transporte de árboles caídos o muertos en pie por causas naturales, en terrenos baldíos y otros de los cuales la Nación sea propietaria, así como en el lecho de los cauces de agua.
2. La tala de árboles fuera del bosque.
3. La afectación de vegetación con fines diversos en terrenos públicos o privados, salvo las excepciones previstas en esta Ley.
4. El aprovechamiento bajo planes de manejo de productos forestales maderables y no maderables, en terrenos baldíos y otros que son propiedad de la Nación, no sujetos al régimen de concesiones o asignaciones.
5. El aprovechamiento y transporte de productos forestales resultantes de afectaciones con fines diversos.

(97) Artículo 101 de la Ley de Bosques.

6. La instalación y funcionamiento de viveros forestales, aserraderos, hornos de carbón vegetal y demás industrias forestales.

7. El transporte de grama, material vegetal, estantes, estantillos, leña y carbón vegetal.

Una novedad en esta materia que merece ser destacada es el control que realiza el ministerio con competencia en materia ambiental, en virtud de la notificación previa que deben realizar los interesados, a los fines de:

1. El desmalezamiento y roza con fines de limpieza, por métodos manuales o mecánicos, de terrenos previamente intervenidos por el uso agropecuario bajo condiciones de rastrojos o barbechos por más de dos años consecutivos.

2. El aprovechamiento para uso artesanal dentro del mismo predio rural, de bienes forestales no maderables, cuya extracción no perjudique a los árboles o especies vegetales que los producen.

3. La recolección para uso artesanal dentro del mismo predio rural, de flores, frutos, semillas y hojas, producidos por árboles u otras especies vegetales.

4. La tala u otro tipo de intervención de árboles, fuera del bosque, que representen peligro o amenaza real a la integridad de personas o bienes, hasta dos ejemplares de especies que no se encuentren en veda.

5. Las actividades no comerciales de recolección de leña, frutos, fibras, resinas, semillas, látex, cortezas, flores y otros productos no maderables, siempre que no impliquen la tala o poda de árboles o arbustos.

6. La remoción con fines agrícolas, en superficies de hasta mil metros cuadrados (1.000 m²), de vegetación baja espontánea del tipo gramínea o herbácea, no arbustiva y sin valor comercial.

7. La recolección con fines de salvamento, de productos maderables provenientes de hasta cinco árboles o arbustos derribados por causas naturales.

8. La afectación de un solo árbol de especie forestal, no sujeta a veda en predios rurales de difícil acceso, cuando esta se justifique por razones de emergencia, para reparaciones urgentes de infraestructuras dentro del mismo predio o para evitar daños a personas o bienes. Los productos forestales resultantes de la afectación deberán usarse para fines domésticos y no podrán ser movilizados fuera de los linderos del predio.

Las actividades antes señaladas quedan sujetas a las regulaciones técnicas, que establezca el ministerio con competencia en materia ambiental.

El aprovechamiento de los recursos de las reservas forestales y otras áreas naturales protegidas, cuando es realizado directamente por el Ejecutivo Nacional, se hará previa asignación y solo podrá efectuarse mediante la presentación de un plan de manejo forestal (98); y cuando no lo fuere en los

(98) Artículo 117 de la Ley de Bosques.

términos antes señalados, podrá ser realizado tanto por particulares como por empresas del Estado, una vez obtenida la concesión, previa presentación de un plan de manejo forestal (99).

El legislador estableció los supuestos en que se requiere habilitación previa, sea autorización o permiso, para poder realizar la actividad:

1. El aprovechamiento de recursos forestales en áreas boscosas, bajo protección en terrenos no sujetos a régimen de administración especial, que por su destinación hayan de ser conservados en los bosques (100).

2. El aprovechamiento de recursos forestales fuera del bosque, tanto en terrenos de propiedad privada como en terrenos del dominio público o privado de la Nación, o de cualquiera otra entidad (101).

3. El aprovechamiento de productos forestales no maderables, tanto en terrenos de propiedad privada, como en terrenos del dominio público o privado de la Nación, o de cualquiera otra entidad (102).

4. La afectación de recursos forestales, tanto en terrenos de propiedad privada como en terrenos del dominio público o privado de la Nación, o de cualquiera otra entidad, que por su destinación no hayan de ser conservados bajo bosque (103).

2. Los controles concomitantes al uso o desarrollo de una actividad

El reglamentista utiliza la figura de la guardería ambiental (104), con la finalidad de establecer los mecanismos de control del uso o desarrollo de una actividad en los espacios naturales protegidos, conformados por parques nacionales o monumentos naturales.

En tal sentido dispone que la guardería ambiental estará orientada a hacer cumplir las leyes y reglamentos, en lo atinente a la comprobación, vigilancia, fiscalización, prevención y paralización de las actividades que directa o indirectamente puedan causar riesgos o daños al ambiente de los parques nacionales y monumentos naturales.

Para lograrlo, señala que en cada parque nacional y monumento natural se establecerá una unidad especial de guardería ambiental integrada por los funcionarios del Instituto Nacional de Parques, por los oficiales y efectivos

(99) Artículo 116 de la Ley de Bosques.

(100) Artículo 118 de la Ley de Bosques.

(101) Artículo 119 de la Ley de Bosques.

(102) Artículo 120 de la Ley de Bosques.

(103) Artículo 121 de la Ley de Bosques.

(104) Artículo 65 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

de la Guardia Nacional y por los guardaparques civiles. Estos cumplirán las funciones propias de la guardería ambiental, de acuerdo a lo establecido en el respectivo plan de ordenación, el plan de manejo del área y su correspondiente reglamento de uso.

En este orden de ideas, pero respecto a los espacios naturales protegidos constituidos por reservas, refugios y santuarios de fauna silvestre, conforme a la Ley de protección de la fauna silvestre corresponde al ministerio con competencia en materia ambiental ejercer la administración, inspección, fiscalización y protección de la fauna silvestre. A tales fines éste ejercerá la guardería de la fauna silvestre por medio de un cuerpo especializado en conservación, fomento y protección de los recursos naturales renovables (105).

Las actividades de aprovechamiento, explotación o tenencia de animales silvestres o de sus productos, así como el comercio o industria de artículos para la caza pueden ser inspeccionados o fiscalizados por las autoridades competentes, los cuales tendrán además acceso para fines de fiscalización y estadística, a los registros que determine el reglamento de la Ley (106).

Los funcionarios del ministerio cuando lo creyeren conveniente podrán inspeccionar, tanto los terrenos como los depósitos, almacenes, medios de transporte y centros comerciales o industriales, que de alguna manera estuvieren implicados en el aprovechamiento de la fauna silvestre (107). Como contrapartida, las personas que explotan, procesan, poseen o de cualquier manera se aprovechan de animales silvestres o sus productos, así como de los artículos para caza están obligados al control, registro y suministro de información al ministerio con competencia en materia ambiental (108).

3. Los controles posteriores o *ex post* al uso o desarrollo de una actividad

La contravención al ordenamiento jurídico por actuación u omisión puede generar responsabilidades de naturaleza civil, penal, administrativa e incluso disciplinaria, que se mencionarán brevemente.

Las personas que por negligencia, imprudencia o impericia en el uso o desarrollo de actividades en los espacios públicos protegidos ocasionen un daño, tienen la obligación de repararlo íntegramente. De allí que los particulares responsables del daño causado deberán asumir las consecuencias de

(105) Artículo 98 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(106) Artículo 44 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(107) Artículo 46 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(108) Artículo 45 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

la contravención en la que han incurrido, conforme a las disposiciones del Código Civil (109).

Por otro lado, las personas que incurran en una conducta u omisión tipificada como delito en las leyes, podrán ser procesadas y eventualmente condenadas por los tribunales penales, previa garantía del debido proceso en todas sus instancias.

Además, las personas que hayan incurrido en infracciones de la legislación que regula los espacios naturales protegidos, deben asumir una triple consecuencia administrativa:

1. La invalidez del acto administrativo. La sanción que impone la ley a los actos administrativos que hayan sido dictados contrariando los planes, es que se consideran nulos de nulidad absoluta y por tanto no podrán generar derechos a favor de sus destinatarios (110).

Igualmente se encuentran afectados de nulidad absoluta todos los permisos, autorizaciones, aprobaciones, concesiones, guías o cualquier otro tipo de acto administrativo contrario a los principios establecidos en la ley o sus reglamentos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios (111).

2. La multa por la infracción: La actividad de los particulares realizada en contravención a la ley, a los planes y a las autorizaciones otorgadas conforme a la ley, dará lugar a la sanción de multa (112).

3. Otras sanciones administrativas: También podrán ser sujetos de las sanciones de inhabilitación para obtener las autorizaciones hasta por un período de dos años, el comiso de los instrumentos y maquinarias con que se cometió la infracción o que constituyan el producto de ella (113), así como la demolición de las obras y construcciones realizadas (114).

Los funcionarios públicos que expidan los actos administrativos en contravención a la ley, los planes y las aprobaciones administrativas, serán responsables civil, penal, disciplinaria y administrativamente por los daños y perjuicios que ocasionen tanto a la Administración como a los particulares (115).

(109) Artículo 1185 del Código Civil.

(110) Artículo 70 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, en concordancia con los artículos 19.1, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(111) Artículo 138 de la Ley de Bosques, en concordancia con los artículos 19.1, 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

(112) Artículo 71 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(113) Artículo 101 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre.

(114) Artículo 72 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(115) Artículos 70 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y 138 de la Ley de Bosques.

En lo atinente a las reservas forestales, zonas protectoras y reservas de medio silvestre, la Ley estableció como instrumentos de control posterior sobre el uso del patrimonio forestal, los siguientes:

1. El acta de finalización de actividades.
2. La constancia de cumplimiento ambiental.
3. Los libros de control de aprovechamiento forestal.
4. El libro de inventario de materia prima.
5. La constancia de cumplimiento de supervisión ambiental.
6. El informe de auditoría ambiental.
7. Los libros de control de guías de circulación.
8. Los libros de control de troquelado.

Los anteriores, brevemente expuestos, constituyen los principales medios de protección y los respectivos controles administrativos, que contemplan las leyes analizadas respecto a los espacios naturales protegidos.

VI. LA INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS PRIVADOS

El régimen del derecho de propiedad privada, inherente a un Estado social y democrático de Derecho, parte de la premisa de reconocer que se trata de un derecho que no es absoluto y que por tanto su ejercicio comporta la imposición de obligaciones, limitaciones o restricciones, justificadas en razones de utilidad pública o interés general (A. BREWER-CARÍAS, 1979: pp. 1139-1246).

Como consecuencia lógica, el ejercicio del derecho de propiedad privada, cuando éste se encuentre o colinde con bienes que constituyen el patrimonio natural pueden conllevar al establecimiento de obligaciones, limitaciones o restricciones, para el uso y aprovechamiento de estos por los particulares, siempre que se impongan constitucionalmente o mediante ley, en virtud de la previa declaratoria de utilidad pública o interés general.

Por otra parte, la libertad de empresa que tampoco es absoluta, puede ser objeto de las limitaciones que establezcan la Constitución y las leyes, entre otras razones motivadas en garantizar el desarrollo humano, la protección ambiental u otras de interés social.

Es el caso que para el patrimonio natural que se encuentra clasificado dentro de las distintas categorías de espacios naturales protegidos, se derivan consecuencias restrictivas al ejercicio de los derechos de propiedad o libertad de empresa —por mencionar algunos—, al haberse producido tanto la declaratoria de utilidad pública, como al sujetarse dichos espacios a la declaración de Áreas bajo régimen de administración especial.

El decreto del Ejecutivo Nacional que establezca un área bajo régimen de administración especial debe determinar con máxima precisión, los linderos de la misma, las autoridades responsables de su administración y los plazos para la gestión. El decreto generará como consecuencia la expedición de dos instrumentos jurídicos (116):

1. El plan en el que se establecerán los lineamientos, directrices y políticas para la administración especial del área específica, así como la orientación para la asignación de usos y actividades permitidas.

2. El reglamento especial de los usos previstos en el plan del área bajo régimen de administración especial, que no producirá efectos respecto al derecho de propiedad privada y en consecuencia al uso establecido en el plan, mientras no se publique en la Gaceta Oficial (117).

Lo anterior es importante tenerlo presente, pues los usos regulados y permitidos en los planes de ordenación de territorio son considerados limitaciones legales a la propiedad, que deben ser soportadas por los propietarios, sin que en principio generen derecho a indemnización (118), pues esta solo procedería en aquellos supuestos que las limitaciones desnaturalicen los atributos esenciales del derecho de propiedad y que además se demuestre que ello produjo un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente (119).

Como se puede apreciar, estando la propiedad privada sujeta a las limitaciones que imponga la ley, esta ha dispuesto que el plan y el reglamento de uso constituyen limitaciones lícitas a aquellas propiedades comprendidas dentro de un área bajo régimen de administración especial, como sucede con los espacios naturales protegidos, lo que supone que el titular puede seguir disfrutando de su propiedad, siempre que lo haga dándole un uso compatible con el permitido en el plan y desarrollado en el reglamento. Tal disfrute acorde al plan y reglamento de las áreas bajo régimen de administración especial no generará en principio derecho a indemnización.

Sin embargo, como acertadamente advierte el legislador, si el plan o el reglamento afectan de tal manera el contenido esencial del derecho de propiedad que lo desnaturalizan, aunque el titular formalmente siga siendo propietario, desde el punto de vista material ya no puede ejercer el derecho, lo que da pie a una indemnización en la medida que se puedan comprobar

(116) Artículo 17 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(117) Artículo 65 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(118) Artículo 63 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(119) La Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, desde la sentencia de 12 de agosto de 1968, señaló: «para que proceda la indemnización en derecho público, es necesario que se compruebe: a) *la singularidad del daño*; b) que lo afectado sea un *verdadero derecho*; y c) que el daño sea *mensurable económicamente*».

los presupuestos legales, por lo que dispuso que la Administración Pública responsable aplique la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social (V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, 2017: pp. 527-560), a los fines de determinar el monto de la indemnización que se deberá otorgar para reparar al propietario afectado (120).

No obstante, el legislador advierte un escenario que produce una incidencia de mayor gravedad sobre el derecho de propiedad. Se trata de la posibilidad que la ejecución de los planes conduzca a la extinción de dicho derecho, en cuyo caso anticipa que las autoridades administrativas competentes deberán proceder a decretar la expropiación con sujeción a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública y social (121), lo que se debe traducir en el pago de una justa y oportuna indemnización (122).

El legislador estableció una garantía adicional, con la finalidad de prevenir las denominadas afectaciones eternas, que producen la permanente amenaza de la ejecución del plan y de restricciones de uso sobre la propiedad, sin que se concrete la expropiación, es decir, que el titular es reconocido como propietario en cuanto a la formalidad registral, la responsabilidad civil, así como de las obligaciones y cargas tributarias que recaen sobre la propiedad, pero sin poder ejercer efectiva e íntegramente el derecho, ni de ser compensado por la privación del ejercicio del mismo, generándose la paradoja de la existencia de un bien permanentemente afectado y su propietario jamás indemnizado.

Esta garantía ha sido establecida en la ley de manera expresa y consiste en que una vez transcurrido el lapso previsto en el plan para la ejecución de la expropiación, sin que ésta se haya llevado a cabo, se deberá indemnizar al titular por las limitaciones al uso de su propiedad durante el tiempo transcurrido y, además, deberá reglamentarse un uso compatible con los fines previstos en el plan (123).

En lo concerniente a los espacios naturales protegidos, conformados por parques nacionales y monumentos naturales, el reglamento dispuso que en ningún caso se reconocerá indemnización alguna, por las ocupaciones o utilidades de terrenos ubicados dentro de tales parques o monumentos, con posterioridad a la expedición del Decreto N° 1569, de 11 de mayo de

(120) Artículo 63 *in fine* de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(121) Artículo 40 de la Ley de Protección de la Fauna Silvestre constituye un ejemplo al señalar que «Las limitaciones a la propiedad privada, derivada de la declaratoria de las mencionadas Reservas, Refugios o Santuarios, no causarán ninguna indemnización, a menos que impidan las labores agrícolas, pecuarias o industriales a los propietarios de las zonas afectadas por dicha declaratoria, en cuyos casos podrá solicitarse la expropiación correspondiente, de conformidad con la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social».

(122) Artículo 64 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

(123) Artículo 64 único de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

1976. Igualmente señala, que tampoco se reconocerán indemnizaciones por las ocupaciones que ocurran con posterioridad a la declaratoria de un área como parque nacional o monumento natural (124).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Los espacios naturales protegidos técnicamente concebidos, estratégicamente planificados, jurídicamente declarados y eficientemente gestionados constituyen los instrumentos más idóneos y eficaces para lograr la protección, conservación, mantenimiento, restauración, aprovechamiento racional y uso sostenible del patrimonio natural.

Habiéndose constitucionalizado algunos de los espacios naturales protegidos, puede resultar que algunas de las normas previas a la reforma constitucional que regulaban de manera general su planificación, políticas y administración, no se ajusten a los postulados constitucionales, a lo que se suma el hecho de que ninguna disposición legal vigente regula de manera expresa, coherente e integral los espacios naturales protegidos.

Conforme a ello cabe tener en consideración, que el patrimonio natural debe ser abordado desde la perspectiva del desarrollo sostenible integralmente considerado. Por lo que sería conveniente someter a una inmediata revisión la compatibilidad constitucional de determinadas normas y políticas, que se han venido ejecutando en lo atinente a la gestión de este patrimonio y comprobar si se encuentran efectivamente alineadas con los objetivos del desarrollo sostenible que tienen pleno anclaje constitucional.

A ello se suma que se requieren procedimientos administrativos idóneos, públicos y transparentes que garanticen la efectiva participación, el intercambio de saberes, la corresponsabilidad, la cooperación y la colaboración de todos los interesados, sean estos públicos, privados, mixtos, supranacionales, nacionales e internacionales, en la adopción de las decisiones sobre tales espacios naturales.

El régimen jurídico del patrimonio natural ha tenido una evolución larga, en cierto modo atomizada, que impone la realización de un trabajo de armonización e integración, o si se prefiere de codificación, que permita a los operadores jurídicos conocer en un único texto legal y en los respectivos reglamentos, cuáles son las normas vigentes, evitando la dispersión de textos jurídicos, las remisiones normativas realizadas en diferentes momentos, la concurrencia de normas que en ocasiones se yuxtaponen con otras en su aplicación ante determinadas situaciones o la existencia de derogación de normas de forma

(124) Artículo 80 del Reglamento de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio.

no expresa, que en más de una ocasión ante la falta de claridad o certeza generan inseguridad jurídica.

Desde el punto de vista de la administración de los espacios naturales protegidos, sería conveniente una revisión de las declaraciones que se han hecho respecto a ellos, a los fines de sincerar cuáles realmente se pueden considerar como tales y si el régimen de administración especial al que se encuentran sometidos dichos espacios, es realmente idóneo para cumplir los cometidos que justificaron su establecimiento, evitando así que por defecto todos los espacios se encuentren unificados mediante la aplicación de regímenes que no resultan los más adecuados para su gestión.

Lo idóneo sería la necesaria creación de un sistema nacional integral que comprendiese todos los espacios naturales protegidos, para evitar la superposición de competencias, los conflictos administrativos y la ineficacia en su protección, que además se regulase adecuadamente la descentralización concertada entre la Administración Central nacional y las esferas de Administración descentralizada territorial, concretamente, en los ámbitos estatales y municipales.

En conclusión, el gran reto que se tiene por delante de manera general, consiste en reconstruir el marco normativo y el aparato institucional del país, debiendo tener en cuenta dentro de ello lo relacionado con el patrimonio natural, para que el mismo pueda protegerse, conservarse, aprovecharse e incluso reponerse para beneficio de las presentes y futuras generaciones.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AYUBE POVEDA, María Antonieta (2011): *Las zonas protectoras dentro del sistema venezolano de áreas naturales protegidas*, Tesis doctoral, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 56-79.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 662, de 23 de enero de 1961.
- Gaceta Oficial N° 5.453, de 24 de marzo de 2000.
- CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL.
- BEVILACQUA, María Pía (2006): *Las áreas protegidas en Venezuela*, Fundación Empresas Polar, Caracas, p. 91.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. (1979): «El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela», en Universidad Central de Venezuela (ed.), *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Caracas, pp. 1139-1246.
- (1984): «Introducción al régimen jurídico de la Ordenación del Territorio», en AA.VV., *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 7-77.

- (2001): «Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999», en Tribunal Supremo de Justicia, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del vigésimo aniversario del curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, pp. 107-138.
 - (2013): «Sobre el régimen de los recursos naturales y el ambiente, y las técnicas tradicionales del derecho administrativo», *Revista de Derecho Público* N° 136, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 8.
- DE LOS RÍOS, Isabel (2014): «Reseña histórica de la protección legal de los bosques en Venezuela y la proyección de la nueva ley», *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales* N° 11, Buenos Aires, p. 1.
- (1994), *Derecho del Ambiente*, s/p.i., Caracas, p. 150.
- DECRETO LEY DE BOSQUES Y GESTIÓN FORESTAL. Gaceta Oficial N° 38.946, de 5 de junio de 2008.
- EICHLER, Arturo (1959): *Sobre un sistema de parques nacionales, su establecimiento, manejo y uso en Venezuela. Estudio básico*, Publicación de la Comisión de Parques y Reservas Nacionales, Ministerio de Agricultura y Cría, Caracas, 61 pp.
- GABALDÓN, Mario (1997): *Manual para la formulación de planes de manejo en áreas protegidas de la Amazonia*, Editorial Monte Ávila, Caracas, p. 14.
- GARCÍA PEÑA, Rafael y SILVA VIERA, María Isabel (2013): «Las ABRAES versus las áreas protegidas en Venezuela», *Revista Copérnico* N° 19, año X, Universidad Nacional Experimental de Guayana, Bolívar, p. 32.
- GONDELLES, Ricardo (1992): *El régimen de las áreas protegidas en Venezuela*, Fundación Banco Consolidado, Caracas, pp. 1-68.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. (2012): «La planificación y gestión del agua en áreas metropolitanas. Experiencia de Venezuela», en La Ley (ed.) (Dir. Ángel Menéndez Rexach; Coords. Ana de Marco y Zaida López Cárcamo), *Planificación y Gestión del Agua ante el Cambio Climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid*, Madrid, pp. 439-486.
- (2014): «La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general», *Revista Brasileira de Infraestrutura (RDINF)* N° 5, Editora Fórum, Belo Horizonte, pp. 35-40.
 - (2017): «La expropiación en Venezuela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial», en Universidad Externado de Colombia (ed.), (Eds. Julián Pimiento Echeverri y Héctor Santaella Quintero), *La expropiación forzosa en América y Europa*, Bogotá, pp. 527-560.
- LEÓN GONZÁLEZ, José de J. (2006), *Legislación Venezolana vigente en materia forestal*, Universidad de Los Andes, Mérida, p. 38.

- LEY APROBATORIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA. *Gaceta Oficial* N° 24.654, de 25 de enero de 1955.
- LEY APROBATORIA DE LA CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LA FLORA, DE LA FAUNA Y DE LAS BELLEZAS ESCÉNICAS NATURALES DE LOS PAÍSES DE AMÉRICA. *Gaceta Oficial* N° 20.643, de 13 de noviembre de 1941.
- LEY APROBATORIA DE LA CONVENCION RELATIVA A LOS HUMEDALES DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL COMO HÁBITAT DE AVES ACUÁTICAS (Convención de Ramsar) y de su Protocolo Modificatorio. *Gaceta Oficial* N° 34.053, de 16 de septiembre de 1988.
- LEY APROBATORIA DE LA CONVENCION SOBRE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL DE LA UNESCO. *Gaceta Oficial* N° 4.191, de 06 de julio de 1990.
- LEY APROBATORIA DEL CONVENIO SOBRE DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Gaceta Oficial* N° 4.780, de 12 de septiembre de 1994.
- LEY APROBATORIA DEL PROTOCOLO RELATIVO A LAS ÁREAS DE FLORA Y FAUNA SILVESTRE ESPECIALMENTE PROTEGIDAS DEL CONVENIO PARA LA PROTECCION Y EL DESARROLLO DEL MEDIO MARINO EN LA REGION GRAN CARIBE (SPAW). *Gaceta Oficial* N° 36.110, de 18 de diciembre de 1996.
- LEY APROBATORIA DE LA CONVENCION SOBRE COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRE. *Gaceta Oficial* N° 1.881, de 10 de junio de 1976.
- LEY DE AGUAS. *Gaceta Oficial* N° 38.595, de 02 de enero de 2007.
- LEY DE BOSQUES. *Gaceta Oficial* N° 11.040, de 30 de junio de 1910.
- *Gaceta Oficial* N° 40.222, de 06 de agosto de 2013.
- LEY DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA. *Gaceta Oficial* N° 39.070, de 1 de diciembre de 2008.
- LEY DE MONTES Y AGUAS. *Gaceta Oficial* N° 12.620, de 3 de agosto de 1915.
- *Gaceta Oficial* N° 13.807, de 14 de julio de 1919.
 - *Gaceta Oficial* N° 14.439, de 19 de agosto de 1921.
 - *Gaceta Oficial* N° 15.318, de 20 de junio de 1924.
 - *Gaceta Oficial* N° 17.496, de 13 de agosto de 1931.
 - *Gaceta Oficial* N° 19.087, de 17 de octubre de 1936.
- LEY DE PROTECCION A LA FAUNA SILVESTRE. *Gaceta Oficial* N° 29.289, de 11 de agosto de 1970.
- LEY FORESTAL Y DE AGUAS. *Gaceta Oficial*, N° 20.885, de 27 de agosto de 1942.
- LEY FORESTAL DE SUELOS Y AGUAS. *Gaceta Oficial*, N° 24.872, de 13 de octubre de 1955.
- *Gaceta Oficial* N° 1.004, de 26 de enero de 1966.

- LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE. Gaceta Oficial N° 31.004, de 16 de junio de 1976.
- LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL. Gaceta Oficial N° 1.392, de 28 de diciembre de 1976.
- LEY ORGÁNICA PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. Gaceta Oficial N° 3.238, de 11 de agosto de 1983.
- LEY ORGÁNICA DE BIENES PÚBLICOS. Gaceta Oficial N° 6.155, de 19 de noviembre de 2014.
- LEY ORGÁNICA DEL AMBIENTE. Gaceta Oficial N° 5.833, de 22 de diciembre de 2006.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (ed) (2018): El patrimonio natural en Europa y América Latina, Revista Aragonesa de Administración Pública N° XVII, Zaragoza.
- MEIER, Henrique (1986): *Estudios de derecho y administración del ambiente y de los recursos naturales renovables*, Congreso venezolano de conservación N° 3, Caracas, p. 212.
- REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO SOBRE ADMINISTRACIÓN Y MANEJO DE PARQUES NACIONALES Y MONUMENTOS NATURALES. Gaceta Oficial N° 4.106, de 9 de junio de 1989.
- VALLMITJANA, Marta; NEGRÓN, Marco; CARABALLO, Ciro; MARTÍN, Juan José; JAUA, María Fernanda; LA SALA, Silvia; PEDEMONTÉ, Max y SANOJA, Jesús (1989): *El Plan Rotival, la Caracas que no fue*, Ediciones Instituto de Urbanismo, Facultad de Arquitectura y Urbanismo, U.C.V., Caracas.

BIBLIOGRAFÍA

J. M. BELTRÁN CASTELLANOS, *Fauna exótica invasora*, Madrid, Ed. Reus, 2019, 166 pp.

El ser humano ha sido capaz de borrar las barreras naturales que han mantenido a las especies dentro de su área de distribución natural durante miles o millones de años. Este hecho resulta especialmente significativo porque con ello se incrementa la probabilidad de invasiones biológicas. Las especies exóticas invasoras suponen una gran amenaza para nuestros ecosistemas, la economía y la salud. El problema que plantea esta realidad ha sido calificado por Naciones Unidas como una de las cinco causas principales de pérdida de biodiversidad, junto con la destrucción del hábitat, el cambio climático, la sobreexplotación y la contaminación. El libro del profesor José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS nos brinda una magnífica oportunidad de adentrarnos en el estudio de esta apasionante problemática.

La obra se estructura en unas reflexiones introductorias («Planteamiento», pp. 9-18) en el que el autor, retrotrayéndose a experiencias propias, nos recuerda que la antigua y arraigada costumbre de tener animales de compañía se ve modificada en la actualidad tanto desde el punto de vista cuantitativo —en todos los países de nuestro entorno se constata un aumento de los animales destinados al acompañamiento— como cualitativo —introducción de especies y razas nuevas, distintas de las tradicionales. Esta situación causa numerosos problemas como el abandono de los animales que adquiere una nueva dimensión cuando las especies alóctonas tienen capacidad de constituirse en agentes de cambio, es decir, se convierten en «invasoras» (p. 11). Además, la prohibición genérica de posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares que estén catalogados como especies exóticas invasoras (EEI) ha provocado que surja una red de venta ilegal de «mascotas» (p. 14). Estos y otros efectos negativos medioambientales y, más allá, económicos justifican desde luego dedicarles una cuidada atención.

El segundo título («Especies exóticas invasoras introducidas como animales de compañía», pp. 19-24) nos describe la moda de comprar mascotas exóticas a veces tratando de imitar el comportamiento de algunos famosos. Varias de estas especies (mapaches, galápagos de Florida, cotorra gris...) se han adaptado perfectamente a nuestros ecosistemas lo que causa serios daños a las especies autóctonas y puede, incluso, constituir el foco de enfermedades a los humanos.

La tercera parte, titulada «Régimen jurídico de las especies exóticas invasoras» (pp. 25-120) constituye el núcleo esencial de la investigación. En un

primer momento, el profesor BELTRÁN CASTELLANOS analiza la evolución del marco normativo desde la vieja Ley de 1989 de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres que introduce las primeras medidas como el cese de la suelta de especies alóctonas en ciertos ríos y espacios naturales. Por su parte, el Código Penal (CP) de 1995 configuró entre los delitos contra el medio ambiente el tipo delictivo de la introducción o liberación de especies alóctonas. Desde la perspectiva de la seguridad de las personas y bienes, la Ley 50/1999, desarrollada posteriormente por el RD 287/2002, configuró la categoría de «animales potencialmente peligrosos» para someterla a licencia administrativa local. Por su parte, algunas CC. AA., especialmente preocupadas por el peligro de ciertas especies caninas peligrosas procedieron a regular los deberes y responsabilidades de sus tenedores (D. 145/2000 de Valencia; posteriormente, los D. 42/2008 de Andalucía y D. 30/2018 de Canarias...).

Especialmente significativa resultó la aprobación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (LPNB) cuyo controvertido desarrollo y los vaivenes jurisprudenciales y normativos son magníficamente sintetizados por el profesor BELTRÁN CASTELLANOS en pp. 32 a 52, donde queda reflejada la intensa lucha de intereses económicos frente a los proteccionistas que subyace a esta problemática. Después de realizar unas importantes distinciones conceptuales entre «especies naturalizadas», «especie nativa o autóctona», «especie exótica con potencial invasor» y, específicamente, «especie exótica invasora», el profesor BELTRÁN CASTELLANOS analiza el «Catálogo de especies exóticas invasoras» (pp. 64-78) que, en el año 2016, incluía 185. En un momento posterior, el libro dedica luminosas páginas al análisis de la regulación de los animales de compañía, expresión que aparece ya desde 1988 en las leyes autonómicas de protección de este tipo de animales y, en especial, al régimen jurídico contenido en el RD 630/2013 (pp. 86-94). En relación a las medidas contra las especies exóticas invasoras se analizan los efectos de su inclusión en el catálogo (pp. 98-101), la lucha contra su propagación (pp. 101-108) y las específicas en el supuesto de que la introducción provenga de animales de compañía (pp. 108-115). El autor dedica a la reparación de los daños causados al medio ambiente por especies exóticas invasoras las pp. 115-119 donde demuestra su dominio de una compleja materia a la que dedicó su premiada tesis doctoral y que fue finalmente publicada con el título *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental* por la editorial Aranzadi en 2018.

En la cuarta parte del libro (pp. 121-138) el autor sintetiza el tratamiento que el Código Penal español otorga a estas cuestiones centrado en el tipo previsto en el art. 333 CP y en el delito leve de abandono de animales domésticos que contempla el art. 337 bis CP. Las características de estas normas penales en blanco obligan a reflexionar sobre las interrelaciones con la legislación puramente administrativa, que el profesor BELTRÁN CASTELLANOS resuelve con

su pericia habitual. En la quinta y última parte (pp. 139-151) se nos aporta un detallado análisis del derecho de la Unión Europea, representado principalmente por el Reglamento (UE) 1143/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras y su normativa de ejecución donde se adopta la lista de especies preocupantes para la Unión. El libro finaliza con una valoración final, a modo de sintéticas conclusiones, sobre el avance en la lucha contra las especies exóticas invasoras (pp. 153-159) y con una referencia bibliográfica seleccionada (pp. 61-164) donde el lector interesado podrá profundizar en las abundantes referencias de doctrina jurídica de que trata el libro.

En conclusión, la obra del profesor BELTRÁN CASTELLANOS representa una oportuna llamada de atención sobre los peligros y amenazas que suponen las especies exóticas invasoras y lleva a cabo un acertado análisis del tratamiento jurídico de esta esencial cuestión. Se comparten, desde luego, las preocupaciones del autor por la suerte que corran las especies nativas que viven en ambientes naturales y que están afectadas por las exóticas invasoras que las pueden llevar a la extinción. Este sugerente libro, cuya lectura recomendamos especialmente a todos los juristas sensibles con la protección del medio ambiente, nos invita a seguir reflexionando sobre la exigencia de adoptar soluciones pragmáticas y sostenibles para afrontar este y otros retos que amenazan los equilibrios de nuestros sensibles ecosistemas.

Santiago M. ÁLVAREZ CARREÑO

Francisco LÓPEZ MENUDO, *La Administración consultiva y su desconfiguración como sistema*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 2019, 100 pp.

El autor, conocido y apreciado catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla, ofrece una estimulante visión crítica de los órganos consultivos superiores creados en las comunidades autónomas. Mantiene la tesis de que las diversas trayectorias normativas han llegado a desmembrar una institución que originariamente seguía el modelo del Consejo de Estado y proporcionaba garantías a los ciudadanos.

Efectivamente, en la STC 204/1992 se estableció la doctrina constitucional sobre estos órganos conforme a tres pautas: a) la posibilidad de su creación por las comunidades autónomas en virtud de las potestades de autoorganización; b) la necesidad de que estuvieran dotados de «*características análogas*» a las del Consejo de Estado, con «*una organización y un funcionamiento que aseguren su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica*»; y c) el efecto administrativo equivalente, al estimarse que la intervención de un órgano consultivo autonómico dotado de esas características excluía la del Consejo de Estado.

El autor considera que las anteriores exigencias implican: a) la autonomía orgánica y funcional del órgano, que debe estar separado de la estructura administrativa ordinaria y sin presencia de personal de la Administración activa; y b) la solvencia técnica de sus componentes, que han de ser juristas de reconocida competencia y amplia experiencia.

Sin embargo, al comparar ambos elementos con la legislación autonómica, se denuncia el empleo de fórmulas como las siguientes: a) la integración de titulares de órganos activos, atribuyéndoles incluso funciones directivas de los órganos consultivos; b) el empleo de medios personales y materiales de la propia Administración activa; y c) la politización de los consejeros mediante la inclusión como miembros natos de ex altos cargos o la atribución de los nombramientos a los parlamentos autonómicos. Otros factores que concurren en la transformación de la institución se identifican en la asunción de funciones asesoras que merman el carácter de órgano de control. Particular relevancia concede el autor a la debida separación de las funciones consultivas en relación con las que corresponden a los nuevos tribunales de recursos contractuales.

El proceso de desintegración de los órganos consultivos autonómicos se propició especialmente por el informe CORA, que postulaba su supresión por

motivos de contención del gasto público. La continuidad de tal planteamiento se observa en las comunidades autónomas de Extremadura y Madrid, que han integrado los respectivos órganos consultivos en la estructura de sus asesorías jurídicas, privándoles de toda autonomía funcional y orgánica.

Se trata de cuestiones de gran interés en la óptica de los derechos y garantías de los ciudadanos sobre las que el autor ofrece siempre razones bien argumentadas. Incluye también propuestas encaminadas a la reconstrucción y revitalización de estos órganos colegiados.

Fernando LÓPEZ RAMÓN

Juan Manuel SANTOS, *La batalla por la paz (El largo camino para acabar el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo)*, prólogo de Felipe GONZÁLEZ, Bogotá, Planeta Colombiana, 2019, 589 pp.

1) Colombia es un país dotado de grandes recursos naturales en el marco de una biodiversidad riquísima. Dispone de fortalezas económicas importantes, aunque se caracteriza por el predominio de la violencia desde su misma formación. Entre las causas de esa situación, cabría resaltar: *a)* la originaria segregación entre criollos colonizadores, mestizos menospreciados, indígenas sojuzgados y africanos esclavizados, que, si en la actualidad parece claramente superada en los ámbitos urbanos, todavía se advierte en la configuración social de muchos asentamientos rurales; *b)* el permanente enfrentamiento de los líderes políticos por la primacía absoluta de sus ideas, por la propiedad del suelo y aún por la soberanía de sus respectivas regiones, generando un proceso continuo de descomposición; *c)* la extraordinaria fuerza del crimen organizado en torno al narcotráfico, que dispone de unos recursos que le permiten corromper a políticos, dominar territorios, disponer de vidas y hasta enfrentarse directamente al mismo Estado.

Los anteriores elementos pueden explicar el surgimiento de los movimientos revolucionarios armados en la década de 1960, que vinieron a sustituir a los largos enfrentamientos entre federales y centralistas o entre liberales y conservadores que habían jalonado los períodos anteriores desde la independencia. Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y otros grupos, financiados por las mafias del narcotráfico y contando con el apoyo de los regímenes de Venezuela y Ecuador, persistían desde entonces en una lucha contra el Estado que bien podía calificarse de guerra civil, con amplios territorios controlados por los guerrilleros. Hubo etapas, en torno a 1990 especialmente, en las que el enfrentamiento bélico estuvo equilibrado y pudo haberse inclinado del lado narco-revolucionario. El robustecimiento definitivo de la fuerza pública colombiana se produjo por el especial apoyo estadounidense generado tras los atentados de Nueva York de 2001 (11-S) y los consiguientes cambios experimentados en la política global de seguridad. No obstante, bajo la presidencia de Uribe (2002-2010) la situación había llegado a ser, en expresión popularizada, de «empate militar negativo», pues si era claro que la guerrilla no podía ganar, también parecía difícil erradicarla completamente por la fuerza.

2) Colombia cuenta con un sistema educativo, si no igualitario, sí eficaz, que tradicionalmente ha permitido a las élites una buena formación, en muchos

casos completada con estudios de postgrado en las universidades norteamericanas y europeas.

El presidente Santos (2010-2018) es un buen exponente de esas oportunidades. Procedente de una familia liberal propietaria del diario *El Tiempo*, con un tío abuelo que ya fue presidente (Eduardo Santos), inició su educación en una escuela militar, se graduó en Economía en la Universidad de Kansas y obtuvo títulos de máster en la Universidad de Harvard y en la *London School of Economics*. Tras una larga estancia en Londres trabajando en la organización cafetera mundial, asumió tareas de periodista de prestigio en el medio de propiedad familiar. De ahí pasó a la política asumiendo encargos ministeriales en sucesivos gabinetes: Comercio Exterior bajo la presidencia de Gaviria (liberal), Hacienda con Pastrana (conservador) y Defensa con Uribe (populista).

En su último período ministerial aplicó eficientemente la política llamada de Seguridad Democrática, que supuso un fuerte impulso de la actividad militar y policial contra los grupos guerrilleros. Reflejos de esta época se encuentran bien explicados por el autor, quien asume sin complejos su labor como ministro de Defensa. Considera incluso, con planteamientos convincentes, que la fortaleza mostrada por el Estado fue un elemento esencial para la apertura de las negociaciones que pudieron conducir al proceso de paz.

El relato de ese proceso constituye el objeto del libro, que está bien escrito y estructurado. Tras una introducción sobre la trayectoria colombiana desde la independencia, el autor expone los sucesivos compromisos de pacificación en los que estuvo implicado como periodista activo ejerciendo un cierto liderazgo social. Particular interés puede tener el análisis sobre las razones que determinaron el fracaso del intento del presidente Pastrana de llegar a un acuerdo de paz en el *proceso del Caguán*, debido a la carencia de una fuerza estatal que pudiera intimidar realmente a las guerrillas.

Situados ya en los dos períodos presidenciales del autor, éste va desgranando las sucesivas etapas del proceso de paz. Los inicios (2010-2012) hubieron de ser discretos e incluso secretos, tanto para lograr la colaboración de los países vecinos (con Chávez en Venezuela y Correa en Ecuador), como para aproximarse a las FARC y establecer una agenda realista de negociación.

La constitución y desarrollo de la mesa de La Habana (2012-2016), con el respaldo activo de Naciones Unidas, Estados Unidos y la Unión Europea —entre otros actores internacionales—, permitió formar unos equipos negociadores sólidos. Se describen, así, las circunstancias que rodearon la adopción de acuerdos esenciales para el futuro de Colombia, como la lucha contra el narcotráfico o el reconocimiento de los derechos de las víctimas, hasta llegar al grandioso escenario del pacto final suscrito públicamente en Cartagena de Indias el 26 de septiembre de 2016.

La construcción efectiva de la paz (2016-2018) conforma la última parte del volumen, donde se expone el sorprendente rechazo de los acuerdos de paz en el referéndum del 2 de octubre de 2016. La rápida reacción gubernamental pudo convertir el fracaso en una nueva oportunidad de diálogo nacional, contando con el importante respaldo que supuso, en fechas cercanas, el otorgamiento del premio nobel de la paz al presidente Santos. La suscripción de un nuevo texto por las FARC y finalmente también por el Congreso colombiano con fecha 1 de diciembre de 2016, marca ya pautas vinculantes que determinaron el cese completo de las hostilidades, la entrega de las armas por los guerrilleros y el inicio de su reinserción social, así como la apertura de las actuaciones de la justicia transicional, en un proceso cuya completa ejecución se inserta en el mandato del presidente Duque iniciado en 2018.

3) Resultado de las reflexiones del autor es la serie de *lecciones* que va deduciendo de los diversos episodios y que se convierten en una suerte de guía de todo proceso de paz: *a)* lograr una correlación favorable de fuerzas, pues en otro caso las negociaciones pueden instrumentalizarse para reforzar la posición de una de las partes en conflicto, como sucedió en el Caguán al reconocerse una zona franca de extensión similar a la de Suiza; *b)* convertir en aliados a sus enemigos, lo que se logró con los presidentes Chávez y Correa; *c)* negociar si es necesario en medio del conflicto, conforme a la idea de que nada está acordado hasta que todo esté acordado; *d)* priorizar la adopción de la paz frente a otros objetivos políticos que han de considerarse secundarios; *e)* contar con el debido apoyo internacional, que en el caso colombiano tuvo amplio reflejo en los países latinoamericanos y en la comunidad mundial, determinando la participación de variados asesores internacionales; y *e)* situar a las víctimas en el centro de la solución, de forma que se les ofrezcan vías de satisfacción de sus derechos a la verdad, la justicia y la no repetición.

Son consejos sólidamente apoyados en una experiencia rica y útil, bien internalizada por su principal protagonista. La figura de Santos resulta, sin duda, potenciada y cimentada para la posteridad como la de un estadista que supo estar a la altura de las exigencias que le planteaba su momento histórico. En contraste, los argumentos que nutrieron y aún nutren la oposición a la paz aparecen dominados por la pequeñez humana y la miseria moral de los dirigentes políticos y religiosos que tuvieron y todavía tienen la desfachatez de emplearlos.

Fernando LÓPEZ RAMÓN